



**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
MESTRADO EM DIREITO**

LUIS CARLOS DE MORAIS

CONCILIAÇÃO JUDICIAL: uma abordagem crítica

RECIFE – PE

2016

LUIS CARLOS DE MORAIS

CONCILIAÇÃO JUDICIAL: uma abordagem crítica

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado da Universidade Católica de Pernambuco, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Roberto Wanderley Nogueira

RECIFE – PE

2016

LUIS CARLOS DE MORAIS

CONCILIAÇÃO JUDICIAL: uma abordagem crítica

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado da Universidade Católica de Pernambuco, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Banca Examinadora

**Prof. Dr. Roberto Wanderley Nogueira
Pernambuco
Julgamento_____**

**Instituição: Universidade Católica de
Assinatura_____**

**Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa
Pernambuco
Julgamento_____**

**Instituição: Universidade Católica de
Assinatura_____**

**Prof. Dr. Eduardo Ramalho Rabenhorst
Paraíba
Julgamento_____**

**Instituição: Universidade Federal da
Assinatura_____**

**Prof. Dr. José Soares Filho
Pernambuco
Julgamento_____**

**Instituição: Universidade Católica de
Assinatura_____**

AGRADECIMENTOS

A presente dissertação, mais que um resultado das pesquisas realizadas, representa uma importante etapa de um processo contínuo de formação e aprendizado. Durante esta trajetória varias pessoas desempenharam um papel fundamental, e, em que pese, exista o real desejo de nomeá-las individualmente, o receio de cometer imperdoáveis injustiças derivadas de eventuais lapsos de memória, faz com que, generalize os meus agradecimentos a todos os profissionais que contribuíram nesta jornada, seja compartilhando generosamente do seu conhecimento, seja oferecendo as condições técnicas e estruturais para facilitar o meu desenvolvimento pessoal e acadêmico.

Abro exceção para citar nominalmente os colegas da 10ª turma de mestrado, Vital Borba e Diego Miranda, que dividiram comigo, nos, e às vezes, muitíssimos demorados, trajetos percorridos entre as cidades de João Pessoa e Recife, as angustias e ansiedades, tanto da viagem literal da BR 101, como das viagens literárias e discussões em torno dos temas atinentes à atividade acadêmica.

Ao fim, o principal agradecimento vai para minha família, em especial, Maria José, companheira de todas as horas e meus filhos Rafael, Lara, Bianca e Yasmin, razão maior da busca permanente de se tornar um ser humano melhor.

RESUMO

A presente pesquisa tem por objeto de estudo a crescente incorporação ao sistema de justiça de métodos que visam a obtenção da solução dos conflitos de interesses de forma consensual. Nesta direção, percebe-se um contínuo esforço doutrinário e normativo direcionado para incentivar a utilização de métodos autocompositivos. Destaca-se, em termos normativos a edição da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, ao instituir a Política Judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses, e também, as previsões normativas constante na lei 13.105/2015, que instituiu um novo Código de Processo Civil, entre as quais, a que prevê a realização de uma audiência prévia destinada exclusivamente para uma tentativa de conciliação. Diante deste quadro a proposta da pesquisa é por meio de levantamento bibliográfico e empírico realizado a partir de uma observação estruturada não participante de audiências designadas com o intuito de se obter uma conciliação, analisar a forma como se procede atualmente as tentativas de estabelecer uma solução consensual para o conflito, especificamente, as realizadas no bojo de um processo judicial por meio da técnica da conciliação, e verificar, se o seu uso, atende a finalidade precípua de entrega de uma prestação jurisdicional justa e adequada. O objetivo é investigar fatores que podem comprometer a utilização do referido instrumento como alternativa para uma justa-composição dos conflitos, evitando que se preste apenas para conjugar os interesses de políticas judiciárias para desafogo do sistema e sua utilização como instrumento de acomodação social.

Palavras-chave: Autocomposição. Justa-composição. Política Judiciária.

ABSTRACT

This research has the object of study the growing incorporation of methods that aim the achieving of solution of conflicts by consensus form into the justice system. In this direction, we can see a continuous doctrinal and normative effort directed to encourage the use of conciliation methods. Stands out, in normative terms, the issue of Resolution 125 of the National Council of Justice, that establishes the Judicial Policy of proper handling of conflicting of interests, and also the norms forecasted in the law 13,105 / 2015, which institutes the new Procedure Civil Code, among which the one that provides for a prior hearing dedicated exclusively to an attempt of conciliation. Given this framework, the aim of this research is, through bibliographic and empirical survey, to analyse the way it currently happen the attempts to establish a consensual solution to the conflict, specifically those in the midst of a judicial court through, using conciliation techniques and, by research, assure if the use of these means meets the main purpose of delivering a fair and appropriate legal result. The objective is to investigate factors that may compromise the use of the conciliation means as an alternative to a justcomposition of conflicts, preventing its work just to combine the interests of a judicial policy for outpouring of the system and its use as social accommodation tool.

Keywords: Autocomposição. Fair composition. Judicial Policy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
CAPÍTULO I: A FUNÇÃO E A ATIVIDADE JURISDICIONAL.....	16
1.1 Contextualizando as Dificuldades da Atividade Jurisdicional.....	22
1.2 Técnicas Desenvolvidas para Melhorar o Desempenho e a Funcionalidade da Justiça.....	27
CAPÍTULO II: OS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS.....	33
2.1 A Negociação.....	35
2.2 A Mediação.....	37
2.3 A Conciliação.....	39
CAPÍTULO III: A CONCILIAÇÃO JUDICIAL.....	41
3.1 As Origens do Método Conciliatório de Resolução dos Conflitos.....	41
3.1.1 A origem canônica da conciliação.....	42
3.1.2 A distinção: Transação Romana x Conciliação Canônica.....	46
3.2 Histórico da Conciliação no Direito Brasileiro.....	49
CAPÍTULO IV: AS TENTATIVAS DE CONCILIAÇÃO NO SISTEMA PROCESSUAL.....	54
4.1 A Conciliação no Procedimento Sumário e nos Juizados Especiais.....	54
4.2 A Audiência Preliminar do Procedimento Ordinário.....	57
4.3 A Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça.....	60
4.4 A Conciliação no Novo Código de Processo Civil.....	66
CAPÍTULO V: VERIFICAÇÃO EMPÍRICA SOBRE A ADEQUAÇÃO DA CONCILIAÇÃO JUDICIAL COMO TÉCNICA DE RESPOSTA AOS CONFLITOS.....	74
5.1 Uma Visão Panorâmica sobre o Conflito.....	74
5.2 A Metodologia da Pesquisa.....	78
5.2.1 Forma de acesso e natureza dos dados.....	79

5.2.2 Definição do objeto da observação e normas de caracterização.....	ou
5.2.3 Tratamento dos dados coletados.....	83
5.3 Apresentação e Análise dos Dados Coletados.....	84
5.3.1 Análise em torno da natureza dos conflitos.....	84
5.3.2 Análise em torno do comportamento dos atores processuais em audiências conciliatórias.....	90
5.3.3 Análise em torno dos resultados apresentados pelas audiências Conciliatórias.....	98
5.4 Considerações Sobre a Adequação do Método.....	104
CONCLUSÕES.....	114
REFERÊNCIAS.....	118
ANEXOS.....	127

INTRODUÇÃO

A atividade jurisdicional desempenhada pelo Estado contemporâneo deve mostrar-se capaz de assegurar as garantias e auxiliar na persecução dos objetivos traçados constitucionalmente, entre os quais, destaca-se, como elemento correlato ao objeto de interesse maior deste estudo, de que suas manifestações possam contribuir para o aperfeiçoamento social e a formatação de uma sociedade mais justa e harmoniosa, oferecendo uma tutela jurisdicional adequada, efetiva e dentro de um tempo razoável.

Contudo, como conjugar, adequação, eficiência e duração razoável, tem-se mostrado uma das maiores preocupações de toda a comunidade jurídica, principalmente, naquilo que se refere ao decurso do tempo necessário para que o Estado entregue ao jurisdicionado a tutela estatal reivindicada, decidindo o conflito de interesses estabelecido e salvaguardando o direito de quem o detém de acordo com as premissas anteriormente estabelecidas.

Não desprezando por completo o entendimento de que o processo judicial precisa ser revestido de atos que visam possibilitar ao órgão incumbido de fazer o pronunciamento judicial ter o entendimento, o mais amplo possível, da demanda posta, e que estes procedimentos devam ser realizados obedecendo a princípios básicos condizentes com a necessária segurança jurídica, como por exemplo, o amplo contraditório, a possibilidade de produção de provas etc., e, que, por vezes a combatida demora do processo é elemento intrínseco a uma boa aplicação do direito, certo é, que como preconiza a Constituição Federal, é dever de o Estado fornecer ao cidadão uma prestação jurisdicional em tempo “razoável”.¹

Assim, tem-se uma busca incessante no sentido de harmonizar as necessidades inerentes a função estatal de solucionar os conflitos de interesses a ele apresentados, observando, os paradigmas da adequação, celeridade processual e a segurança jurídica conferida pelo devido processo legal de modo a assegurar uma melhor atuação dos órgãos judicantes.

¹ Art.5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, estabelece “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Acompanhando as exigências contemporâneas de permanente preocupação com o fator tempo, o desejo de aceleração se tonifica em todos os setores da sociedade pós-moderna, alcançando, por certo, a atividade jurisdicional.²

Se em um primeiro momento histórico da formatação do Estado Moderno, a busca era por uma jurisdição institucionalizada a fim de contrapor os desmandos e excessos da justiça feita pelas próprias mãos, a busca que se faz, atualmente, é por uma justiça mais célere.

Um dos caminhos aventados para a obtenção desta desejada celeridade é o afastamento do monopólio estatal para a apresentação de uma solução para o conflito de interesses, havendo, cada vez com maior intensidade, uma confluência para um modelo de justiça onde as partes litigantes desempenhem o papel preponderante de estabelecer por conta própria à fórmula que resultará na solução do conflito.

No campo ideológico, este afastamento da função/dever do Estado de solucionar os conflitos de interesses, parece se coadunar com um pensamento predominante nos dias atuais, defendidas por correntes “neoliberais” que propagam uma política de diminuição constante do poder de interferência do Estado nas relações entre particulares, incluindo aí, no método de solução de conflitos.³

Derivando de técnicas negociais surgidas fora da esfera jurídica e com uma maior aceitação em países onde as relações comerciais são mais desenvolvidas, pouco a pouco, diante da ineficiência do Estado no desempenho de sua atividade jurisdicional, principalmente, naquilo que se refere ao fator tempo necessário para realizar a prestação jurisdicional, foram sendo incorporadas essas técnicas privadas de negociação como um método alternativo de solução dos conflitos de interesses.

Neste diapasão, no campo interno, se observa um intenso movimento no sentido de tentar desjudicializar os conflitos de interesses com propostas de deslocamentos para outras entidades, exemplos, Procons, Serventias Cartorárias, Câmaras Arbitrais, Centros de Conciliação e Mediação Comunitários a legitimidade para atuar na busca de uma forma mais rápida para solucionar os conflitos de

² Cf. Bauman (2009, p. 15) para a sociedade pós-moderna “velocidade, e não duração é o que importa”, o autor destaca o desejo frenético das pessoas na sociedade em “consumir toda a eternidade no presente contínuo da vida terrena”.

³ Pela concepção liberal clássica, que tem em Adam Smith um dos principais pensadores, a sustentação da sociedade ocorreria naturalmente por meio dos mecanismos econômicos desenvolvidos pelo mercado, a ideologia da “mão invisível”. O projeto neoliberal fortalece esta percepção ao defender a transferência da coisa pública e o poder de regulação, das mãos do Estado, para o mercado.

interesses, a partir da construção de soluções consensuais formatadas pelos próprios interessados.

Diante deste quadro, segundo alguns autores, até mesmo para preservar sua importância e diminuir a hipótese de ser gradualmente substituído por métodos alternativos de solução de conflitos surgidos pela iniciativa da sociedade que se mostrem mais ágeis e efetivos, cresce a preocupação do poder estatal para a necessidade de encontrar meios mais céleres de solução de conflitos e de desobstrução do sistema judicial institucionalizado.

Exemplo deste pensamento está na manifestação de Veronese (2007, p.30) ao afirmar que, isto se dá, em grande medida, em razão de uma defesa de prerrogativas ameaçadas. Para o autor: “Como é impossível negar que há um afastamento da jurisdição tradicional, é melhor adaptar-se para continuar sendo o estuário dos serviços de resolução de conflitos”.

Noutra direção, aponta-se para a necessidade de além de estabelecer mecanismos adequados para a especificidade de certos conflitos, de acordo com um critério de eficiência operacional do sistema de justiça, há ainda, o desejo de estabelecer formas efetivas de participação da sociedade na condução de seus conflitos como uma derivação própria de uma democracia participativa.

Os posicionamentos adotados nas discussões sobre o tema, embora diverjam sobre as reais intenções do uso dos métodos autocompositivos, convergem para o entendimento sobre o aspecto, de que, diminuir o acúmulo de processos no judiciário e como minorar seus efeitos devem permear os estudos feitos por processualistas, legisladores e até mesmo por observadores externos do funcionamento da máquina judicial, na busca de soluções e mecanismos que se mostrem adequados à contingência, de que, para a plena e satisfatória realização do exercício jurisdicional é imprescindível que o transcurso do tempo necessário para a extirpação do conflito no plano social ocorra da forma mais breve possível, e que, a quantidade de processos que entram diuturnamente no sistema, torna esta tarefa quase impossível.

Neste contexto, ganha corpo no ordenamento processual modelos de métodos autocompositivos, com a intenção de diminuir, ou mesmo suprimir a atividade cognitiva do órgão judicial, com vista a possibilitar, uma solução mais rápida para o litígio, contribuindo assim, para a desobstrução do sistema.

A primeira questão a ser enfrentada é o cuidado que deve se ter para que este corte na cognição não resulte em prejuízos aos litigantes. A obra de Cappelletti e Garth (1988) embora já aventasse para a concepção de um conceito de sistema de justiça mais amplo, já advertia para que a busca da celeridade não se sobreponha ao desígnio maior da jurisdição de entregar uma prestação jurisdicional adequada.

Nesta esteira, Viana (2002, p.106-107) manifesta a preocupação com uma tendência de que a busca incessante pela celeridade acabe por retirar da jurisdição o papel determinante de resolver conflitos com justiça, explica o autor:

Em termos ideais, como sabemos, o processo serve para dar efetividade a norma. E é exatamente para aumentar essa carga de efetividade que os processualistas têm defendido a de-formalização dos ritos e a simplificação das formas. A ideia que, curiosamente, aproxima-se da nova estratégia da empresa é acelerar os ritmos, reduzir os custos e com isso permitir maior acesso ao “consumidor” de justiça.

(...) Mas essas mesmas preocupações têm provocado um outro tipo de propostas voltadas para a de-jurisdicionalização dos conflitos. Com isso também se resolveria o problema da própria justiça, pois a redução no número de demandas a tornaria mais ágil.

(...) Entretanto, como se sabe, a rapidez e a simplificação nas soluções dos conflitos não têm um fim em si mesmo. Só fazem sentido quando servem ao objetivo fundamental de todo o processo, que é o de trazer a paz com alguma dose de justiça.

Os temas duração do processo e celeridade sempre permearam o universo jurídico, e se intensificou com a entrada no ordenamento jurídico da Constituição Federal de 1988 e seus postulados de celeridade e efetividade, principalmente com a inclusão do inciso LXXVIII ao artigo 5º, feito pela emenda 45/2004, que expandiu a movimentação doutrinária e legislativa para instituir meios de alcançar tal desiderato.

Dentre as alternativas empregadas, verifica-se o estímulo ao uso da conciliação judicial, promovidas através da designação de audiências para estes fins, ou ainda, por campanhas e mutirões conciliatórios destinados a possibilitar que os conflitos de interesses sejam resolvidos de forma mais célere por meio de soluções consensuais entabuladas pelas próprias partes.

Apesar da justeza dos propósitos, inclusive naquilo que alude ao desenvolvimento de uma cidadania mais participativa e o empoderamento do sujeito, estimulando sua autonomia e capacidade de gerir os seus próprios conflitos na construção de uma efetiva pacificação social, faz se necessário, manter uma preocupação permanente para que a adoção destas práticas conciliatórias não

reverberem efeitos nocivos, não só para os litigantes na defesa de seus interesses individuais, mas também para o conjunto social, servindo de anteparo para a perpetuação de uma visão hegemônica de sociedade estabelecida por determinados atores sociais refratários a alteração de um “*status quo*”.

Em que pese, reconheça-se que as práticas conciliatórias se coadunam com um novo modelo de justiça, mais participativo e próximo da sociedade, a pesquisa desenvolvida atenta para que o mérito da técnica processual, não venha a ser diminuído por sua utilização como mais um instrumento de regulação social, que esteja formatado apenas para atender interesses *interna corporis* do próprio poder judiciário, ou ainda, que seja utilizado para inibir eventuais efeitos de transformação social que o conflito poderia suscitar, contribuindo assim, para a estagnação da sociedade.⁴

Em um contexto social que carece de profundas transformações nas diversas relações intersubjetivas que o compõem, a atuação jurisdicional pode fazer com que os conflitos funcionem como uma força motriz para o incentivo da formação de uma nova relação social. Neste sistema, a solução do litígio não está pautada simplesmente pela extirpação do conflito e sua anulação por meio de um “acordo”, mas sim, por uma construção que leve a uma solução transformadora de condutas, que evite que as origens motivadoras do conflito se perpetuem como práticas habituais e continuem atingindo e gerando malefícios ao corpo social.

Destaca-se ainda, uma preocupação sobre a existência de uma precificação dos conflitos de interesse, que pode, inclusive, de maneira paradoxal, vir a anular os ganhos operacionais de desobstrução do sistema que o emprego da técnica ofereceria.

No discorrer do presente estudo, será visto que grande parte das dificuldades enfrentadas pelo poder judiciário para desempenhar sua função decorre do aumento vertiginoso de conflitos levados à sua apreciação, e que boa parte destes conflitos derivam da multiplicação de ações individuais ocasionadas por práticas reiteradas, adotadas por determinados atores sociais ao desempenharem suas atividades

⁴ Cf. Boaventura Sousa Santos (2005, p. 7), explica uma nova forma de regulação concebida pelo neoliberalismo, usando a expressão “governança”, segundo a qual “é apresentada como um novo paradigma de regulação social que veio suplantar o paradigma anteriormente em vigor assente no conflito social e no papel privilegiado do Estado, enquanto soberano, para regular esse conflito por via do poder de comando e de coerção ao seu dispor”, o autor aduz ainda, que esta nova matriz regulatória é “entendido como a nova versão do capitalismo de *laissez faire*”.

econômicas ou públicas de modo insatisfatório, e que podem estar a exigir outro tipo de tratamento por parte dos órgãos judicantes.

As ponderações apresentadas sobre a utilização do instituto, não afasta a percepção de que os métodos autocompositivos representam um avanço em nosso estágio social, afastando-se do normativismo/positivista que consolida o paradigma judicial do ganhar ou perder, para a busca de soluções colaborativas onde as diferenças possam ser trabalhadas a fim de propiciar ganhos mútuos e uma consequente melhora nas relações sociais.

Assim, o objetivo geral deste trabalho, é, sem qualquer pretensão de esgotar o assunto, ante as evidentes limitações de nosso conhecimento, analisar a maneira como ocorre as práticas conciliatórias no modelo processual atual, destacando aspectos que precisam ser observados para que o instrumento possa resultar em soluções que levem em consideração também aspectos qualitativos, se mostrando adequados a um propósito de real pacificação social.

Acreditamos ser pertinente a investigação para aferir se os benefícios idealizados na concepção deste método se concretizam em sua utilização prática.

Como opção política ligada à forma e a administração da justiça, parece nos importante analisar a utilização destes métodos alternativos de solução de conflitos sob a ótica da questão axiológica, a fim de perquirir se de fato refletem um avanço para a formatação de uma cidadania mais participativa contribuindo para uma harmonização social verdadeira, ou ainda, se possui em sua essência apenas preocupações estatísticas.

Objetiva-se em termos específicos: *(i)* avaliar em termos quantitativos e qualitativos a efetividade da resposta dada ao conflito pelo uso da conciliação judicial. (verificação de dados, nº de audiências x nº de acordos/ forma como se chegou a solução consensual/ efeitos decorrentes); *(ii)* diagnosticar se os resultados obtidos inserem-se em um conceito de adequação no tratamento dos conflitos de interesse. (atende as finalidades/ funções da jurisdição em seus fundamentos funcionais, políticos e sociais); *(iii)* descrever as técnicas e formas empregadas nos procedimentos conciliatórios e identificar elementos que possam contribuir para uma melhor utilização do instituto. (ex. desenvolver uma ação comunicativa, o entendimento sobre o papel do conflito, reciprocidade discursiva, etc.).

Estabelecida esta perspectiva, foi definida a pergunta central do trabalho: O formato utilizado pelo sistema processual para realizar as tentativas de solução dos conflitos por meio de uma conciliação judicial são adequados?

A hipótese aventada é que, se as tentativas conciliatórias forem concebidas com um viés exclusivamente quantitativo a fim de atender aos interesses estatísticos ligados exclusivamente à administração do sistema de justiça, então, restará distorcida o sentido da conciliação, prejudicando a concepção de adequação de uma justiça realmente pacificadora e que privilegie a busca do consenso.

A metodologia utilizada na pesquisa possui a forma de um estudo de caso, empírico-teórico, de natureza quantitativa, com a coleta de dados que possibilitem a caracterização objetiva da hipótese formulada.

Estes dados serão coletados por meio da verificação em arquivos, relatórios operacionais, banco de dados, etc., que remetam a processos cíveis em que foram realizadas audiências conciliatórias e pela observação direta e estruturada de audiências conciliatórias realizadas no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba.

A observação direta do fenômeno foi realizada em varas cíveis da cidade de João Pessoa, definidas de modo aleatório e diversificado, tendo como único elemento comum o fato de serem audiências conciliatórias, não havendo de qualquer modo, qualquer identificação prévia sobre a pretensão da pesquisa, a fim de não influenciar no comportamento das partes, optou-se por, simplesmente, adentrar às salas de audiência e observar o seu desenvolvimento.

Como fatores variáveis observados, tem-se: *(i)* a natureza dos conflitos; *(ii)* a caracterização das partes; *(iii)* a participação dos atores processuais; *(iv)* os resultados obtidos, sendo os dados observados lançados em uma papeleta individual designada para cada audiência e desenvolvida especificamente para este propósito.

A análise dos dados é realizada através de uma confrontação entre a visão teórica formulada com base em uma pesquisa bibliográfica sobre os conceitos de adequação propagados pela doutrina, com os dados da realidade captados.

Espera-se com esta pesquisa, contribuir para um melhor entendimento do instituto da conciliação judicial reforçando aspectos que possam comprometer o seu uso e eficácia, com isto, poderemos concluir, que, uma vez evitadas distorções em sua aplicação, pode sim, vir a cumprir papel determinante para a construção de um

sistema de justiça voltado para a consensualidade, justificando assim todo o incentivo e as expectativas á ele conferido.

O trabalho está dividido em cinco capítulos.

O primeiro capítulo adverte-se, não se propõe a apresentar uma conceituação específica sobre a função e a atividade da jurisdição, apresenta apenas, uma contextualização da atividade jurisdicional, correlacionando a atual concepção de acesso á justiça e aumento de litigiosidade às deficiências manifestada pelo poder judiciário em sua incumbência de solucionar os conflitos de interesses, assim como, apresenta algumas das alternativas em termos processuais e funcionais empregadas pelo sistema de justiça no enfrentamento dessas dificuldades, dentre as quais, a utilização de métodos alternativos de solução de conflitos.

No segundo capítulo, faz se uma apresentação generalizada dos métodos autocompositivos, delimitando a abrangência e o campo de atuação de cada um deles a fim de destacar as suas distinções.

O terceiro capítulo apresenta especificamente a conciliação judicial, iniciando com um apanhado sobre as origens históricas das práticas conciliatórias, dando ênfase a passagem da concepção canônica da conciliação para o modelo de transação oriundo do direito romano.

No quarto capítulo é apresentada a maneira como está inserida as tentativas conciliatórias no sistema processual.

No quinto capítulo é apresentada a verificação empírica da utilização do método como resposta ao conflito, iniciando com uma explicação sobre a metodologia utilizada e a forma de coleta e estruturação dos dados. Antes de iniciar a análise dos dados coletados a fim de investigar sobre a adequação do método de resposta ao conflito, considerou-se pertinente, apresentar ainda, algumas considerações sobre o entendimento e o papel do conflito na sociedade. Esta parte é concluída com a apresentação e análise dos dados coletados e a formulação de inferências a partir dos resultados obtidos.

CAPÍTULO I: A FUNÇÃO E A ATIVIDADE JURISDICIONAL

A complexidade das relações humanas trouxe a percepção da inviabilidade da manutenção daquilo que a doutrina denominou de “estado de natureza”, onde os aspectos físicos em sua forma mais primitiva, a força, era usada para delimitar o direito de cada um.

Para a harmonia social, fez-se necessário, que fossem produzidas regras de convivência, cabendo ao Estado, estabelecido como autoridade comum á todos, substituir a autotutela até então empregada, por uma atividade efetiva no sentido de dirimir os conflitos existentes, evitando assim a perpetuação da barbárie.

Montoro (2000, p.218) ao confrontar a tese defendida pelo liberalismo clássico, segundo o qual, a harmonia social seria um resultado lógico da bondade natural do homem e que cada um cuidando de seu benefício pessoal individualmente desenvolveria um proveitoso ordenamento coletivo, teceu os seguintes comentários realçando a realidade do comportamento humano e a consequente necessidade de uma regulação estatal:

Na realidade, o que se verifica na luta pelos interesses individuais ou de grupos, se não for exigido o respeito a certos princípios de justiça, é o domínio dos mais fortes e o esmagamento dos mais fracos. A exigência de um bem comum não podem ser deixadas ao livre jogo dos interesses, nem à boa vontade dos indivíduos. Devem ser exigidas por lei, e constituir para os cidadãos uma obrigação estrita e exigível (*debitum legale*).

O Estado surge como o elemento regulador, cuja incumbência, está em estabelecer o respeito ao direito de cada um dos indivíduos, atuando no sentido de dirimir eventuais divergências com a declaração do direito.

Este poder de “dizer o direito” acaba se revelando como um dos fatores que faz com que a presença do estado seja imprescindível. O Estado moderno ao avançar na concepção de elaboração de um contrato social, onde se destacou as ideias de Thomas Hobbes sobre a falibilidade da razão humana e a consequente necessidade de uma regulação externa para controlar os arroubos de um ser naturalmente egoísta e agressivo, institucionalizou os meios de solução de conflitos, servindo o exercício da jurisdição, ainda, para ressaltar a legitimidade e mesmo a necessidade da existência de um poder estatal soberano, o qual pudesse ser

invocado sempre que surgisse um conflito que comprometesse a estabilidade da sociedade.⁵

O exercício da jurisdição como referencia à própria legitimidade e necessidade da presença do Estado formado sob a égide do contrato social, foi objeto de um destaque informal de Calamandrei (1995, p.151):

Litigar pode querer dizer (como no caso do célebre moleiro de Sans-Souci) ter fé na seriedade do Estado; pode querer dizer também, prestar um serviço ao Estado, porque este encontra na defesa do direito sua mais elevada expressão e deve agradecer ao cidadão que ao lhe pedir justiça, lhe dá, assim, ocasião de reconfirmar, defendendo o direito, sua razão de ser mais essencial.

A atividade jurisdicional revela se em uma manifestação desse poder/função estatal, explicitada na forma de um instrumento destinado a tornar concreta a vontade da lei, o que ocorre por meios de comandos que apresentam a solução derradeira para um conflito de interesse jurídico invocados pelos interessados ante uma pretensão resistida, configurando uma lide ou litígio⁶.

Uma vez que retirou dos particulares a prerrogativa de fazer valer seus direitos pela própria força, assumindo o monopólio da justiça, a jurisdição assume, também, um dever de tutelar efetivamente os direitos subjetivos, impondo estes comandos aos cidadãos, e com isso, restabelecendo a normalidade social.

Como já destacado, em consonância com as teorias contratualistas, para afastar o exercício da autotutela e os inconvenientes daí decorrente, o Estado formataria meios institucionais para a solução de conflitos surgidos no seio da sociedade, por certo, tais meios devem se mostrar a sociedade como realmente efetivos, vez que, são pelos resultados concretamente obtidos que se mensura a eficiência e justifica-se a jurisdição estatal.

⁵ A ideia de uma sociedade estruturada em torno de um contrato social, também é objeto do pensamento de Rousseau, que atribuía a formulação de um contrato à possibilidade de se conciliar a liberdade natural do homem ao desejado sentimento de segurança e bem-estar. Justifica o pensador “Eu imagino os homens chegados ao ponto em que os obstáculos prejudiciais á sua conservação no estado natural, os arrastam, por sua resistência, sobre as forças que podem ser empregadas por cada indivíduo a fim de se manter em tal estado. Então esse estado primitivo não mais tem condições de subsistir, e o gênero humano pereceria se não mudasse sua maneira de ser. Ora, como é impossível aos homens engendrar novas forças, mas apenas unir e dirigir as existentes, não lhes resta outro meio, para se conservarem, senão formando, por agregação, uma soma de forças que possa arrastá-los sobre a resistência, pô-los em movimento por um único móbil e fazê-los agir de comum acordo” (ROUSSEAU, 2000, p.31).

⁶ Cf. visão clássica de Carnelutti “um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida” (MARQUES, F. *apud* THEODORO JUNIOR, 2008, p.10).

Dinamarco (2001, p. 168) ao falar do escopo político da atividade jurisdicional, também a destaca, dentre outros elementos, como um instrumento que serve para reforçar a presença do próprio Estado, perante a sociedade, expõe o doutrinador; “[...] pensando-se agora no resultado das atividades somadas do Poder Judiciário, tem se em mira a estabilidade do próprio ordenamento jurídico, que constitui projeção positivada do poder estatal”.

O exercício da atividade jurisdicional e a possibilidade de uma atuação coercitiva para fins de manter a estabilidade social e fazer valer o ordenamento jurídico estabelecido pela sociedade é uma garantia que o Estado oferece aos seus partícipes. Assim, as deficiências no desempenho deste exercício, comprometem o próprio entendimento do Estado como um agente regulador da sociedade, espalhando esse sentimento para outras esferas sociais, fazendo com que, outros atores sociais despertem a pretensão de cobrir eventuais lacunas no desempenho desta atividade.

Na configuração do Estado atual, a atividade jurisdicional acrescenta, ainda, outras características, além de reafirmar a presença do Estado e evitar o esgarçamento do tecido social por meio da disponibilidade de um instrumento previamente institucionalizado para solução de conflitos e restabelecimento da ordem, a jurisdição assume também, o objetivo de efetivar direitos e auxiliar na obtenção e manutenção dos valores sociais e públicos estabelecidos pela sociedade.

No Brasil, entre outros objetivos perseguidos, encontram-se estampados já no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, o desejo de construção de uma sociedade, onde direitos sociais e individuais, o bem-estar, e o desenvolvimento estejam fundados na harmonia social e comprometidos com a ordem interna.

Desta nova configuração defluiu-se que a função/dever da jurisdição não é meramente apresentar a solução de disputas individuais de cunho privatista, bastando para considerar a sua eficiência e adequação, a observação de procedimentos previamente instituídos para o seu desenvolvimento, ao contrário, o conjunto de suas manifestações, ainda que produzidas de forma atomizadas, devem ser consideradas em termos amplos a fim que possam repercutir eventuais consequências para o conjunto da sociedade, respeitando, portanto, os contornos de

uma política pública estabelecida com vista a persecução dos objetivos acima elencados.^{7,8}

Afasta se assim das visões clássicas, que caracterizam a jurisdição, meramente, pela sua função de tornar concreta a vontade da lei, por meio de uma função pública de subsunção da lei ao caso concreto, ou ainda, a que defende que a jurisdição proporciona a justa composição da lide pela constituição de uma norma individual destinada para o alcance de um interesse privado, contudo, derivada da lei geral, ou seja, ambas ligadas a ideia de uma subordinação a vontade do legislador e a simples pacificação do conflito.

Acontecimentos históricos mostraram que a simples aplicação de leis, que embora formalmente perfeitas, poderiam tornar se fontes para legitimar interesses pouco afeitos a um padrão mínimo de justiça e do interesse social, obrigou a jurisdição a exercer uma nova potencialidade. Para Marinoni⁹, a transformação do princípio da legalidade ajustando-o a uma legalidade substancial em observância aos preceitos constitucionais, favorece uma ampliação das atividades jurisdicionais a fim de dar efetividade aos direitos fundamentais.

Neste contexto, os exercícios da função e da atividade jurisdicional deverão estar revestidos de elementos que correspondam a esta nova realidade, estando a jurisdição preparada para desempenhar, por meio de sua atuação, uma função de concretizar esses direitos, e não somente, de promover a pacificação de conflitos intersubjetivos havidos entre particulares, mas também, de acordo com os objetivos traçados constitucionalmente.

É nesta direção, que, a resposta dada ao conflito, ainda que, de forma individualizada, não deverá se restringir a apenas acomodar o litígio entre as partes litigantes, mas sim, tendo em vista o objetivo maior da Constituição de assegurar

⁷ Cf. Eduardo Cambi (2011, p.288) ao apresentar o pensamento da corrente substancialista da jurisdição constitucional, expõe; “o Poder Judiciário é o interprete da vontade geral ou dos valores substanciais implícitos no direito positivo. Acredita que o Judiciário deve concretizar, mesmo contra as maiorias eventuais, o conteúdo democrático da Constituição, enquanto explicitação do contrato social”. E conclui, “Com isso, quer se resgatar o caráter transformador da Constituição, para que se possa assegurar a devida força normativa aos princípios e regras constitucionais, capazes de realizar o núcleo axiológico das promessas emancipatórias não cumpridas”. Portanto, fazer com que a Constituição realize o contrato social.

⁸ A fim de dar concretude a assertiva feita, pode se citar o exemplo de simples litígios individuais derivados de relações consumeristas, envolvendo um mesmo agente, a solução proclamada para este conflito individual deve observar a repercussão desta decisão sobre o agente infrator no sentido de compeli-lo a não mais praticar o ato, e com isso, a jurisdição está a contribuir prospectivamente para a estabilização social.

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. In: **A Jurisdição no estado constitucional**. Disponível em: <www.marinoni.adv.br/baixar.php?...../>. Acesso em: 11 jun.2015.

uma convivência mais harmoniosa, atuar preventivamente por meios de comandos que reverberem de forma pedagógica para o restante da sociedade, no intuito de evitar, ou ao menos, em uma tentativa de minimizar a ocorrência de novos conflitos da mesma espécie.

Não obstante, já existir no ordenamento jurídico a possibilidade de coletivizar as demandas de amplo alcance social, instituindo mecanismos de tratamentos coletivos, como ocorre, por exemplo, pela Ação Civil Pública, ao dispor sobre os direitos individuais homogêneos, a interpretação e a solução adotada em um caso individual pode ter ampla repercussão, interferindo no agir e pautando a conduta de outros atores sociais.

Abandona-se assim, a visão clássica da atividade jurisdicional realizada com base em elementos retrospectivos destinados, a tão somente, remediar eventos pretéritos, para uma abordagem prospectiva, com projeção para eventos sociais futuros, como um instrumento de construção de novas posturas no desiderato de aperfeiçoamento da sociedade.¹⁰

Acompanhando esta transformação na visão sobre a jurisdição, ampliou-se também, a concepção de acesso à justiça, não bastando apenas uma identificação do acesso à justiça pela simples admissão em juízo, mas também, que estejam atendidos os requisitos de universalização, celeridade e adequação.

De forma bastante simplista pode se falar em universalização pela instituição de facilidades de acesso ao sistema de justiça que permitam a mais ampla admissão de pessoas e causas ao processo, reforçando que não basta o direito de invocar a jurisdição, e sim, é preciso ainda, assegurar o acesso amplo e efetivo com as observâncias das regras que se coadunam com o devido processo legal.

Também de forma resumida, apresenta-se o fator celeridade, no sentido de compreender o acesso à justiça como o direito a uma prestação jurisdicional, se não rápida, haja vista o tempo necessário para o transcurso do processo, que seja, ao menos, em tempo razoável.

Por fim, como último requisito, a adequação do procedimento como forma de resposta ao conflito, sinteticamente, temos que, esta adequação se reveste na

¹⁰ Cf. Marcelo Lamy (2010, p. 220) “[...] há um rol de direitos fundamentais de proteção, que exigem do Estado a proteção dos direitos individuais e coletivos, que atribuem ao Estado o dever de atuar protetivamente (por exemplo: dever de proteger o consumidor, dever de fiscalizar [...]). Neste ponto, a jurisdição adquire o dever de atuação (o que modificou a atitude do juiz, que não pode mais ficar solenemente impassível).

flexibilização das formas processuais de acordo com a peculiaridade de determinados conflitos.

Uma das consequências óbvias desta nova concepção de acesso à justiça, é o aumento do fluxo ao judiciário de uma litigiosidade que se encontrava contida ante as dificuldades enfrentadas para a utilização do sistema de justiça institucional.

Ao tratar deste tema, Kazuo Watanabe (1985), destaca que os conflitos que ficam de fora do sistema de justiça institucionalizado, ou se sujeitam a soluções alternativas, inclusive, com uso de métodos inapropriados, ou acabam resultando em renúncias de direitos por parte de seus detentores, o que, tanto em um caso, como no outro, é um fato bastante perigoso para a estabilidade social.

Pesquisa empírica realizada por Luciano Oliveira (2004) junto às repartições policiais do Grande Recife no início dos anos 80, retratou, uma possível propensão das classes populares a buscarem, de modo preferencial, junto às autoridades policiais a concretização de uma espécie de “justiça informal” para resolverem seus conflitos. O autor adverte ainda, que apesar do lapso temporal transcorrido desde a realização da pesquisa e os avanços na oferta da prestação jurisdicional institucionalizada, há fortes indícios que esta realidade ainda perdura nos dias atuais, e que, diferentemente, do que poderia se imaginar a questão não seria a inacessibilidade da população mais carente de recursos a uma justiça institucional, e sim, uma percepção de que esta não destina-se a resolver os tipos de conflitos em que se envolvem.

Assim, seria preponderante a incorporação de outras formas de resolução de conflitos, que se situem na órbita do poder judiciário institucionalizado para fins de absorver toda e qualquer demanda e que possua capacidade de penetração em toda sociedade.

Noutra direção, Mancuso (2009, p.59), adverte, que, diante das limitações orçamentárias impostas ao poder judiciário, que impedem o acompanhamento do crescimento da demanda, corre-se o risco de ocorrer a subversão do conceito de inafastabilidade da jurisdição, levando o sistema de justiça a necessariamente ter que adotar uma cláusula de reserva a fim de atuar somente de forma residual, concluindo que, tem sido feita uma “leitura exacerbada e irrealista” do acesso à justiça, atuando como um indesejado “convite à demanda”.

Se de um lado, mostra-se salutar que o poder judiciário esteja mais acessível e deva estar preparado para assumir um novo papel dentro da estrutura do Estado

contemporâneo, no sentido de, como apregoa Novoa Monreal (1988, p.44), auxiliar na busca do bem estar coletivo, principalmente; “para equilibrar, na sociedade tradicional, o excessivo desamparo de uns e a debilidade de outros”, em outra vertente, parece ser inadequado atribuí-lo o dever de dar respostas e apresentar soluções para todas as mazelas sociais.

Independente da função atribuída à jurisdição e do ângulo em que se observa a atividade jurisdicional, parece não haver divergências a respeito da necessidade de aprimoramento constante do sistema de justiça, para fins de instituir mecanismos que auxiliem na forma adequada e na oferta da prestação jurisdicional.

1.1 Contextualizando as dificuldades da atividade jurisdicional

No relatório anual produzido pelo Conselho Nacional de Justiça a fim de medir a taxa de congestionamento do poder judiciário, nos dados relativos ao ano de 2013, se informou que estavam em trâmite nas varias esferas judiciais aproximadamente 95,14 milhões de processos.¹¹

O mesmo relatório apresenta, que muito embora se tenha baixado cerca de 27,7 milhões de processos judiciais naquele ano, ainda assim houve uma relação deficitária em relação à entrada de novos processos. Em um quadro comparativo com o ano de 2009, percebe-se que o número de processos baixados cresceu 9.3%, mais, ainda assim, é inferior ao número de casos novos que ingressaram no sistema de justiça no mesmo período.

Assim, por mais que se empenhassem esforços para aumentar a produtividade dos órgãos jurisdicionais, tais esforços, não tem se mostrado o suficiente para ao menos indicar o início de um viés de diminuição dos estoques de processos e conseqüente desafogo do sistema de justiça.

Ainda a título de comparação, dados levantados por Sadek (2001) apontam que entre os anos de 1990 e 1998, enquanto a população cresceu 11.33% o número de processos distribuídos aumentou 106,44%.

¹¹ Informações colhidas nos relatório; “justiça em números”. Disponível em: <www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-etransparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios>. Acesso em: 20 jun. 2015.

Assim, ainda que se perceba uma diminuição no ritmo de crescimento de casos novos nos últimos anos¹², o fato concreto, é que, nos últimos cinco anos o estoque de processos pendentes no judiciário passou de 58,9 milhões para 66,8 milhões.

Embora os números acima apresentados evidenciem um excesso de litigiosidade, importa registrar, para aquilo que é objeto deste estudo, no sentido de verificar a adequação dos mecanismos utilizados pelo sistema de justiça, mais especificamente dos modelos autocompositivos como resposta dada aos conflitos de interesses, que quando se realiza uma observação mais pormenorizada sobre as características da litigiosidade apresentada ao sistema de justiça, é possível constatar que um grande contingente desses processos apresenta uma classe específica e bem definida de litigantes, quais sejam; o próprio poder público; concessionárias de serviços públicos; e instituições financeiras.

Exemplificando, os processos relacionados com as execuções fiscais representam 41,4 % do total de processos pendentes, e mais, fazendo alusão aos números apresentados pela publicação “Os 100 maiores litigantes”, editada pelo Conselho Nacional de Justiça, o conselheiro José Guilherme Vasi Werner, ressaltou que apenas entre 10 e 15 entidades, governos, bancos e empresas de telefonia, vão se repetindo ano após ano como responsáveis por 90% das demandas.¹³

Argumenta-se, então, que talvez devesse se pensar primeiramente nas razões que fazem com que esta classe específica de litigante ocupe tão intensamente os órgãos judiciais, onde poderia se concluir, que seria mais produtivo atacar o problema do excesso de demandas jurídicas a partir da ação destes atores, diminuindo a necessidade de se recorrer ao judiciário por conta de suas condutas.

Para demonstrar a situação acima, reproduzimos comentários e exemplo citado por Souza Santos (2008, p. 19):

As pessoas que têm consciência dos seus direitos, ao verem colocados em causa as políticas sociais ou de desenvolvimento do Estado, recorrem aos tribunais para as protegerem ou exigirem a sua efetiva execução. Como me referiu um magistrado deste país, uma boa parte do seu trabalho é dar

¹² Segundo os relatórios, o número de casos novos que chegou a aumentar 9% entre 2010 e 2011, teve um aumento de 1,2% no ano de 2013.

¹³ Disponível em: <www.cnj.jus.br/noticias/cnj/23181-multas-marketing-negativos-contra-grandes-litigantes>. Acesso em: 03 mar. 2015.

medicamentos. As pessoas vão ao Tribunal exatamente para poderem ter acesso a medicamentos que de outra forma não teriam. Essa informação é facilmente corroborada em qualquer breve análise que se faça dos noticiários jurídicos no Brasil, onde cada vez mais, são publicitadas vitórias de cidadãos que, através do Poder Judiciário, obtêm o acesso a tratamentos especializados e a exames médicos gratuitos. Temos assim, o sistema judicial a substituir-se ao sistema da administração pública, que deveria ter realizado espontaneamente essa prestação social.

É possível acrescentar, que em muitos casos as pessoas recorrem ao judiciário em razão de não obterem um serviço de telefonia, um serviço bancário, ou outra prestação de serviço ou de produto qualquer de forma minimamente decente, e ainda, por não conseguir resolver os conflitos advindos destas relações por meio de outros mecanismos.

O aumento expressivo do mercado consumidor, aliado a uma, aparente, postura leniente da maioria das empresas que se mostram preocupadas tão somente em potencializar seus lucros, ainda que à custa de uma prestação de serviços deficientes, acabam por inflar a busca por uma tutela jurisdicional a fim de solucionar os conflitos daí decorrentes.

Da mesma forma, a incapacidade do Estado em cumprir com as obrigações advindas da finalidade do estabelecimento de uma sociedade pautada pelos reclamos de bem estar social, elevam a necessidade de se recorrer ao judiciário, para a obtenção de direitos básicos, como exposto no exemplo mencionado.

Assim, o sistema judicial é utilizado para minorar os erros da administração pública em realizar, organizar, fiscalizar e garantir a correta atuação destes atores na realização de suas atividades econômicas ou públicas, evidenciando uma necessidade de amadurecimento das relações destes agentes com a sociedade.

Em uma sociedade onde a economia e mesmos as atividades públicas de caráter social, estão baseadas na oferta e consumo de bens e serviços, uns dos balizamentos para a potencialização da oferta desses produtos ou serviços de massa estão na padronização de rotinas que devem ser seguidas à risca pelos meios de produção.

Da mesma forma, as eventuais manifestações de insatisfação com os serviços ou produtos ofertados, são tratadas de modo uniforme, sem atenderem-se as reais necessidades e problemas de forma individualizada. Esta transformação de um problema individual em mero protocolo de atendimento uniforme, que pode ser representado na figura dos serviços de *call centers*, normalmente, apresentados

como canal de solução de problemas, ante sua ineficiência, produz uma indignação que acaba escoando para o judiciário.

Deste modo, aos olhos do cidadão comum, frustrado pela má experiência da relação intersubjetiva havida com essas entidades, somente mediante a atuação do poder judiciário seu direito possui alguma chance de ser assegurado, e isto se dá, a seu ver, com a prolação de comandos jurídicos que possuam um caráter sancionatório e inibidor de condutas. Esta perspectiva é destacada por Novoa Monreal (1998, p.23), ao citar que em países em desenvolvimento:

As matérias em que a enorme maioria da população espera algo daquilo que constitui o sistema jurídico do país, versam, preferencialmente, sobre formas de ingerência e regulamentação do Estado nas atividades econômicas [...].

Causando-lhe, um compreensível estranhamento, quando é submetido a outras formas de solução de conflitos, que não a adjudicada, em razão do descrédito e das dificuldades enfrentadas na convivência rotineira com estes atores.^{14,15}

Este quadro de litigiosidade crescente escancara e torna pública a falta de condições do poder judiciário em cumprir adequadamente a sua função jurisdicional. O volume de conflitos apresentados ao judiciário contribui para uma excessiva demora na entrega da prestação jurisdicional comprometendo ainda mais a efetividade dos pronunciamentos judiciais e gerando descrédito em todo o sistema de justiça.

Para Mancuso (op. cit., p. 150);

[...] O Estado avoca a distribuição de justiça, ofertando-a como um direito subjetivo público disponível [...], mas depois não consegue atender á expectativa assim, ou pior, buscando fazê-lo, passa a oferecer Justiça de massa, de baixa qualidade, seja quanto à consistência jurídica, seja quanto à duração do processo [...].

Paradoxalmente, da mesma forma com que se universaliza o acesso à tutela jurisdicional e se judicializa conflitos outrora relegados à margem do sistema de

¹⁴ As agências reguladoras que poderiam ajudar na implementação das boas práticas comerciais entre seus entes regulados, em razão de sua atuação com viés eminentemente político acabam sendo omissas, deixando de cumprir o papel a elas destinados.

¹⁵ Os serviços colocados à disposição dos usuários para viabilizar a solução direta de eventuais problemas (S.A.C), são ineficientes, ao contrário do que prometem, parecem constituídos para dificultar a resolução dos problemas. As ações desenvolvidas por órgãos como o Ministério Público, Procons, etc., acabam se perdendo no arcabouço jurídico e não refletem junto ao público em uma percepção de melhora destas relações que permanecem conflituosas.

justiça, as limitações do aparato judicial, ainda provocam uma litigiosidade reprimida que compromete a harmonia social.

Sadek (2004) chama a atenção para o fato de a percepção de uma justiça cara e lenta, ainda afastar dos tribunais parcela considerável da população, principalmente, aquela mais carente de recursos, sejam eles, financeiros, sociais ou culturais, sendo que esta parcela populacional só procura o poder judiciário de forma compulsória quando não há alternativa.

Tal assertiva se coaduna com a percepção prática, de que, diferentemente do que aduzem alguns a respeito da existência de uma cultura de litigância exacerbada, o judiciário só é acionado quando já foram tentadas e frustradas alternativas administrativas e/ou extrajudiciais para a solução do conflito.¹⁶

De tal modo que o crescimento exponencial dos números de litígios apresentados ao judiciário pode não significar um maior utilização do sistema de justiça pela população de um modo geral, mas sim, que um restrito número de atores sociais, incorporam de forma programática o uso do judiciário na condução de suas atividades, ocupando mais intensamente os serviços judiciais e respondendo por uma grande parcela dos conflitos judicializados.

Explica Sadek, “o poder público, com frequência, usa o Judiciário, para fazer rolagem da dívida. Empresários, por sua vez, que rompem contratos, extraem vantagens da lentidão”. Em outro comentário conclui: “[...] alguns poucos, usufruem em excesso da justiça oficial, gozando das vantagens de uma máquina lenta, travancada e burocratizada” (SADEK, 2008, p.273).

A pesquisadora supracitada distingue, ainda, as dificuldades do judiciário em três vertentes; a institucional, relacionada com a crescente ampliação das ações do judiciário na arena política e econômica, o fenômeno da “judicialização” de temas outrora distantes deste poder; a vertente estrutural, relacionada ao contingenciamento de recursos materiais e humanos e da falta de uma eficiente gestão administrativas das unidades judiciárias¹⁷; e por fim, a vertente

¹⁶ Cf. Boaventura Souza Santos (1989, p. 48) “Estudos revelam que a distância dos cidadãos em relação à administração da justiça é tanto maior quanto mais baixo é o estado social a que pertencem (...). Os dados mostram que os indivíduos das classes mais baixas hesitam muito mais que os outros em recorrer aos tribunais mesmo quando reconhecem estar perante um problema legal”.

¹⁷ Cf. A pesquisa Análise da gestão e funcionamento dos cartórios judiciais, realizada pela Secretaria de Reforma Do Judiciário, vinculada ao Ministério da Justiça, no ano de 2007, relatou a dificuldade de assimilação da informatização dos serviços de Justiça, por seus usuários, em razão da prevalência de uma “cultura do balcão” e da “cultura do papel”.

procedimental, onde se destaca os retardos derivados de um formalismo exacerbado e eventual inadequação dos meios processuais.

Na esteira da inadequação dos meios processuais, poder-se-ia, citar ainda, a inadequação da resposta dada ao conflito, materializada no fato concreto de que as soluções apresentadas pelo judiciário não se mostrarem aptas a compelir os agentes infratores a não mais incidir na mesma má conduta. Exemplo, disso se dá nas soluções proclamadas em muitas ações indenizatórias alusivas as relações de consumo, em que pese, tanto a doutrina como a jurisprudência considerarem o efeito pedagógico da decisão como um elemento mensurador do montante da eventual reparação a ser feita, no sentido de que o agente infrator se sinta desestimulado a realizar novas práticas nocivas, concretamente, as decisões proferidas parecem não surtir qualquer efeito, haja vista, a reiteração destas condutas evidenciadas pela presença permanente destes atores no rol dos maiores litigantes.

Tais condutas ensejam o fenômeno da multiplicação de demandas individuais discutindo as mesmas situações fáticas, derivadas de mesmas teses jurídicas e que respondem por boa parte do volume de demandas levadas ao judiciário.

Independente do diagnóstico que possa ser feito, fato é, que as deficiências do judiciário passaram a ser um problema percebido por todos os setores da sociedade.

Dados obtidos pela pesquisa desenvolvida pelo Instituto de Pesquisas Econômica Aplicada (IPEA) por meio do Sistema de Indicadores de Percepção Social (SIPS, 2010), aferiu como nota média da avaliação geral que o cidadão brasileiro faz da justiça, em uma escala de 0 a 10, a nota de 4,55¹⁸.

Um dos fatores mais visíveis que contribuem para a avaliação negativa que a sociedade confere ao sistema de justiça é o transcurso de tempo necessário até que se chegue a uma solução para o conflito.

Não obstante o fato de a avaliação ser negativa de um modo geral, conforme acima exposto, a pesquisa do IPEA, revela que na avaliação feita pelos cidadãos com base em dimensões específicas, enquanto a melhor nota refere-se à qualidade das decisões, (1,6 em uma escala de 0 a 4), a menor nota é alusiva ao fator tempo, (1,18). Do mesmo modo, o elemento que mais foi considerado para efeito da

¹⁸ Disponível em: <www.ipea.gov.br>. Acesso em: 20 jun. 2015.

avaliação manifestada, revela que, dá se mais importância ao fator tempo, (peso 2,5 em uma escala de 0 a 4), seguindo de perto pela a qualidade da decisão, (peso 2).¹⁹

Vê se assim, que os maiores questionamentos que são feito pelo cidadão comum em face da atividade jurisdicional, se dão em razão do fator tempo. Fator este que parece contribuir efetivamente para a postura de determinados atores, exemplificando, pode não ser por acaso, que a mesma pesquisa revela uma discrepância entre a percepção da justiça para quem é autor e para quem é réu, mostrando que àquele, possui uma percepção de justiça pior do que este último.

Como argumenta Marinoni (2004, p.82):

Se o tempo do processo, por si só, configura um prejuízo à parte que tem razão, é certo que quanto mais demorado for o processo civil mais ele prejudicará alguns e interessará a outros. Seria ingenuidade inadmissível imaginar que a demora do processo não beneficia justamente àqueles que não têm interesse no cumprimento de normas legais.

A pesquisa conclui que para avaliação geral que o conjunto da população faz sobre a justiça, rapidez e qualidade, são elementos compreendidos como a capacidade demonstrada de produzir soluções que afirmem um sentido de justiça, sendo que, tanto um como outro fator se mostram como elementos relevantes para a percepção da sociedade.

Diante deste quadro, é imprescindível que se encontre alternativas para assegurar um melhor desempenho da atividade jurisdicional, absorvendo o desejo de maior celeridade dos pronunciamentos judiciais sem perder de vista a necessária adequação concreta das respostas oferecidas aos conflitos.

Os problemas revelados são derivados, em grande medida, pela quantidade enorme de conflitos que são levadas ao judiciário, exigindo assim, a adoção de medidas para diminuir este fluxo, a seguir foram alinhavados algumas das técnicas desenvolvidas para melhorar o desempenho da atividade jurisdicional.

1.2 Técnicas Desenvolvidas Para Melhorar o Desempenho e a Funcionalidade da Justiça

Os questionamentos e críticas sobre o funcionamento do poder judiciário não é algo contemporâneo, um esboço de um retrospecto histórico sobre a atuação do

¹⁹ Quadros em anexo. (Anexos 01/03).

judiciário, evidencia a existência permanente de descontentamentos sobre as opções políticas de sua configuração, e a reincidência de iniciativas visando principalmente conferir maior agilidade a sua atuação.

Sadek (op.cit., p.83-84) cita que; “Desde as primeiras cortes, criadas ainda no período colonial, vozes se levantaram mostrando sua inoperância e o quanto distanciavam de um modelo de justiça minimamente satisfatório”.

Em estudo realizado sobre a formação da organização judiciária brasileira, alcançando dos tempos do Império até a constituição da República, Andrei Koerner²⁰, apresenta correlação entre os problemas enfrentados atualmente pelo judiciário a um modelo de organização e de política judiciária formatada neste período.

Para o autor, a opção de formatação da política judiciária, deriva de uma construção institucional estratégica adotada pelas elites políticas, e insere-se em uma determinação de estruturação e fixação deste poder que ainda refletem no sistema político-jurídico atual.

O autor cita como reflexos desta construção, a atuação dos juízes de paz, e o uso da mediação judicial com o objetivo de assegurar a estabilidade social mediante uma acentuada dimensão prudencial dada ao conflito, desconsiderando qualquer desenvolvimento de aspectos teleológicos de justiça.

Exemplificando o tema, o autor, citando Conrad, (1975, p.55) menciona a advertência feita pelo Ministro da Justiça, Nabuco de Araújo, a um juiz de direito que utilizava sem qualquer distinção, a lei de proibição do tráfico de escravos de 1831, por aplicar a lei com um “rigor contrário à utilidade pública e pensamento do Governo” aduzindo ainda, que convinha “evitar um julgamento em prejuízo e com o perigo dos interesses, um julgamento que causaria alarme e exasperação aos proprietários”.²¹

²⁰ Andrei Koerner. *Judiciário e cidadania na constituição da república brasileira*. São Paulo: Hucitec/ Departamento de Ciência Política, USP, 1998.

²¹ Em artigo publicado pela Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE), “O papel do juiz no mundo globalizado”, Américo Bedê Freire Júnior (2004 p. 29), apresenta reflexo, nos dias atuais, da situação exemplificada, fazendo a seguinte indagação: “O que pode (deve) ser feito a fim de que as políticas públicas do Brasil não se tornem mero cumprimento de regras estabelecidas pela lei do mercado? Em sua resposta o magistrado destaca a necessidade de que uma “força contrária” se contraponha a esta interferência, aduzindo”: Esse papel deve caber ao Poder Judiciário. Não porque o Poder Judiciário esteja acima dos demais poderes, mas sim porque é o poder que deve impedir o abuso dos demais poderes.

Se o exemplo acima relata um uso estratégico e político da jurisdição, também a preocupação com o desempenho e agilidade dos pronunciamentos judiciais mostram se, desde sempre, presentes. Por exemplo, na exposição de motivos que justificaram a realização do código processual, promulgado em 1973, a necessidade de se conferir maior celeridade na entrega da prestação jurisdicional já era uma tema bastante destacado.

Um pouco mais adiante, ainda que, verificando-se a perpetuação de um ideal oriundo do iluminismo racionalista de submeter qualquer decisão judicial a uma aplicação lógica de formas e preceitos no intuito de buscar uma certeza quase que científica a fim de lhe conferir previsibilidade e segurança, gerando um processo excessivamente moroso e com efetividade comprometida, os problemas do cotidiano impuseram aos órgãos judicantes a necessidade de utilizar instrumentos que possibilitassem uma rápida resposta a tutela reivindicada.

Tem se assim, a formação de tutelas jurisdicionais diferenciadas para atender a necessidade de se combater os danos advindos do fator tempo ao processo, sendo que a preocupação maior é o risco que o tempo comprometa o resultado da tutela pretendida.

Para tanto, foi cada vez mais sendo incorporadas no ordenamento processual modelos de tutelas sumárias visando diminuir a atividade cognitiva do magistrado possibilitando assim ou uma solução mais rápida para o litígio ou a asseguaração de que o curso do processo não irá afetar o direito pleiteado.

Assim, a lei 8.952/94 alterou o artigo 273 do Código de Processo Civil para introduzir de forma generalizada a antecipação de tutela.

Por este mecanismo aquele que se encontra amparado por provas substanciais que possuam o condão de incutir um juízo de verossimilhança, tem a possibilidade de inverter a lógica processual racionalista ao se afastar da necessidade de aguardar a persecução da certeza “*matemática*”²² para a obtenção de um direito, para a situação de, ainda que, de forma provisória, possa usufruir de um direito que já se mostra aparente.

Muito embora saudado por processualistas, á época, como algo realmente inovador em termos processuais em nosso ordenamento, a referida antecipação já

²² Cf. Ovídio Batista (2004) o pensamento racionalista pretende fazer do direito uma ciência matemática, com pesos e medidas auferíveis por meio das formas e de um emaranhado de conceitos normativos que o reduzem metodologicamente a equações algébricas, no intuito de limitar o máximo a discricionariedade de seus intérpretes.

era técnica empregada em muitos provimentos liminares, mormente, aos relacionados a questões possessórias, o que se fez foi generaliza-las, oferecendo a todos aquilo que era privilégio de uso somente para alguns.

Percebe-se, assim, mais uma movimentação que revela o sentido das opções políticas que se manifestam por meio do exercício da jurisdição. Alguns setores mais privilegiados da sociedade já contavam com a utilização de técnicas processuais a fim de resguardar seus interesses de forma mais célere, enquanto a maioria era submetida à lentidão do processo “ordinário”.

Barbosa Moreira (2003, p.287) em um artigo dedicado a análise de técnicas empregadas para conferir agilidade aos pronunciamentos judiciais, relata a conformação de dois grupos:

Um formado por providências que se ordenam pura e simplesmente a imprimir maior rapidez ao processo, sem sacrifício da atividade cognitiva do juiz, a qual continua, tendencialmente pelo menos plena e exauriente; outro, por medidas que visam apressar a prestação jurisdicional mediante cortes naquela atividade, ou para falar de modo diverso, exonerando o órgão judicial de proceder ao exame completo da matéria litigiosa.

Seguindo o pensamento do doutrinador acima citado, pode-se afirmar que tornou se comum o uso de técnicas de abreviação da jurisdição, por exemplo, a sumarização de procedimentos consubstanciados na adoção de ritos especiais, onde destaca-se, entre outros, a criação dos juizados especiais, e ainda, as ações onde o contraditório é diferido para momento posterior de acordo com a postura do réu como nos casos das ações monitórias.

Contudo, como também destacado pelo doutrinador supracitado, estas vias, se surtem algum resultado em um primeiro momento, em pouco tempo, com o aumento da procura por este “*caminho*” logo tornam se também “*congestionadas*”.

As reformas das ultimas décadas também buscaram dotar o sistema processual de elementos capazes de auxiliar na busca da celeridade, como nos exemplos, da hipótese de abreviação do julgamento do artigo 285- A, a súmula impeditiva de recurso do artigo 518, § 1º, ambos do Código de Processo Civil e a súmula vinculante prevista no artigo 103-A da Constituição Federal.

Além destas iniciativas, mais notadamente a partir da edição da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, tem se a formatação de um modelo de atuação jurisdicional que permita que os conflitos sejam resolvidos sem ter

necessariamente de esperar uma atividade cognitiva por parte do órgão judicial, servindo este apenas como um intermediador para facilitar uma solução para o conflito apresentado.

Neste modelo, as partes em litígio se encarregam de formular de modo consensual a solução para o seu conflito, cabendo ao Estado-Juiz, tão somente a intermediar esta relação para que não ocorram abusos e desrespeito a direitos fundamentais.

Diante de todo o quadro apresentado, não obstante, a existência de um discurso teórico aludindo a um desejo genuíno de incentivar o desenvolvimento de uma “cultura da pacificação” e da autonomia cidadã, talvez seja forçoso reconhecer, que um dos principais objetivos para a implementação crescente dos métodos autocompositivos, sejam alusivos aos aspectos quantitativos referentes à capacidade de produção de resultados com a mais rápida solução dos litígios, o que não deixa de ser legítimo.²³

²³ A Resolução 125 do CNJ, que representa um marco na política pública direcionada para os métodos consensuais, em sua justificativa, destaca os aspectos de ganhos quantitativos proporcionado pelo instituto, fazendo a seguinte menção: “CONSIDERANDO que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças.” (grifo nosso). Ainda, As autoridades judiciárias sempre que se manifestam á respeito dos problemas do judiciário, correlacionam o uso da técnica como forma de melhorar o desempenho da Justiça.

CAPÍTULO II: OS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Segundo ensinamentos clássicos de teoria geral do Direito, existe três formas de solução de conflitos: a autotutela; a heterocomposição; e o objeto maior deste estudo, a autocomposição.

A autotutela seria a forma mais primitiva de solução de conflitos, caracterizando-se pelo uso da força por uma das partes a fim de obter a submissão da parte adversa, é aquilo, que, comumente, se expressa na fórmula “fazer justiça com as próprias mãos”.

Embora sendo, em regra, vedada pelo nosso ordenamento jurídico, há exceções, como no exemplo usualmente empregado pela doutrina, da defesa urgente da própria posse (art. 1210, §1º do Código Civil), ou ainda, na “auto-executoriedade” de determinados atos administrativos de agentes públicos em situações de urgência.

Além dos inconvenientes óbvios do emprego dessa forma de solução de conflitos para a sociedade, cabe observar, que mesmo o seu uso em casos excepcionais podem se revelar insuficientes para solucionar o conflito e tutelar o direito de quem o detém.

Faz-se necessário então que exista um ser dotado de uma força coercitiva superior às individualidades. Dessa forma o Estado surge como um substituto natural da vontade dos destinatários das normas jurídicas, assumindo a tutela de direitos, não só declarando-os, mas também, os concretizando no plano material, por meio do exercício da jurisdição, realizando assim a tutela jurisdicional de direitos.

Assim, caracteriza-se a heterocomposição, em síntese, pela presença de um terceiro com poder de decisão impositiva sobre as partes em conflito, o que se dá institucionalmente por meio da jurisdição tradicional, ou ainda, no procedimento arbitral.

Por último, tem-se a autocomposição, caracterizada pela solução do conflito por meio de um consenso estabelecido pelas próprias partes. O cerne da autocomposição está na legítima manifestação de vontade das partes para a construção da solução para o conflito, e, pode se dar de forma unilateral, como por exemplo, pela renúncia de uma das partes, abdicando de um direito, ou ainda, de

forma bilateral, onde ambas as partes renunciam em parte da sua pretensão para pôr fim ao conflito.

Ricardo S. Stersi (2004), explica que, quando as partes resolvem pôr fim ao litígio por intermédio de um acordo, este adquire a forma de transação, e a transação possui em sua essência a concessão recíproca de vantagens e a assunção de ônus.

A observação feita pelo autor supracitado, leva ao entendimento, que, para que se possa falar no estabelecimento de uma autocomposição na forma de um acordo de vontades, é necessário estar presente na entabulação deste acordo alguma espécie de concessão mútua. De modo contrário, uma vez não caracterizado esta concessão mútua, o que se teria, não é mais um acordo, e sim, uma renúncia unilateral de direitos.

Castillo (2000, p.13-14), ao abordar o tema faz as seguintes considerações:

La autocomposición, tenga lugar antes o después de surgido el proceso, parece a primera vista, si no la mejor de las tres, sí una fórmula satisfactoria, especialmente por su economía de costo; pero con frecuencia la espontaneidad del sacrificio es sólo aparente, y en realidad envuelve una capitulación del litigante de menor resistencia, e incluso cabe que la renuncia del próprio interés obedezca a una errónea representación del mismo por parte de su titular, que le lleve a considerar su posición más desfavorable de lo que em verdade es.

Avançando no tema, para Calmon (2007, p.33): “os meios de obtenção da autocomposição podem ser informais ou formais, estes exercidos por mecanismos diversos (negociação, mediação e conciliação, etc.) e por métodos de trabalho apropriados (técnicas)”.

O autor explica, que, enquanto a força é o método utilizado quando a forma de solução de conflitos é a autotutela e o processo é o método utilizado para a realização da tutela pela intervenção de um terceiro neutro por uma decisão adjudicada, a mediação, a negociação e a conciliação, dentre outros não mencionados, são métodos facilitadores da forma de resolução de conflitos pela autocomposição, cada um destes métodos usando uma técnica própria para alcançar seu desiderato.

Feitas estas breves considerações sobre as formas e os métodos de solução de conflitos, passa-se, a analisar as técnicas de autocomposição delineadas pela

doutrina a fim de destacar uma necessária distinção entre elas, e a partir desta distinção identificar as reais características da conciliação judicial.

2.1 A Negociação

A negociação é um método personalíssimo, ou seja, a princípio, sem participação de um terceiro, e onde as próprias partes por meio de conversações diretas encontram formas de satisfazer suas pretensões individuais e com isso encerrar um conflito de interesses.

Em que pese um dos trunfos do método ser a autenticidade e autoria dos negociadores na defesa de seus interesses, nada obsta, que esses sejam assistidos por profissionais especializados no desenvolvimento de negociações.

Adverte-se, que, este profissional atuará sempre, como representante de uma das partes, a fim de defender seus interesses, deixando evidenciado que não atua para facilitar um entendimento para ambas às partes, e sim, que busca o melhor resultado possível para o seu representado, diferenciando se assim do mediador.

Uma das vantagens da negociação, é a maior chance de criação de propostas colaborativas, com vantagens para os dois lados, advindas da chamada relação negocial empregada no meio comercial como a expressão do “ganha-ganha”, se contrapondo ao “ganha-perde” comum das decisões adjudicadas.

Em razão da adesão espontânea à solução construída, a negociação traz consigo, ainda, a expectativa do cumprimento voluntário do avençado, com vista à renovação das relações baseadas na confiança.

O Código Civil em seu artigo 840 apresenta a figura da transação, como uma espécie de contrato negociado baseado em concessões mútuas relativas a direitos patrimoniais de caráter privado.²⁴

Não obstante, ser inerente a negociação o viés privado do dar e dispor de acordo com uma conveniência própria, para que surta efeitos na esfera processual, é imprescindível a sua submissão a uma homologação judicial.

Percebe-se assim, que a negociação/transação exige um ato de jurisdicionalidade, contudo, este ato de homologar uma transação entre as partes se

²⁴ CC.Art.840 - É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.

assemelha a atividade desempenhada no âmbito dos procedimentos de jurisdição voluntária, onde a jurisdição se atém apenas aos requisitos formais da transação.

Estes requisitos formais dizem respeito à substância do ato, haja vista, de que, não existe um direito ilimitado para as partes negociarem sobre qualquer matéria de seu interesse, como ainda, abordam aspectos procedimentais a fim de se ocupar, não apenas com o objeto transacionado, mas também com a forma como foi realizada a transação.

Assim, uma das preocupações para as quais, atentam o judiciário, é exatamente, para com a forma como foi obtido o consenso, no sentido de evitar vícios de consentimento, que venham a comprometer a efetiva harmonização dos interesses.

Em termos idealísticos, um modelo ideal de negociação seria aquele em que as partes, não obstante defendam seus interesses subjetivos, buscam soluções com ganhos mútuos, para que, ainda, que existam conflitos mais amplos não materializados na demanda, a relação que se construa permita conferir uma nova perspectiva sobre eventuais outras divergências.

Ainda que se reconheçam abordagens completamente distintas sobre o instituto da negociação e a limitação das considerações aqui apresentadas, justificando-a, por não ser objeto central do presente estudo, cabe o registro, que, mesmo na negociação/transação com sua forte característica de negócio privado, deve haver uma preocupação em que o acordo entabulado, a solução negociada entre as partes, possua de fato, a condição de representar uma verdadeira harmonização do conflito e que contribua efetivamente para a pacificação social, e não simplesmente a sua acomodação.

Ainda que a doutrina convirja para a inadequação do Estado assumir uma postura paternalista de interferir sem limites na vontade do particular, há o entendimento que, da mesma forma como há uma preocupação para que se atente para o atendimento dos requisitos formais, seja também ajustado à atuação estatal no sentido de assegurar que o acordo de vontades entre particulares se apresente como algo adequado ao conjunto da sociedade.²⁵

²⁵ Exemplo desta atuação se verifica na seara trabalhista, onde o magistrado pode não homologar acordos que representem prejuízos ao trabalhador, nas hipóteses, em que, na realidade, tem se apenas uma renúncia de direitos. Situação oposta ocorreu no julgamento proferido pela 2ª Turma Recursal do Distrito Federal, no processo nº 2014.00.2.018818-8, ao reformar decisão do magistrado de 1ª instância que não homologou acordo realizado entre partes que ajustaram para o término da

2.2 A Mediação

Diferentemente do que ocorre na negociação é característica própria da mediação a figura de um terceiro “facilitador” a fim de auxiliar as partes na construção do entendimento que levará a solução para o conflito.

Esta terceira pessoa, deve possuir capacidade, treinamento específico e neutralidade, para usando de técnicas de comunicação, realizar as trocas de informações e fazer fluir de forma adequada o debate que levará a construção do consenso.

Nesta abordagem o mediador não emitirá juízo de valor e nem recomendará uma forma específica para solucionar o litígio, sua atuação é apenas no sentido de organizar a conversação estabelecendo uma ordem com vista a eliminar distorções de entendimento que prejudiquem a compreensão sobre o conflito.

Contudo, não se afasta por completo, a possibilidade de que as próprias partes venham a solicitar ao mediador um parecer ou sugestões a fim de indicar possíveis soluções para o conflito. Na prática forense, normalmente, é feita uma combinação entre o uso inicial de técnicas com vista à facilitação da comunicação, e, em não se obtendo resultado, com a anuência das partes, permite-se ao mediador realizar uma abordagem avaliativa sobre o caso e como solucioná-lo.

Seja qual for a abordagem aplicada, a principal característica da mediação é preocupar-se mais com os sentimentos das partes, com um enfoque mais humanizado, sendo a solução do conflito um fator meramente consequente da atuação do mediador e não seu objetivo primordial.

Razão pela qual se entende que a mediação, ao contrário de outros métodos que se circunscrevem em torno de direitos disponíveis, está aberta aos direitos de qualquer natureza, público ou privado.²⁶

Generalizando, costuma-se arguir, que a mediação é uma técnica indicada para a solução de conflitos que reclamam uma relação continuada, onde o objetivo maior está no tratamento das relações intersubjetivas, pautadas pelo reconhecimento da posição da parte adversa e revalorização do conflito, ou ainda,

demanda o pagamento de valores à títulos de ressarcimento muito inferior aos já fixados em sentença.

²⁶ Ex. O uso destacado do método para soluções de conflitos envolvendo o direito de família, com a criação de unidades especializadas para este fim.

pelo empoderamento das partes decorrente do reforço de sua autodeterminação, para com isso, fortalecer a capacidade das partes se relacionarem.

Ao abordar o tema em destaque, Cahali (2011, p.39) apresenta ao descrever as principais funções do mediador, figuras que denotam, senão, o principal objetivo do método, ao menos, a dimensão que deve ser considerada em sua aplicação, expõe o autor:

A principal função do mediador é conduzir as partes ao seu empoderamento, ou seja, à conscientização de seus atos, ações, condutas e de soluções, induzindo-as, também, ao reconhecimento da posição do outro, para que seja ele respeitado em suas posições e proposições.

Seguindo esta linha, boa parte da doutrina brasileira reconhece esta abordagem transformativa, preocupada com uma transformação qualitativa que se contraponha a noção de resposta adequada ao conflito focada na simples obtenção de um acordo.

Exemplo desta configuração está na doutrina de Luis Alberto Warat, ao destacar que a transformação da percepção dos participantes sobre o conflito, chega a ser mais importante que a própria composição em si, se esta vir a ocorrer, deve ser em razão de uma transformação que proporcione a estruturação de uma nova visão social que seja capaz de fomentar uma maior interação humana.

Para o autor:

a mediação é um trabalho de reconstrução simbólica do conflito, que é capaz de promover uma transformação no conflito por meio de uma reinterpretação que, conferindo novas significações à relação conflituosa, recrie a possibilidade de uma convivência harmônica das diferenças.

E conclui; “O objetivo da mediação não é o acordo, mas a transformação das pessoas e seus sentimentos, redimensionando o conflito”. (2001, p. 31).

Percebe assim, que a mediação, em que pese, exista abordagens distintas a aqui apresentada, vai além da administração do conflito presente, mais também, traz consigo uma preocupação projetada para eventos futuros, gerando uma expectativa de mudança relacional.

2.3 A Conciliação

Apresentada, ainda de forma genérica, pode-se ressaltar que a conciliação, assim como ocorre na mediação, é um método de autocomposição caracterizada pela presença de um terceiro neutro e imparcial que atua como intermediador com vista a garantir uma comunicação eficaz.

Contudo, como ponto de distinção comumente apresentado pela doutrina, está o foco na obtenção de um acordo, razão que faz com que os conflitos sejam tratados superficialmente, enfocando aspectos objetivos e bem delineados.

Derivada desta abordagem surge o entendimento que apregoa que a conciliação é ideal para os conflitos onde não existam uma preocupação com eventual relação de continuidade, ou seja, não se vislumbram outra relação que não o próprio conflito.

Em sendo assim, aduz-se, que, se o conflito é fruto de uma relação esporádica, o objetivo único do método é a obtenção de um acordo que faça pura e simplesmente com que cada uma das partes “siga seu caminho”.

Para Alves da Silva (2014, p. 42):

O conciliador atuará para obter este acordo e, para tanto, sua atuação é voltada para enxergar uma faixa de valores que seja de comum interesse para as partes. Toda sua atuação e a satisfação com os resultados objetivos serão pautados pela procura desta faixa de acordo factível.

Assim, na conciliação, o terceiro intermediador age de modo a polarizar o debate, eliminando pontos subjetivos das partes a fim de delimitar o conflito a um espaço concreto e bem definido, permitindo-se, para tanto, que redefina do ponto de vista lógico o direito que as partes acreditam ter, exponha vantagens e desvantagens de cada um, sugira, aconselhe e proponha soluções com vistas à obtenção do acordo.

Para alguns, este foco no resultado permite, inclusive, que o conciliador, utilize das intimidações que o próprio ambiente judicial pode causar nas partes, para induzi-las a um acordo, por exemplo, argumentando sobre a demora em se chegar a uma sentença definitiva, a necessidade de comparecimento em novas audiências, a possibilidade do não reconhecimento do direito alegado, à custa sucumbencial, etc. Dessa forma, surgem menções críticas a eventuais pressões exacerbadas exercidas

pelo terceiro conciliador, e que acabam por gerar soluções que não representam uma espontânea manifestação de vontade das partes.

Indubitavelmente esta postura mais incisiva do conciliador, atinge com muito mais intensidade aquele litigante eventual, pouco afeito as formalidades jurídicas, e, portanto, mais suscetíveis às intimidações e pressões, seja do próprio ambiente ou dos demais partícipes do ato processual.

Dessa forma, em sendo a obtenção de um acordo a única finalidade, a atividade do conciliador dá ênfase ao brocado popular “antes um mau acordo que uma boa demanda”, onde os direitos são simplesmente negociados, sem ater-se a qualquer concepção ou com algum valor ideal de justiça ou de atuação jurisdicional, estando o conceito de adequação do procedimento consubstanciado exclusivamente em sua valoração em termos estatísticos de mensuração de demandas resolvidas pelo método, ainda que, esta postura represente em termos práticos o favorecimento de um dos lados da relação processual.

CAPÍTULO III: A CONCILIAÇÃO JUDICIAL

Nos capítulos anteriores foram apresentados, ainda que, de modo bastante singelo, uma contextualização da atividade jurisdicional e os caminhos aventados para seu aperfeiçoamento, destacando a busca por formas alternativas de solução de conflitos, mais notadamente, os métodos autocompositivos.

Ainda de forma genérica, tratou-se de algumas técnicas autocompositivas, destacando algumas de suas características a fim de distingui-las entre si. Passa-se agora, a abordar de forma mais adensada, atinente ao objeto maior do presente estudo, a conciliação judicial.

3.1 As Origens do Método Conciliatório de Resolução dos Conflitos

O estudo histórico sobre a conciliação sofre as limitações próprias de estudos desta natureza, ante a dificuldade de se precisar o momento exato em que esta técnica passa a ser utilizada na solução de conflitos.

Por certo, por ser a técnica algo inerente a natureza humana, deve ter precedido às normas escritas e se mostrado em determinados momentos históricos como a única forma de solucionar conflitos sem o uso da barbárie.

Em termos doutrinários verifica-se citações que remetem a existência de meios alternativos de solução de conflitos em sociedades remotas existentes à cerca de 3000.a.C.^{27,28}

Silveira Lenzi (1977) em conferência sobre o tema²⁹, fez a sistematização histórica em que mencionou a literatura de Homero, que se acredita, representava o cotidiano da guerra de Tróia por meio de poemas possivelmente escrito no sec. IX a.C. e onde já haveria o uso de técnicas conciliatórias para eliminar conflitos internos entre os combatentes gregos.

Relatou também, a existência em Esparta dos *Amorsini*, os *Pedonomi* e os *Empelori*, que eram uma espécie de conciliadores sobre assuntos específicos, os

²⁷ Rosane Cachapuz (2003) escreve sobre o uso da mediação na Grécia, no Egito, Kheta, Assíria e Babilônia, nos casos entre as Cidades-Estados.

²⁸ Christopher W. Moore (1998) menciona sociedades tribais do Oriente Médio onde os conflitos eram resolvidos através de uma mediação comunitária sob a regência dos mais idosos.

²⁹ Conferência proferida no 11º Encontro de Magistrados, Promotores e Advogados, realizado na cidade de Chapecó, SC entre 21 e 23 de abril de 1977.

primeiros tratavam de questões envolvendo os costumes das mulheres, os segundos sobre os jovens e os últimos sobre os mercadores.

Cita ainda, que nas cidades gregas da Itália apareceram os *Irenoficiali* que propunham acordos entre cidadãos em litígio, e tinham este nome pelo fato de que Irene em grego significar aquela paz que não se consegue pela força ou coação, e sim, pela razão.

Já em Roma, seguindo uma linha contrária, o Imperador Calígula com o intuito preservar a arrecadação de impostos que recaíam sobre os litígios levados para a apreciação do Estado, considerou a conciliação como uma forma de fraudar o tesouro, instituindo óbices a sua realização.

Ainda em Roma, em uma linha semântica, destacamos ainda, que mais remotamente tinha-se a expressão “*conciliatrix*” usados pelos romanos para designar as senhoras que se incumbiam de tentar reunir esposos separados.

3.1.1 A origem canônica da conciliação

Contudo, para Aloísio Surgik (1984), em sua tese de doutoramento apresentada a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, a conciliação teve sua origem no processo canônico, sendo os exemplos de práticas conciliatórias que a precederam e que são eventualmente citados pela doutrina, mais próximos a um modelo de transação.

O autor supracitado sustenta sua afirmação pelos exemplos constatados nos primeiros textos cristãos e a menção a uma necessária conciliação para fins de evitar os malefícios de uma litigância entre os irmãos de fé e os desdobramentos do conflito.

O autor inicia sua explicação tecendo considerações sobre a origem do direito canônico, acentuando que a perseguição sofrida pelos primeiros cristãos por parte do império romano, fez com que os seus seguidores em um primeiro momento exercessem seu credo às escondidas, e havia uma preocupação de que os fiéis conservassem os dogmas e costumes da religião, ainda que ocultamente.

No entanto, muitos cristãos sucumbiam ante a perseguição do império, abandonando temporariamente a doutrina cristã, fazendo surgir, os *lapsi* e os *libellatici*: os primeiros se submetiam aos deuses do império para evitar o martírio; já os segundo, conseguiam livrar se dos romanos por meio de um “passe” (certidão

emitida por uma autoridade atestando falsamente de que este havia se submetido aos deuses do império). De modo que caberia a nova igreja estabelecer normas para fins de sancionar os que aceitaram tais imposições e depois pretendiam voltar à fé cristã.

Assim o direito canônico surgiu com o desiderato de, primeiro redimir os fiéis mais fracos, e ainda, aglutinar os irmãos de fé em torno de um objetivo comum, no caso, a busca pela salvação da alma.

À respeito, Tucci e Azevedo (2009, p. 15), também pontuou:

A consideração da *salus animarum*, que constitui o escopo precípua do direito canônico, permite entrever na relevância jurídica do elemento religioso o aspecto mais interessante e importante do problema da “juridicidade” do ordenamento canônico. A salvação das almas ou a felicidade eterna dos homens constitui a primordial finalidade não só da igreja, mas igualmente, do próprio direito canônico.

Deriva desse aspecto a designação feita pelos autores supracitados a respeito da “dupla instrumentalidade” que será considerada quando da formação do processo canônico.

Ao conceito de instrumentalidade do processo largamente empregada pelos processualistas contemporâneos, verifica-se no processo canônico além do uso do processo como instrumento para a concretização de direitos intersubjetivos, um sentido maior baseado no conteúdo espiritual calcado no propósito último de salvação das almas.

Por conseguinte, todas as normas e preceitos elaborados pelo processo canônico, ainda que de forma não copilada, haja vista, o fato de que, a princípio baseavam-se apenas nas escrituras sagradas e em orientações de conduta transmitida aos fiéis de forma esparsa, estão relacionadas com esta finalidade maior.

Neste compasso, tinha-se a preocupação que os conflitos de interesses, inevitáveis em uma vida em sociedade, corroessem a frágil estrutura da igreja nascente, e as eventuais desavenças surgidas entre os irmãos de fé prejudicassem a harmonia do grupo social.

Assim, desde logo, havia a determinação de que os conflitos fossem extirpados brevemente por meio de uma conciliação entre os conflitantes, o que proporcionaria a paz espiritual necessária para a convivência dos fiéis, sendo

absorvido por esta paz espiritual uma condição para a participação nos rituais sagrados.

Exemplo disto está em um texto, de fonte apócrifa denominada *Didaché*, que influenciou as primeiras gerações cristãs, e que, de forma concisa e com uma linguagem clara foi considerado como o primeiro manual de catequização e de organização da Igreja. Dividia-se em três partes, sendo a primeira sobre o tema das duas vias; “uma que conduz à vida e outra que leva a morte”, e este estabelece o seguinte preceito;

DIE DOMENICA AUTEM CONVENIENTES FRANGITE PANEM ET GRATIAS AGITE, POSTQVAM DELICTA VESTRA CONFESSI ESTIS, VT SIT MUNDUM SACRIFICIUM VESTRUM. OMNIS VERO, CUI EST CONTROVERSA CUM AMICO SUO, NE CONVENIAT VOBISCVM, DONEC RECONCILIATI SINT, NE INQUINETUR SACRIFICIUM VESTRVM (didache 14,1).³⁰

Surgik (1984) destaca ainda, a semelhança deste texto com o evangelho de Mateus, abaixo transcrito:

Se estás portanto, para fazer a tua oferta diante do altar e aí te lembrares de que teu irmão tem alguma coisa contra ti, Deixa ali diante do altar a tua oferta, e vai reconciliar-te primeiro com teu irmão e depois, vem e apresenta a tua oferta. Concilia-te depressa com o teu adversário, enquanto estás no caminho com ele, para que não aconteça que o adversário te entregue ao juiz, e o juiz te entregue ao oficial, e te encerrem na prisão (MAT 5,23-25).

E conclui que, se em um primeiro momento o preceito acima possa parecer meramente religioso, ao considerar-se a vinculação deste preceito ao exercício de um eminente poder judicial que era pautado no fundamento da autoridade religiosa na condução dos rituais sagrados e na preservação de seus postulados, tendo como um dos objetivos manter a coesão daquele grupo social, poder-se-ia afirmar que, a origem da conciliação como instituto processual, deriva do mesmo fato que nos meios eclesiásticos é considerado como o primitivo sacramento da Eucaristia.

Também, mencionado pelo autor supra, que, pela “Didascália dos Apóstolos”, documento eclesiástico contendo o ensinamento dos doze apóstolos, vislumbram-se importantes fontes para o direito processual, onde destaca-se aquelas atinentes ao

³⁰ Reunindo-vos, porém no dia do Senhor, parti o pão e agradecei, depois, de haverdes confessado os vossos delitos, para que o vosso sacrifício seja puro. Mas todo aquele que tem controvérsia com o seu amigo, não se junte a nós antes de se ter reconciliado, a fim de que vosso sacrifício não seja profanado. (Tradução de Aluisio Surgik in: A Origem da Conciliação, 1984).

tema em enfoque, entre as quais; a que preceitua uma recomendação aos cristãos que, mesmo quando levados a juízo, preferiam perder um pouco de seus direitos e não iniciar um processo formal; “*Pulchra est sane Christiano haec laus, cum nemine habere negotium malum*”, (Didascaliae, 2,45,1.) o autor credita a esta passagem o aforismo popular tão recorrente; “Antes um mal acordo que uma boa demanda”.

Continua, apresentando que na Didascaliae havia a previsão dentre outras regras processuais, que os juízos deveriam ser realizados às segundas feiras, para que as partes tenham tempo de discutir a questão e se reconciliar, sendo que antes de tudo o bispo deveria incitar a conciliação, “*admonete primum eos pacem facere*” (enxortai-os primeiro a fazerem a paz) (Didascaliae 2, 53,1) aduzindo que aquele que provoca demanda é inimigo de seu próximo e fazem mal a Igreja.

Já na epístola de Paulo, o tema conciliação é tratado de forma muito mais ampla, referindo-se a conciliação da Igreja com o império romano depois de cessadas as perseguições, se antes os romanos eram vistos como uma população pagã a qual deveria ser combatida, a conciliação, os torna pessoas a serem doutrinadas.

Houve ainda outras acepções de teor mais filosófico para a conciliação, como por exemplo, a conciliação entre judaísmo e o cristianismo, que, por fugirem aos aspectos processuais do presente estudo, opta-se por não se aprofundar no tema.

Assim, é possível inferir da leitura dos textos sagrados acima colacionados, que havia no ato de conciliar sob a ótica cristã uma necessidade de se proteger um interesse maior, no caso, a harmonia entre a comunidade cristã. Mais que um ato de disposição das partes, como ocorre na transação, existia uma conotação de bem maior a ser perseguido, a salvação da alma, no qual a conciliação se mostra como um elemento indispensável à sua persecução.

Naquele momento histórico a conciliação surge como um instrumento processual utilizado para fins de solucionar conflitos de interesses, porém, o ato de conciliar é uma revelação que os litigantes estariam tocados pela busca de um bem maior de ordem espiritual, qual seja a paz de espírito que encaminha a salvação da alma.

Constata-se ainda, que a conciliação se faz presente durante toda a evolução do processo canônico, começando com o Tribunal do Bispo (*episcopalis audientia*), passando pela compilação feita pelo patrono da advocacia Ivo de Chartres, que previa que o processo se iniciava com uma tentativa de conciliação.

Tucci e Azevedo (2009) destacam a relação existente na obra do Bispo de Chartres entre a conciliação e a fé cristã; “O processo se iniciava com a tentativa de conciliação, que consistia em um ato informal cuja finalidade era a concórdia entre os litigantes. O fundamento desse instituto processual advém de valores da ética cristã”.

3.1.2 A distinção: Transação Romana x Conciliação Canônica

Para interesse do presente estudo, importa fazer o registro do momento em que a conciliação de origem canônica passa a ganhar os contornos da transação de origem romana e que mostra similitudes com o modelo de uso do método atualmente.

Desde cedo o processo canônico teve que conviver de maneira informal com as normas do Estado Romano fazendo uso de muito de seus princípios, contudo, a partir da liberação de culto feita por Constantino no século IV passa a acontecer uma maior integração entre estas normas, inclusive, com uma reciprocidade de absorção de muitos dos princípios entre os dois sistemas jurídicos.

A partir do século XI começa a ocorrer à estabilização do direito canônico, sendo o Decreto de Graciano elaborado já na metade do século XII o marco definitivo para a codificação do direito canônico.

Graciano, reconhecido como pai do direito canônico examinou o vasto número de documentos e coleções canônicas já produzidas até então, com o intuito de interpretá-los, classificá-los e agrupá-los por assunto, acrescentando algum ponto que considerasse necessário e dirimindo eventuais contradições a fim formar uma compilação única.

Um dos méritos atribuídos ao seu trabalho foi a separação feita entre o direito canônico e a teologia, e, para se distanciar dos elementos teológicos que compunham as normas provenientes da igreja, notabiliza-se em seu trabalho uma forte influência das fontes romanas do processo.

Neste ponto ocorre o fato que em muito contribuiu para a concepção de conciliação utilizada atualmente e a confusão perpetrada entre transação e conciliação.

Na tradição do Direito Romano Clássico, a transação remonta suas origens nas desavenças existentes entre tribos. Quando um membro de uma tribo sofria

uma ofensa por parte de um membro de outra tribo, esta ofensa não era considerada pessoal, e sim, atingia toda a tribo do ofendido. De modo que, para evitar-se um estado de beligerância que geraria incertezas e prejuízos de ordens diversas, a tribo do ofensor oferecia uma proposta para a tribo do ofendido para que esta não a ataca-se, com o aceite da proposta estava firmado o *pactum* ou *pactio*.

Nesta concepção, não há no ato transacional qualquer preocupação com algum sentido universal de justiça, (exemplificando, não se discutia se a agressão foi justa ou injusta, se existia proporcionalidade entre a agressão e a reparação oferecida, etc.) e por isso, prescindia de jurisdicionalidade, como em uma transação feita nos dias atuais, às partes dão ou retém algo de acordo com um critério de conveniência próprio, “*aliquid datum, aliquid retentum*”.³¹

Já sob a ótica cristã, como exposto anteriormente, a conciliação assume um papel que vai além do simples dispor das partes, para que ela cumpra seu propósito maior (salvação das almas), é preciso que a solução conciliatória produza aos litigantes o sentido de pacificar verdadeiramente os seus espíritos, fazendo com que o conflito seja verdadeiramente extinto, para interesse não só das partes, mas de toda a comunidade.

Na mistura dos dois sistemas feitos na compilação de direito canônico realizada por Graciano, a conciliação se transmuda e ganha à forma e a essência da transação do direito romano.

Contudo, como explica Surgik (op. cit., 1984), apesar de incorporar elementos mais próximos à transação romana, foi mantido o sentido de jurisdicionalidade ao ato, como cita o autor, no livro I, Título XXXVI do Decretais de Gregório, sob a denominação “*Transactionibus*” apresentava a regulação da matéria onde se destaca este tópico; “*Iudex potest et debet se interponere pro transactione inter partes facienda*” (O juiz pode e deve ser interpor para realizar a transação).

Para Surgik (1984), é esta remissão a interferência jurisdicional que ocasiona a confusão entre o que é uma transação e o que seria uma verdadeira conciliação, se o órgão judicante, se interpõe para obter o consenso, tocado pela perseguição de um objetivo maior no interesse da coletividade e convence as partes da importância, de modo verdadeiro e espontâneo, de atender a este objetivo, configura-se a conciliação, como uma solução alcançada pela transformação de conduta subjetiva

³¹ Venosa (2003) apresenta o romano como um ser “essencialmente prático”, onde a utilidade para as necessidades sociais prementes é o que justifica a norma.

das partes. De outra forma, se o litígio é considerado em seu aspecto meramente individual, tem-se a perseguição de uma transação para por fim ao mesmo.

O autor constrói sua concepção de transação e conciliação a partir de uma ideia de solução distributiva feitas por opções partilhadas, em sendo assim, uma solução transacionada indica que as partes se submeteram a um jogo de estratégia com vista a obterem o melhor resultado para si, em outra vertente, na conciliação preponderaria à intenção de superar posições antagônicas para que sobressaia os interesses comuns.

Esta remissão a eventos históricos dá-se no intuito de auxiliar a compreensão e possibilitar uma correta identificação do método processual adotado para a solução de conflitos, e pode ainda, ajudar a formatação de um entendimento sobre o quando, e em que medida, a jurisdição pode atuar no sentido de induzir, ou porque não dizer, conduzir de modo mais intensivo as partes litigantes para a realização de uma composição que leve a solução consensual da demanda.

Para dar concretude a assertiva acima, tem-se que, se na transação, o dar ou reter algo depende exclusivamente da conveniência das partes, a postura do órgão de justiça pode ser mais incisiva no sentido de convencer as partes da conveniência da adoção desta solução, exemplificando, nesse caso, o terceiro intermediador, poderia arguir a demora em chegar a uma solução adjudicada que ponha fim ao processo ou mesmo o risco de sua inefetividade.

De outro modo, ao pensar na conciliação no sentido empregado em sua origem canônica, a busca que se faz não se restringe meramente a pôr termo ao litígio, esta deve propiciar aos litigantes a compreensão que o seu ato de estabelecer uma concórdia está intimamente relacionado com a persecução de um bem maior, no caso, uma verdadeira pacificação social advinda da transformação de condutas.

Neste contexto, a atuação judicial deve ser menos de imposição e sim de auxílio na busca de uma verdadeira concordância, aqui, os argumentos exemplificados acima na condução de uma transação não pode servir, o que justifica a realização da composição é a plena satisfação dos concordantes com produção de um entendimento que altere a percepção sobre o conflito e elimine de fato a discórdia, gerando a almejada harmonia social.

3.2 Histórico da Conciliação no Direito Brasileiro

Durante o período colonial vigorava no Brasil as Ordenações Filipinas, que já fazia menção a um dever dos juízes para tentar conciliar as partes em litígio.³²

Posteriormente, na Constituição do Império de 1824, havia o incentivo a utilização de outras formas para a solução dos litígios, no capítulo que tratava do Poder Judicial, a tentativa de conciliação era apresentada como condição indispensável para que se propusesse uma demanda judicial.

Para tanto, deveriam ser eleitos juízes de paz com o objetivo de promover a pacificação entre as partes.³³

Em 1827, foi promulgada a lei orgânica que regulou a figura dos juízes de paz, que eram eleitos da mesma forma que eram eleitos os vereadores e não necessitavam de conhecimentos jurídicos específicos, bastando que fossem eleitores.

Em 1832, no Código de Processo Criminal os juízes de paz chegaram a assumir inclusive funções policiais, como por exemplo, iniciar as instruções criminais, podendo ainda, eventualmente, substituir o próprio juiz de direito no julgamento de questões de pequena monta.³⁴

Para interesse deste estudo é preciso destacar que, subjacente às ideias originadoras dos juízes de paz, estavam presentes, um ideal liberal de criar mecanismos que pudessem se contrapor ao autoritarismo de um poder centralizador, o objetivo maior era que se mitigasse a influencia desse poder, abrindo espaço para que lideranças regionais mantivessem algum poder de comando sobre aquela comunidade.

Desse modo, esses juízes, fazendo uso do prestígio da função e por sua forte influência perante a comunidade regional, não raro, utilizavam deste poder para atender interesses diversos e que se coadunavam com o pensamento de uma classe dominante local.

³² Livro III, T.20,§1º- “E no começo da demanda dirá o juiz a ambas as partes, que antes que façam despesas, e se sigam entre eles os ódios e dissensões, se devem concordar, e não gastar suas fazendas por seguirem suas vontades, porque o vencimento da causa e sempre duvidoso”.

³³ Constituição do Império. Art.160 - Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará processo algum.

Art.162- Para este fim haverá juízes de Paz, os quais serão electivos pelo mesmo tempo, e maneira, por que se elegem os vereadores das Camaras. Suas atribuições, e Distritos serão regulados por Lei.

³⁴ Cf. Ives Gandra da Silva Martins, in *Evolução Histórica da Estrutura Judiciária Brasileira*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev/evol-historica.htm>. Acesso em: 12 fev. 2015.

Muito em razão disso, e ainda pela falta de conhecimento sobre técnicas apropriadas para o ato conciliatório, logo o instituto caiu em descrédito, gerando a reação de uma corrente mais conservadora da sociedade que acabou por esvaziar as funções dos juízes de paz, tornando-os mais dependentes do poder central, neste instante passa-se a exigir o bacharelado em direito para o exercício da função.

Ainda, neste período, o Código Comercial de 1850 mantinha a obrigação de conciliação prévia para os conflitos originados nas relações comerciais.

Contudo, após a proclamação da República, por meio do Decreto 359 de 1890, foi afastada a obrigatoriedade da tentativa de conciliação prévia.

Para além das questões ideológicas que permeavam a figura e a atuação dos juízes de paz, percebe-se ainda, que havia discussões práticas sobre a efetividade dos procedimentos realizados com vista à obtenção da conciliação. O procedimento era visto como oneroso e com pouca proficuidade, isto se devia em grande parte, pela inapetência dos juízes eleitos para desempenhar o papel de conciliador.

Com o fim da atribuição das atividades conciliatórias aos juízes de paz, a conciliação judicial retorna ao sistema de justiça no âmbito civil³⁵, pela Lei nº 968 de 1949, que continha a previsão de uma tentativa de conciliação para as causas de desquite litigioso ou de alimentos que deveria ocorrer ainda na fase preliminar do processo, assim que o juiz despacha-se a petição inicial, ou seja, antes mesmo de ser apresentada a defesa.

A Lei 5.748/68 a Lei dos alimentos, manteve a direção de incentivo à conciliação, contudo, a audiência não era definida apenas para a tentativa de conciliação como um ato exclusivo, diferentemente do previsto no modelo anterior, se não houvesse acordo a defesa deveria ser apresentada nesta mesma audiência que passaria a ser instrutória.³⁶

O Código de Processo Civil de 1973 voltou a dar ênfase às tentativas conciliatórias, sem, contudo, estabelecer um caráter obrigatório ou prévio, o artigo 125, IV, conferiu ao juiz na direção do processo, ampla liberdade para promover a conciliação em qualquer momento processual.

³⁵ Na seara trabalhista, havia já em 1932 os Decretos nº 21.369 e 22.132, que estabeleciam a criação de comissões e juntas mistas de conciliação, que embora fossem vinculadas ao Poder Executivo por meio do Ministério do Trabalho, atuavam para por fim ao conflito por meio de uma conciliação.

³⁶ Cf. (RJTJESP 61/29). A convocação apenas para a audiência de conciliação, sem a marcação de prazo para a defesa, importa em nulidade do processo, pois não mais vigora, em matéria de alimentos, a Lei 968/49, que estabelecia uma audiência inicial unicamente para a conciliação, sendo que a contestação era apresentada posteriormente, na hipótese de não haver acordo.

De outra forma, a Lei nº 6515 de 1977, conhecida como a Lei do divórcio, se operacionalizava com a designação de uma audiência para fins de, primeiro tentar se a reconciliação do casal, e não sendo esta possível, para a realização de uma transação que consensualmente traçaria os termos e condições do desfazimento do laço conjugal.

Ainda no final da década de 70, juízes do Rio Grande do Sul, instituíram os Juizados Informais de Conciliação, que em um primeiro momento reunia pessoas idôneas da sociedade, como professores, juízes, advogados, com o objetivo de solucionar conflitos que normalmente sequer iriam para a apreciação judicial, como por exemplo, os conflitos de vizinhança.

Por meio de um procedimento bastante simplificado, o interessado narrava o conflito, era redigido um termo com os tópicos centrais do litígio e marcava-se a audiência, o próprio interessado se encarregava de levar a conhecimento da parte contrária a designação da audiência conciliatória, realizado o acordo, era redigido um documento constando os termos celebrados. Na hipótese de não haver acordo entre as partes e caso houvesse a concordância de ambos, enviava-se o conflito para um árbitro que proferia uma decisão, que uma vez homologada por um juiz, torna-se um título executivo judicial.³⁷

Pela natureza dos conflitos apresentados a este Conselho de Conciliação, na maioria dos casos oriundos de relações familiares e vizinhança, já havia á época uma preocupação com a aplicação de métodos específicos no uso da técnica conciliatória e um viés eminentemente qualitativo, onde preponderava a atuação e a legítima manifestação de vontade das partes.

Os resultados obtidos pelos Juizados Informais de Conciliação despertaram o interesse do Ministro da Desburocratização, que inseriu este modelo de resolução de conflitos como uma das vertentes a serem adotada pelo Programa Nacional de Desburocratização, que elaborou já em 1982, o anteprojeto de Lei que criava o Juizado Especial de Pequenas Causas.

Tendo como modelo as *Small Claims Courts* de Nova Iorque, o objetivo era promover a ampliação do acesso ao sistema de justiça por meio de um modelo

³⁷ Cf. Antônio Pessoa Cardoso. In: "Juizados Especiais aproximam a Justiça do povo", Revista Consultor Jurídico, set 2007. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2007-set-10/juizados-especiais-aproximam_justica_povo>. Acesso em: 13 fev. 2015.

simples e informal e onde o protagonismo fosse das partes, cabendo ao poder instituído fazer a homologação das vontades manifestadas.

Assim, pela Lei nº 7.244 de 1984, foi criado oficialmente o Juizado Especial de Pequenas Causas e foi inserida a figura do conciliador que se entendia naquele momento, ser mais adequado do que o próprio juiz para realizar a tentativa de conciliação³⁸.

Contudo, a criação dos Juizados de Pequenas Causas era facultativa cabendo a cada unidade federativa optar pela sua criação, somente após a promulgação da Constituição Federal de 1988 é que se estabeleceu a obrigatoriedade da criação dos Juizados em todas as unidades da federação.

Já em 1995 a Lei nº 9.099 de 1995 veio a substituir a lei de criação dos Juizados, importa o registro da inclusão do termo transação nesta nova lei, antes falava apenas em conciliação, agora, emprega-se os dois termos alternativamente, conciliação ou transação, o que denota a existência de distinção entre os mesmos.

As reformas processuais dos anos 90 reforçaram o apelo à conciliação, a Lei nº 8.952 de 1994, deu nova redação ao artigo 331 do Código de Processo Civil instituindo uma audiência preliminar à instrução, onde o objetivo maior era realizar uma tentativa de conciliação.

A Lei nº 9.245/95 ao tratar dos procedimentos do rito sumário, colocou a tentativa de conciliação antes mesmo de o réu apresentar sua defesa.

Com vista a obter um avanço na utilização das práticas conciliatórias, o Conselho Nacional de Justiça lançou no ano de 2006 o Movimento da Conciliação, com uma programação especial amplamente difundida com o estabelecimento da Semana Nacional de Conciliação.

Consolidando o avanço nesta matéria, diversos Tribunais de Justiça passaram a editar provimentos para ordenar o recrutamento e a atuação de conciliadores, como por exemplo, as Câmaras de Mediação, Conciliação e Arbitragem criadas pela Resolução nº 222/2007 do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

³⁸ Em entrevista sobre o tema feita para o Instituto de Mediação Transformativa em 30.05.2011, Kazuo Watanabe explicou; "Foi em 1984 que pela primeira vez se adotou a conciliação como um dos instrumentos fundamentais para a solução dos conflitos, nas chamadas pequenas causas, o judiciário passou a utilizar a figura do conciliador. O próprio juiz da causa poderá tentar a conciliação, mas não é ele a pessoa mais adequada para este fim. (...) as partes ficarão constrangidas e limitadas na apresentação de propostas de acordo perante a pessoa que, não saindo acordo, irá julgar a causa." Disponível em: <<http://www.mediativa.org.br/index.php/midiativa/content/view/full/669?intSecao=2&intConteudo=186>>. Acesso em: 20 fev.2015.

Contudo, somente pela Resolução nº 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça ficou sedimentada uma política pública voltada para a busca de meios consensuais para solução de conflitos, com a obrigatoriedade de todo o poder judiciário em oferecer e incentivar a adoção desta prática.

Por fim, a Lei nº 13.105/2015 que instituirá um novo Código Processual, traz como uma das novidades a adoção de uma parte principiológica onde enumera as normas fundamentais do processo civil, muitas das quais já encartadas constitucionalmente, entre as quais, demonstrando o relevo que o instituto recebe no novo modelo processual que se avizinha, está a conciliação.³⁹

O estudo histórico aponta que, com maior ou menor ênfase, as práticas conciliatórias há muito já fazem parte do ordenamento jurídico brasileiro, ao confrontarmos ao panorama atual do sistema de justiça, cabe à reflexão de que talvez estejamos retornando para um modelo de obrigatoriedade de tentativa de conciliação prévia como uma das condicionantes para se instaurar um processo judicial.

³⁹ Cf. Art. 3º - § 2º - O estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º - A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

CAPÍTULO IV: AS TENTATIVAS DE CONCILIAÇÃO NO SISTEMA PROCESSUAL

O legislador brasileiro no desiderato de conferir maior efetividade ao processo buscou desenvolver técnicas que permitissem uma abreviação da atividade jurisdicional por meio do emprego de feições distintas à forma com que o processo será desenvolvido.

O critério considerado no desenvolvimento destas técnicas é o da funcionalidade, considerando fatores como valor da causa, a natureza do conflito, a pretensão das partes, o interesse público, a necessidade de rapidez da tutela, etc., em face destes fatores, escolheu-se a opção por uma divisão da maneira com que se desenvolveria o processo entre; procedimento comum, subdividindo-o entre ordinário e sumário, e os procedimentos especiais, dos quais, considera-se para efeito deste estudo, os juizados especiais.

Desta forma, neste tomo, apresenta-se a forma com que a conciliação está inserida nos procedimentos previstos no código processual, destacando a distinção em sua utilização.

4.1 A Conciliação no Procedimento Sumário e nos Juizados Especiais

Observando critérios ligados ao valor da causa e a matéria discutida, o artigo 275 do código processual enumera as causas sujeitas ao procedimento sumário, já a Lei 9099/95 disciplina o funcionamento dos juizados especiais.⁴⁰

Vale o alerta, que tanto o procedimento sumário, como o rito dos juizados, não se confundem com cognição sumária, esta última esta afeita a provimentos realizados por juízos de verossimilhanças pautados pelos *fumus boni iuris*. De modo diverso, seja pelo rito sumário, seja nos processos em curso perante os juizados especiais, estar se diante de uma cognição plena e exauriente, onde a sumarização

⁴⁰ No procedimento sumário, causas cujo valor não exceda sessenta vezes o salário mínimo, ou, qualquer que seja o valor, nas causas de arrendamento rural e parceria agrícola, relativas a cobrança de condomínio, cobrança de seguro por danos de acidentes de veículos, ressarcimento por danos em prédios ou veículos terrestres, cobrança de honorários de profissionais liberais, excetuando quaisquer ações relativas ao estado e à capacidade da pessoa. Seguem ainda o rito sumário algumas ações definidas em Leis esparsas, como por exemplo, a adjudicação compulsória (Decreto Lei 58 de 1937), as revisionais de aluguéis, (Lei 8245/91) dentre outras.

decorre exclusivamente no que tange a uma forma de processo mais concentrada e informal, e por isso, espera-se, mais célere.

É importante destacar, em razão do objeto maior do presente estudo, que a sumarização a que se alude, em que pese indicar uma diminuição das formalidades ordinárias, não implica afirmar, que em nome da celeridade, deva se tratar superficialmente os casos concretos levados à apreciação do judiciário, ainda que sejam de pequeno proveito financeiro ou de pouca complexidade jurídica.

Zapparoli (2014) adverte para que não ocorra uma desqualificação de conflitos que embora sejam considerados pequenos para o sistema de justiça, são relevantes para os seus titulares.

Os procedimentos se apresentam, como muito mais simples, com a valorização do princípio da oralidade e da concentração dos atos processuais, sem, contudo, significar que esta estrutura comprometa a adequada prestação jurisdicional.

A conciliação surge como um objetivo primordial a ser perseguido seja pela audiência inicial do rito sumário, ou na audiência realizada nos juizados, registra-se, que neste momento, ainda não existirá uma argumentação específica do oponente se contrapondo a respeito das alegações apresentadas pelo autor. Assim, a pessoa destinada a conduzir a conciliação, ou o próprio magistrado, dificilmente, terá a exata compreensão da demanda, dos reais interesses das partes, e da melhor forma de conduzi-las a uma solução consensual pela escassez de tempo que terá para fazer sua análise sobre o conflito.⁴¹

Tal realidade pode representar uma maior dificuldade em se atribuir uma efetividade ampla a esta tentativa prévia de conciliação, se não for possível compreender o conflito em sua amplitude, sopesando os argumentos apresentados por ambos os lados, compreendendo em que consiste a resistência de um em face da pretensão do outro, restará, na maioria das vezes, a opção de tentar acomodá-lo em bases superficiais, o que, pode até servir para a extinção daquele processo, mas não se saberá ao certo, em que medida o conflito foi realmente pacificado.

Seguindo a norma geral, imagina-se que o processo pode estar pronto para seu julgamento já nesta audiência, assim, logo após a tentativa de conciliação,

⁴¹ Normalmente, as audiências são realizadas com espaço de tempo reduzido entre uma e outra, o que impossibilita um aprofundamento da questão posta em juízo.

segue-se a instrução para o julgamento, considerando que as partes devam estar preparadas para este ato processual.

Dessa forma, o transcurso da audiência, de modo natural, faz com que ocorra um aprofundamento no nível de conhecimento do conflito, tanto para quem o dirige, facilitando assim sua intervenção na busca de uma solução consensual, como para as partes, já que o simples fato da parte adversa ter contato com os argumentos contrários e as “armas” que seu oponente pode utilizar, pode incutir a percepção de uma vantagem na solução conciliatória.

Neste diapasão, o melhor momento para se tentar a conciliação seria depois de findada a instrução processual, podendo usar para tanto, as prerrogativas do artigo 125, IV, ou ainda, dos artigos 447 e 448 do Código de Processo Civil.

Ao citar a emenda à *Regra 16 da Federal Rules of Civil Procedure*, que regulamentou a mediação no sistema americano, Barbosa Silva (2013, p.41), cita que, aquele modelo considera como momento ideal para a busca do entendimento, “o que se realiza depois da fase instrutória, ou seja, com o auxílio do gerenciamento da demanda, dá maior possibilidade de composição das partes, uma vez que os argumentos já estão exauridos e o arcabouço que os sustenta já foram apresentados”.

No caso dos juizados especiais, além das causas que não poderão em razão do valor ou da matéria ser discutidas em sede de juizado especial, outra distinção importante, que faz ressaltar sua informalidade, é que, diferentemente do rito sumário, onde é obrigatória a sua utilização nas hipóteses estabelecidas em lei, à utilização do rito oferecido pelo juizado especial é opcional, assim, a parte que busca a tutela jurisdicional por este caminho, de antemão opta por um procedimento mais simples. Soma-se a esta característica, a facultatividade da representação ser feita por advogado, podendo a própria parte, até o limite estabelecido pela lei, se dirigir diretamente a secretaria do tribunal e solicitar a tutela jurisdicional, além do fato de não haver custas.

Pelas características próprias dos juizados, para lá são direcionadas as demandas consideradas com ainda menor complexidade e proveito econômico, daquelas sujeitas ao rito sumário. A intenção é oferecer uma prestação jurisdicional, gratuita, simples, informal, conquanto, eficiente, ou seja, a diminuição de aspectos formalistas não deve implicar no oferecimento de uma justiça de qualidade inferior.

É de vital importância, que mesmo nestes procedimentos simplificados, não se afaste do ideal de fornecer uma prestação jurisdicional capaz de oferecer soluções que se apresentem como ajustadas para o conjunto da sociedade, evitando cair na armadilha da busca incessante pela celeridade como objetivo maior.

Sobre o assunto, na exposição de motivos do até então anteprojeto do Código de Processo Civil (2010), foi feita citação de comentários do professor Barbosa Moreira destacando esta preocupação:

Se uma justiça lenta demais é decerto uma justiça má, daí não se segue que uma justiça muito rápida seja necessariamente uma justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha ser melhor que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço.

4.2 A Audiência Preliminar do Procedimento Ordinário

Nos dias atuais, a prática forense muito se utiliza da prerrogativa estabelecida pelo artigo 331 do Código de Processo Civil para designar uma audiência preliminar onde se realiza uma tentativa de conciliação.

Registra-se, que originalmente esta audiência foi instituída pela Lei 8.952/94 e seu sentido maior, já era, o de incentivar a autocomposição dos conflitos, tanto era assim, que a redação original do artigo 331 foi alterada e passou a empregar o termo “audiência de conciliação”. Uma vez não ocorrendo uma composição a audiência serve ainda para agilizar o procedimento com vista à definição do objeto do processo e fixação dos pontos controvertidos da demanda.

Além da tentativa de conciliação, tal medida apresentava uma preocupação com a racionalização do procedimento de modo a evitar atos desnecessários e inócuos, esperando com isso acelerar a prestação jurisdicional.

Todavia, a discussão doutrinária que já se fazia à época, girava em torno da obrigatoriedade do procedimento, alguns autores, destacavam a obrigatoriedade da designação da audiência como um ato imperativo, não competindo qualquer juízo discricionário. Noutra direção, como contraponto, alguns defendiam que o juiz como condutor do processo deveria decidir sobre a conveniência de sua realização.

Assim, pela Lei 10.444/02, mudou-se a denominação, passando o artigo 331 a falar em audiência preliminar, tornando-a facultativa, sendo designada de acordo

com o entendimento do magistrado, para Tucci, a mudança já revelava as dificuldades da máquina judicial em promover compulsoriamente as audiências na forma prevista pelo modelo anterior, expondo ainda, que: “Para o sucesso da audiência, exige-se naturalmente que o juiz conheça o processo, mas, para conhecê-lo, deve, à evidência, dispor de tempo!”.⁴²

Na audiência preliminar tem-se uma oportunidade concreta para estabelecer um diálogo entre as partes com vistas à obtenção de uma solução consensual, e ainda, que não se obtenha a conciliação, a audiência tem a utilidade de propiciar a organização do processo, seja do ponto de vista retrospectivo, exemplo, questões processuais que poderiam resultar na extinção do feito, ou ainda, de modo prospectivo, com o estabelecimento dos pontos controvertidos e a fixação das provas.

É importante o registro de que o saneamento do processo que se dá neste momento, independe da realização desta audiência preliminar, eis que pode se dar de outra forma durante o andamento regular do processo, na verdade, como leciona Theodoro Junior (2008, p.469); “o saneamento processual não se concentra numa decisão única, mas se faz ao longo de uma fase processual, numa sucessão de atos ou providências, que se inicia desde o despacho da petição inicial”.

Contudo, muito embora previsão normativa (Art.125, IV, CPC) conferindo ao juiz na direção do processo liberdade para promover a conciliação em qualquer momento processual, o que se observa na prática forense, é de que, em diversas situações, independentemente da real necessidade processual, utiliza-se do referido ato processual de forma indiscriminada e sem nenhuma avaliação prévia que indique uma possibilidade concreta da conciliação.

A designação da audiência, neste momento, com a finalidade exclusiva de tentar uma conciliação, pode indicar uma postura adotada consoante um pensamento clássico para o uso da técnica conciliatória, onde o aspecto primordial a ser observado é encontrar meios de atender aos objetivos internos do aparelho judicial na expectativa de um acordo que ponha termo ao processo. Naturalmente, no curso regular do processo se surge uma possibilidade de estabelecer um diálogo entre os litigantes que leve a uma conciliação, tanto melhor, porém, ao estabelecer

⁴² Artigo “Horizontes da audiência preliminar”, publicado na Revista Jurídica nº 300, p.7. Disponível em: <www.amdjus.com.br/doutrina/civil/230.htm>. Acesso em: 02 fev. 2015.

um ato processual com este objetivo único, o afã de tornar o ato profícuo pode gerar uma ruptura dos limites da atuação persuasiva do condutor da audiência.

É da natureza da conciliação a tentativa de convencimento das partes para a obtenção de um entendimento, no entanto, é muito tênue a linha que separa o uso da persuasão racional para a tentativa de convencimento a fim de demonstrar aos litigantes os benefícios da autocomposição, da pressão desmedida que intimida e compromete a livre e espontânea manifestação de vontade das partes para a realização do consenso. Contudo, quando o ato processual já é definido com um objetivo muito específico, no caso, obter um acordo, sempre haverá um risco maior de ultrapassagens desses limites.

O respeito a este limite é primordial para a adoção da técnica e daí depende o sucesso da utilização dos métodos autocompositivos, a respeito;

[...] o conciliador não está autorizado a forçar ou pressionar as partes para que realizassem acordo algum, porque essas práticas comprometem a idoneidade do próprio meio. A intervenção do conciliador não pode sobrepor-se à vontade das partes, o que não só comprometeria a idoneidade do método, mas também poderia provocar diversos malefícios ao sistema de justiça (SILVA, 2013, p.173).

Neste ponto está um dos eixos centrais da problemática do tema, o cuidado que se deve ter, para que o desejo de abreviar o termo do processo por parte do agente judicial, não resultem em soluções, que muito embora consensuais, não se mostrem o suficientemente ajustadas ao sentir dos litigantes e aos interesses da própria jurisdição, contribuindo para este quadro, a pressão por atingimento de metas e resultados exercidos sobre os órgãos judicantes.

Ademais, para aqueles menos afeitos as contingências do exercício da jurisdição, a ânsia demonstrada, na persecução de um acordo, pode gerar a equivocada impressão de estar o órgão judicante sonogando-lhe a prestação jurisdicional⁴³.

Não obstante as observações feitas constata-se que a audiência preliminar enfrenta muita resistência por parte dos próprios atores jurídicos, como juízes, advogados e servidores. Pesquisa realizada por Artur Stamford (2005), com vista a

⁴³ Em comentários sobre a modificação feita pela Emenda Constitucional 45, ao delinear a competência da justiça trabalhista excluindo a expressão “conciliar e julgar”, presente em todas as constituições desde 1946, substituindo-a pela expressão “processar e julgar”, Carlos Henrique Bezerra Leite (2006), revela a preocupação com a sanha conciliatória da jurisdição trabalhista e o fato de estar se formando no seio social uma pecha para aquela instituição, de a Justiça do “acordo”.

estudar os etnométodos da comunidade jurídica como um caminho para uma explicação sociológica do direito a partir do estudo do cotidiano forense e de suas práticas, constatou, se referindo especificamente às audiências preliminares, e a construção de um discurso teórico de que estas serviriam para combater a morosidade judicial, que 69% dos entrevistados discordavam desta hipótese, sendo que, entre os juízes, o principal motivo da discordância era que “as partes nunca conciliam durante a audiência”.⁴⁴

4.3 A Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça

Avançando no tema, a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça normatizou a Política Judiciária de Tratamentos Adequados dos Conflitos de Interesses, tendo como um dos pilares o estímulo à criação de diversos núcleos de mediação e conciliação através de parcerias e convênios do poder judiciário com instituições de ensino e outras entidades civis.

A expectativa do Conselho Nacional de Justiça é tornar como uma política permanente e homogênea as ações desenvolvidas pelo Movimento pela Conciliação e as campanhas patrocinadas pelo judiciário no sentido de estimular a utilização dos meios consensuais.⁴⁵

Ainda que já houvessem experiências institucionalizadas em alguns Estados da federação, não existia uma uniformidade das práticas adotadas, no que se refere, por exemplo, a capacitação, treinamento e remuneração dos conciliadores e mediadores, também, não existia um controle ou um critério de desempenho da atividade, e mesmo, um planejamento estratégico para coordenar e direcionar os esforços.

Em torno deste planejamento estratégico, a Resolução prevê a formação de uma rede composta por órgãos do Poder Judiciário e entidades públicas e privadas, realizando uma atuação prospectiva para incentivar empresas, seja elas públicas ou

⁴⁴ Artigo “Etnometodologia da Conciliação Judicial: uma análise do cotidiano forense”. Apresentado como um resumo da pesquisa empírica realizada, destacando, especificamente, as observações feitas em sede de audiências preliminares.

⁴⁵ Tornou-se comum, a realização de mutirões conciliatórios, envolvendo entidades de classe, empresas públicas e privadas, como ocorre, por exemplo, na Semana Nacional de Conciliação.

privadas e agencias reguladoras de serviços públicos para a utilização de práticas autocompositivas.⁴⁶

Ainda no sentido de incentivar o uso dos métodos consensuais, a Resolução 125 apresenta uma estipulação para considerar as atividades relacionadas ao desenvolvimento e utilização do método como critério de merecimento para promoções e remoções dos magistrados.⁴⁷

Além de instituir Centros Judiciários de Solução de Conflitos para receber os processos já constituídos formalmente, com vista a uma tentativa de obtenção de uma solução consensual, um dos pilares da resolução, era a implementação de setores pré-processuais nos tribunais, onde os referidos Centros atuariam como receptores naturais e espontâneos dos conflitos, que passariam por uma triagem prévia a fim de identificar qual o método mais adequado para sua solução.

Contudo, empiricamente, a partir de observações realizadas junto a estes Centros de Conciliação, e ainda, com o auxílio de dados captados em pesquisas anteriores, percebe-se, acentuadas discrepâncias na implementação e atuação destes centros e a ausência de um direcionamento uniforme. Citam-se como ilustração deste fato, os dados coletados na pesquisa desenvolvida para a realização da dissertação de mestrado de Fernanda Daniele Rezende Cavalcanti, realizada no ano de 2009 na Universidade Católica de Pernambuco, que revelava que apenas cerca de 2% dos casos apresentados a Central de Conciliação do Tribunal de Justiça de Pernambuco, partiram de movimento espontâneo das partes, a indicar uma resistência da população ao serviço ofertado.

Todavia, em trabalho recentemente desenvolvido por Cleide Márcia de Farias (2014) também no âmbito do mestrado da Universidade Católica de Pernambuco, é destacada a evolução do uso dos procedimentos pré-processuais, a autora juntou planilha demonstrando que apenas no primeiro semestre de 2013 foi realizado um total de 5.845 acordos pelas Centrais de Conciliação a partir da procura espontânea pelo serviço.

⁴⁶ CNJ-Resolução 125/2010. Cf. alterações realizadas pela Emenda nº 1 de 2013. - Art. 6º, VII. “realizar gestão junto às empresas, públicas e privadas, bem como junto às agencias reguladoras de serviços públicos, a fim de implementar práticas autocompositivas e desenvolver acompanhamento estatístico, com a instituição de banco de dados para visualização de resultados, conferindo selo de qualidade;

VIII - Atuar junto aos entes públicos e grandes litigantes de modo a estimular a autocomposição”.

⁴⁷ Art.6º, III da Resolução 125/2010.

A coordenação da Central de Conciliação do Tribunal de Justiça de Pernambuco relata que o aumento exponencial da busca pelos serviços prestados, somente ocorreu, após a iniciativa dos profissionais que atuam naquele centro, no sentido de propagar e expor à sociedade de um modo geral, a forma de atuação e os benefícios proporcionados pelo uso do procedimento ali ofertado.

De modo diverso, dados obtidos junto ao Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, por meio do Relatório Anual de Gestão, relativos ao ano de 2013, último ano com dados já consolidados, revelam que, são insignificantes os números relativos à procura espontânea pela atuação do Núcleo. A título de exemplo, na semana nacional de conciliação do ano de 2013, enquanto foram realizadas 640 audiências de processos já instaurados, foram realizadas apenas 15 audiências referentes a processos em uma etapa pré-processual.⁴⁸

Faz-se o registro, de que não se constatou nenhuma movimentação do núcleo paraibano no sentido de desenvolver o setor pré-processual.

Os dados apresentados e as discrepâncias constatadas entre a utilização das práticas consensuais em centros que embora possuam a mesma finalidade e campo de atuação atinge resultados tão distintos, acrescido das informações colhidas nestes espaços, reforçam a percepção que o desenvolvimento de uma cultura para uma maior aceitação do uso de métodos alternativos de solução de conflitos, depende, em grande medida, da capacidade e dos esforços que são direcionados para esclarecer a sociedade dos benefícios de uma solução consensual.⁴⁹

Outro dado que chama a atenção, refere-se a processos formalmente constituídos e direcionados às Centrais de Conciliação pelas varas, a opinião corrente entre os próprios conciliadores, é que, dependente da natureza jurídica da demanda, por exemplo, processos que discutem as relações consumeristas, a tentativa de conciliação é inócua, haja vista, que muito raramente se chega a uma composição, principalmente, em razão do desinteresse das empresas para este tipo de solução.

Assim, em regra, os processos são remetidos para as Centrais de Conciliação de forma aleatória, basicamente, para cumprir uma formalidade interna do tribunal

⁴⁸ Ver quadro anexo 4.

⁴⁹ Cabe o destaque que foi excluído pela emenda nº 01/2013, os anexos II e IV da Resolução 125/2010, que faziam sugestões especificando o procedimento a ser adotado pelo setor pré-processual, assim como, o balizamento para as avaliações estatísticas sobre o seu uso.

com vista a manter uma regular atuação do centro, ainda que, desprovidas de resultados efetivos.

Contudo, esta situação é brutalmente revertida quando se observa os dados relativos aos procedimentos realizados nos mutirões de conciliação promovidos pelos Tribunais. No Relatório Anual de Gestão do Tribunal de Justiça da Paraíba, os mutirões que envolvem instituições financeiras, empresas de telefonia, concessionárias de serviços públicos de um modo geral, ou seja, os maiores litigantes do país alcançam índice de composição de cerca de 80% dos casos levados a conciliação.⁵⁰

A questão que se coloca é compreender porque estes litigantes habituais, normalmente, ignoram as tentativas conciliatórias realizadas em audiências, diga-se, “ordinárias”, e adotam uma postura diferente quando estão em um mutirão para conciliação. A explicação para esta mudança de postura pode estar, no fato de serem estes mutirões geralmente sugeridos pelos próprios litigantes, a fim de atender a um interesse específico próprio, por exemplo, de diminuição de demandas envolvendo o seu nome e que possam estar a prejudicar sua imagem comercial, o que faz com que, evidentemente, passam a ter um maior interesse em chegar a uma composição.

Manifestadamente, estas iniciativas são sempre muito bem recebidas pelo judiciário, que enxerga neste ato uma possibilidade concreta de solucionar uma considerável quantidade de processos.

A questão que suscita algum estranhamento, é que, neste quadro, as condições para um acordo já estão previamente estabelecidas em consonância com uma política própria de administração do conflito realizado por este litigante habitual, cabendo ao conciliador tentar impô-la de forma indistinta demovendo as eventuais resistências e considerações da parte adversa, que como já exposto, normalmente, é a parte mais fraca da relação, portanto, mais sujeita às pressões.

Desta forma, subvertendo uma lógica jurídica, a atuação da jurisdição nesta hipótese não estaria em tutelar direitos, mas sim, conduzir o elo mais fraco da relação processual para uma renúncia destes, configurando assim a situação mencionada por Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo apresentada no capítulo II do presente trabalho.

⁵⁰ Cf. Relatório citado: Mutirão Bradesco – percentual de acordos 77,78%; Mutirão Tim- 78%; Mutirão DPVAT- 79,78; Mutirão Grupo Walmart -90%. (quadro anexos 5/7).

Apesar de ressaltar os resultados apresentados nestes mutirões, parece haver a necessidade de perquirir se as consagrações destas práticas, na maneira acima relatada, não contribuem para a formação daquilo que Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (2010) denominou de “*efetividade perniciosa*” onde a função jurisdicional fica relegada a uma avaliação sobre o seu desempenho medido por critérios meramente estatísticos, ignorando os aspectos valorativos de seu exercício e que levam a persecução da “*concretização de uma justiça material*”.

Ainda, seguindo na esteira do autor supracitado, as técnicas empregadas para a administração da justiça, citamos como exemplo, o incentivo aos métodos consensuais, mais que resultante de conceituações de ordem prática, representam as concepções sociais, políticas e ideológicas e econômicas de determinado período, e podem, estar a servir, para a consolidação de estratégias de poder, onde o processo e a forma como ele será resolvido, funciona, precipuamente, como um instrumento formal legitimado pela observância do procedimento, mas sem a preocupação de apresentar um resultado “*qualitativamente diferenciado*”.

Contrapõem assim, concepções distintas que dizem respeito à própria finalidade do processo como instrumento utilizado pela atividade jurisdicional para solucionar conflitos: uma que enxerga o conflito como uma luta das partes na defesa de interesses individuais que são alheios ao conjunto social, e portanto, sem nenhum interesse da sociedade no teor e na maneira como este será solucionado; e outra, que confere relevante importância ao seu escopo social e político, com preocupação de defender o interesse da sociedade na construção de uma solução que se afigure justa e adequada e que sirva para contribuir com o desenvolvimento das relações sociais.

Os números apresentados parecem revelar que, enquanto técnica pensada em anular formalmente o conflito, as práticas conciliatórias tem obtido um êxito considerável. Todavia, a reiteração das atitudes que fazem com que os conflitos se reproduzam em escalas geométricas e voltem a reivindicar uma atuação jurisdicional, pode sinalizar que, o objetivo de prevenir a litigiosidade não está se concretizando.

Vale o destaque, que esta atuação preventiva está estampada nas considerações apresentadas pelo Conselho Nacional de Justiça ao instituir a Política Pública de Tratamento Adequado aos Conflitos de Interesses por meio da Resolução 125/2010, trecho a seguir reproduzido: “CONSIDERANDO que a

conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios (...).

Se for possível fazer questionamentos a respeito da adequação qualitativa do tratamento conferido ao conflito nestes mutirões conciliatórios, também há questionamentos sob a ótica quantitativa, em razão de um, diga-se, “efeito bumerangue”, que faz com que, os conflitos excluídos dos estoques dos tribunais em um momento, contribuem para o retorno de conflitos similares, contendo as mesmas feições e as mesmas caracterizações de partes e elementos aos mesmos tribunais logo adiante.

Assim sob qualquer viés que se analise há um comprometimento do exercício da jurisdição em termos de gestão funcional e administração do conflito.

Vale destacar, que a simples acomodação do conflito, pode ainda comprometer a sua efetividade prática, haja vista, que o conflito que foi superficialmente acomodado neste momento, pode ressurgir com muito mais força em momento posterior com consequências muito mais danosas em razão do descrédito da atividade jurisdicional ao se mostrar incapaz de resolver-lhe verdadeiramente.

Pode se dizer que pelas práticas conciliatórias, usualmente, adotadas por nossos tribunais, aparentemente, o que se objetiva é apenas uma pseudo consensualidade, pautada pelo brocardo popular “antes um mau acordo do que uma boa demanda” onde a solução do conflito na maioria das vezes não proporciona a almejada paz social, neste modelo, conforme apregoa Alexandre Araújo Costa (2004), perpetua-se uma errônea interpretação que coloca o conflito e a disputa no mesmo quadrante e acredita que solucionando a disputa, soluciona-se o conflito.

O autor explica que a disputa judicial não é o conflito, mas sim, sua decorrência, desta forma, o fato de anular a disputa por meio de um acordo estipulado em bases superficiais, na maioria das vezes, não significa por fim ao conflito.

Seguindo este raciocínio, se a solução formulada não enfrentou verdadeiramente, o cerne do conflito e as suas causas subjacentes, a fim de propiciar um entendimento das partes sobre o mesmo, que seja capaz de estimular uma mudança de determinados comportamentos sociais que potencializam o seu surgimento, novos conflitos surgirão decorrentes da perpetuação destas práticas danosas, gerando um efeito reverso de desdobramentos de demandas, fazendo com

que a técnica processual da conciliação, tampouco sirva como instrumento de desobstrução do sistema de justiça.

4.4 A Conciliação no Novo Código de Processo Civil

A despeito das considerações já apresentadas, não há dúvidas quando a necessidade de implementação e incentivo ao uso dos meios consensuais de solução de conflitos como um instrumento legítimo e efetivo para contribuir na realização da pacificação social. Para tanto, como já destacado, faz-se necessário uma mudança de postura de toda a sociedade, principalmente, dos operadores do direito, para a construção de uma cultura que favoreça a reflexão sobre as práticas e posturas comumente adotadas pelas partes, quando diante de um conflito de interesses, inserindo-os em uma perspectiva social na busca de soluções que promovam uma pacificação efetiva.

Também, parece não haver dúvidas, quanto ao fato, de que, as mudanças culturais são resultado de um processo lento, duradouro e permanente de desenvolvimento de uma nova percepção social, onde preceitos doutrinários e normativos, podem funcionar como elementos idealizadores de novas perspectivas que irão sendo sedimentadas ao longo do tempo.

Nesse sentido, a comissão de juristas designada para auxiliar os legisladores na realização de um novo código processual, conferiu ao novo sistema processual uma significativa relevância para os métodos autocompositivos.

De início, seguindo os aspectos normativos contidos na Lei 13.105/2015, destacamos, a fim de demonstrar o relevo que ganha o instituto da conciliação no modelo processual que se avizinha, que, logo em sua parte principiológica, que enumera as normas fundamentais do processo civil, assim está destacado o tema;

Art.3º. (...)

§ 2º- O estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º- A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Pode-se afirmar, que as colocações da norma nesta parte do novo código, ao lado de outros princípios já encartados constitucionalmente, apontam, não só para a importância que pretende se conferir a técnica conciliatória, mas também, para afastar eventuais recalcitrâncias ideológicas, muitas das quais já mencionadas neste estudo.⁵¹

O novo código apresenta, ainda, outras novidades sobre o tema, destaca-se aqui, a possibilidade do oficial de justiça, no ato da citação, promover a colheita de uma proposta de composição, abrindo a partir daí um incidente processual em torno desta proposta (Art.154 VI, § Único); a colocação como um dos requisitos obrigatórios da petição inicial da opção pela realização da tentativa de conciliação (Art. 319 VII); e de toda uma seção dedicada com 10 artigos e 22 parágrafos dedicados exclusivamente para disciplinar a conciliação e a mediação judicial (Arts. 165 a 175).

Nesta seção, o novo código deixa expressa a adoção da distinção a ser feita em razão do vínculo existente entre as partes, para definir a técnica empregada na busca da solução consensual.

Os parágrafos 2º e 3º do artigo 165 assim apresentam tais distinções;

Art.165. [...]

§ 2º O conciliador que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Percebe-se pelo enunciado da norma, que, embora não exista uma taxatividade, a conciliação é destinada de maneira preferencial para os litígios, onde se imagina não haver uma relação a ser preservada, portanto, a priori, não haveria

⁵¹ Prevalece na sociedade uma visão que confere a uma sentença judicial, determinando “quem ganhou” e “quem perdeu” a demanda um maior valor jurídico. Ainda, alguns membros do judiciário se mostram resistente a eventual perda do protagonismo da decisão. Os advogados, também acostumados e muitas vezes pautando seus rendimentos em torno dos rituais, tempos e formas do processo, parecem, em sua maioria, ainda não terem identificados seu papel em uma nova estrutura de solução de conflitos.

qualquer coexistência de interesses mútuos a serem observados, de modo que, à vista da jurisdição o que se busca é o simples fim do litígio.

Esta lógica se aproxima do conceito apresentado por Morton Deutsche (2004) e sua definição de processos *destrutivos*, o qual se caracteriza pelo desprezo da relação social que pudesse preexistir ao conflito, fazendo com que a forma de solução empregada muitas vezes assumam feições competitivas que tendem a expandir o conflito.

Noutra direção tem-se a mediação que possui os aspectos delineados pelo autor acima citado como os de processos *construtivos*, onde a solução objetiva fortalecer a relação social, por meio da construção de uma interface que resulte em soluções capazes de gerar alguma empatia com a compatibilização de interesses.

A fim de ilustrar como uma simples definição do método a ser utilizado para a solução do conflito em razão do nível de relacionamento entre as partes pode afetar a qualidade da decisão formatada, em um litígio derivado por uma insatisfação em uma relação consumerista, na separação prevista pelo código, caberia uma conciliação que se destinaria a por fim ao conflito por meio, por exemplo, do pagamento de uma reparação pecuniária, desprezando o sentimento vindouro do consumidor em relação à parte adversa, ocorrendo o mesmo entendimento na direção oposta. De outra forma, o mesmo caso dentro de um processo construtivo, a solução buscará restabelecer a relação deteriorada, projetando-a para o futuro com capacidade de beneficiar toda a sociedade, como por exemplo, com o estímulo à melhora na prestação de serviços.

A ser seguido, de modo fiel, o modelo adotado pelo novo código, tende-se a manter a configuração atual para o uso dos referidos institutos, onde a mediação e os processos construtivos são destinados principalmente às questões envolvendo relações familiares e de vizinhanças, sendo que, um grande contingente de processos que assolam o judiciário, por exemplo, os de cunho consumerista, comercial, etc., serão submetidos às práticas conciliatórias que não possuem uma preocupação efetiva com a real adequação da solução encontrada, limitando-se a extinguir a demanda.

Passa-se a centrar nossa atenção em torno do artigo 334 do novo código que traz a seguinte redação:

Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou mediação com antecedência mínima de trinta dias, devendo ser citado o réu com pelo menos vinte dias de antecedência.

O que é preciso frisar é que esta audiência será somente para tentativa de conciliação, ou seja, o réu não é citado para uma tentativa de conciliação e apresentação de sua defesa como é feito, por exemplo, nos juizados especiais, ou como na previsão do procedimento sumário do artigo 278 do código processual vigente, no novo sistema, o prazo para apresentação da contestação começa a fruir somente depois de realizada esta audiência.

Na visão de alguns processualistas, esta divisão, primeiro a tentativa de conciliação, e só depois a abertura de prazo para a defesa, é importante para que as partes se sintam estimuladas a refletir exclusivamente sobre a possibilidade de tentar conciliar, sem a preocupação de formatar uma defesa, que poderiam recrudescer as divergências.

Noutra direção, há corrente doutrinária que se contrapõe exatamente ao fato de que a tentativa de conciliação seja feita sem que tenha ocorrido a apresentação da peça de defesa, ou seja, que no momento desta audiência a demanda esteja composta exclusivamente pela formulação feita pelo autor em sua inicial, sem que o réu tenha apresentado sua tese defensiva expondo os pontos que determinam a sua resistência à pretensão do autor.

A preocupação para estes que criticam a fórmula adotada no novo código, baseia-se na visão, de que, para a perseguição de uma solução consensual satisfatória, é crucial que o conciliador compreenda as razões da divergência para que possa atuar no sentido de dirimi-las, em termos mais objetivos, é preciso conhecer em que se funda a resistência á pretensão levada a juízo, qual a versão dos fatos e mesmo quais as “armas” que o réu possui para sustentar esta resistência.

Neste modo de entender o instituto da conciliação, essas informações seriam de suma importância para que possa se articular uma composição contrabalanceando os posicionamentos dos litigantes, e, mesmo para que estes últimos, possam saber exatamente em que consiste e qual a força dos argumentos do oponente, podendo assim, impeli-lo para o entendimento da conveniência de se realizar uma composição.

Cita-se a título de exemplo da importância dada a este aspecto, o procedimento apresentado pelo sistema americano de Múltiplas Portas (*Multidoor Courthouse*)⁵², que entre as alternativas posteriormente sugeridas pelo *Alternative Dispute Resolution Act*, verifica-se o método consistente na avaliação prévia do conflito realizada por um terceiro neutro (*early neutral evaluation*), e os *mini-trials*. A vantagem destes modelos é que possibilitam que seja feita uma avaliação que permita evidenciar, de início, os pontos fortes e fracos dos argumentos apresentados pelas partes, e, a partir, desta avaliação, destacar, individualmente, a sua situação jurídica de modo a determinar as expectativas dos litigantes.

Silva (2014) cita, ainda, que diferentemente do que ocorre na nossa prática forense e que pretende se intensificar no modelo estabelecido no futuro código, ao invés de tentar a conciliação antes de instruir o processo, em um modelo americano híbrido que combina várias técnicas processuais, a audiência conciliatória se dá após a instrução, justamente porque neste momento as partes já sabem sua situação no processo, e portanto, em tese, estariam mais aptas a uma composição.

A crítica que poder se ia fazer a este modelo é o fato de que o acordo realizado nem sempre irá representar de que houve a convergência das partes no entendimento daquilo que seria justo para solucionar o conflito, de forma que este possa se dar mais por temeridade a respeito do resultado do processo, fugindo assim da ideia de uma livre, espontânea e desembaraçada manifestação de vontade.

Retomando às inovações trazidas pelo novo código, outra questão que pode comprometer a utilidade do procedimento, podendo dar azo a manipulações indevidas que vão exigir uma constante vigilância da direção do processo, é que, de acordo com o teor do parágrafo 2º do artigo 334, poderá haver mais de uma sessão destinada á conciliação, e ainda, o artigo 335, inciso I, determina que o termo inicial do prazo para oferecimento da contestação se dá a partir da, literalmente: “última sessão de conciliação”.

Desta forma, inicia-se o processo, o réu é chamado para audiência prévia para conciliação, se eventualmente o conciliador acreditar na possibilidade de uma conciliação futura, levado, por exemplo, por uma estratégia maliciosa do réu com o

⁵² Desenvolvido a partir de um artigo de Frank Sander, defendendo a abertura de diversas portas para a solução de conflitos que seriam direcionados por meio de triagem ao modelo apropriado de solução.

desejo de procrastinar o andamento do feito, arrasta-se o processo para uma nova audiência sem que sequer o prazo de defesa comece a fruir.

Note-se, que, em termos idealizados, espera-se que as partes estejam sempre imbuídas do sentido de cooperação com a atividade jurisdicional, e que hajam sempre pautadas pelos conceitos de eticidade e correção em seus posicionamentos, contudo, não há que se descuidar, para o fato de que, eventualmente, premidas por interesses alheios ao bom andamento processual, ajam de acordo com uma concepção própria de conveniência, aproveitando-se de uma oportunidade processual.⁵³

Assim, apesar de haver a determinação de um prazo fixo no qual deverá ser realizado esta nova audiência de conciliação (dois meses), é possível antevê que nem sempre se conseguirá colocar esta nova audiência em pauta naquele prazo, ou seja, aquilo que se apresenta como uma forma de acelerar pode retardar ainda mais o andamento do processo.

Outro aspecto que já causa preocupação ocorre em razão da operacionalidade da fórmula, manifestada pela incapacidade do sistema de realizar as audiências conciliatórias previstas no novo modelo. Colocando em termos concretos, para exemplificar, cada uma das dezessete varas cíveis da Comarca de João Pessoa-PB, mantém cerca de 3600 processos em estoque, e recebem na média geral, 1004 novos processos por ano, realizando um total aproximado de 659 audiências por ano, números que dizem respeito a todas as audiências realizadas, independente de finalidade, o que significa a realização média de 03 audiências realizadas por expediente.⁵⁴

Projetando, por uma estipulação hipotética, que apenas metade dos novos processos entrados pela sistemática nova, reclame uma audiência conciliatória inaugural, ter-se-ia que cada vara deverá realizar obrigatoriamente cerca de 500 audiências por ano, cuja única finalidade será promover uma tentativa de conciliação. É preciso acrescer a estes números, obviamente, a realização de outros atos processuais, como por exemplo, as audiências de instrução, etc. Assim, se pela sistemática atual, contabilizando todo o tipo de audiência, a média é a realização de

⁵³ Cf. exemplo já mencionado de condutas processuais de determinados atores sociais, mormente, aqueles litigantes habituais.

⁵⁴ Dados obtidos junto à secretaria do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, aferidos por meio de médias aritméticas obtidas por meio da soma e divisão do total de processos e audiências pelo número de varas.

algo em torno de 650 audiências/ano por vara, com o acréscimo das audiências obrigatórias este número pode até dobrar.

Vale o registro, que chama a atenção, também, a disparidade que há entre os números de audiências realizadas entre uma vara e outra, que variam de 1124 audiências anuais em determinada vara judicial, e de “apenas” 343 audiências em outra vara judicial, o que pode sinalizar uma variação de percepção dos magistrados sobre a utilidade da realização das audiências.

Seja como for, não é crível imaginar que qualquer uma das varas possua condições de realizar estes procedimentos, basta para sustentar esta suposição, a constatação das dificuldades enfrentadas pelas serventias cartorárias para realizar atos menos complexos, como por exemplo, fazer juntadas das petições.⁵⁵

Mesmo ao considerar o deslocamento destas audiências para os Centros de Conciliação mantidos pelos Tribunais, conforme anuncia o artigo 165 do novo código, a fim de que desempenhem esta missão, no exemplo aqui mencionado, considerando apenas os feitos apresentados a cada uma das 17 varas cíveis que compõem a comarca central de João Pessoa-PB, teriam que realizar cerca de 500 audiências conciliatórias em um mês, o que daria uma média de 25 audiências/dia.

Registre-se que estamos utilizando como exemplificação somente os casos distribuídos às varas cíveis, excluindo, os processos atinentes às varas de família e sucessões, que se sabe são as que mais demandam e justificam este tipo de procedimento além de outros feitos que comportem uma audiência conciliatória.

Outro aspecto a ser considerado, é que atualmente estes Centros funcionam, quase que exclusivamente, em razão da voluntariedade de conciliadores e mediadores e em razão de parcerias firmadas junto às instituições de ensino, possibilidade que é mantida no novo código (Art.169 §1º). No entanto, dentro do projeto de concepção de uma política pública voltada para o incentivo à adoção das práticas autocompositivas, é destacada a necessidade de profissionalizar os atores encarregados de conduzir o ato de busca consensual, capacitando-os, treinando-os e remunerando-os pelos serviços prestados.

Diante do volume de trabalho esperado, a atuação voluntária, ou o uso de servidores do próprio tribunal, parecem não serem suficientes para dar vazão às audiências designadas, registre-se, que o § 0º do artigo 169, já trata de um percentual

⁵⁵ O prazo para juntar petições, ou fazer certificações, podem chegar a seis meses em algumas serventias judiciais cíveis.

a ser definido pelos Tribunais de audiências não remuneradas a fim de atenderem aos processos de gratuidade da justiça.

Supõe-se assim, que todo o resto deverá ser feito por profissionais remunerados, não ficando bem definido no código, se esta despesa adicional já estará compreendida pelas custas processuais de modo uniforme, ou será suportada individualmente, pelas partes que utilizarem deste serviço. Prevalecendo a primeira hipótese, esbarra-se na questão orçamentária de como administrar mais esta despesa com a escassez de recursos disponíveis, de outra forma, se o ato for suportado pelos demandantes individualmente, de acordo com o caso concreto, pode ocorrer que, mesmo aquele que não queira a realização do ato, haja vista, que basta que uma das partes deseje a audiência conciliatória para que esta se realize, seja obrigado a suportar este ônus.⁵⁶

Como destacado, será necessário fazer o enfrentamento de vários aspectos operacionais e normativos para pôr em prática a nova sistemática do tema, e certamente, novos questionamentos deverão surgir a partir da realidade presenciada no dia a dia forense a partir da aplicação da técnica.

Se a experiência mostra que o corpo jurídico possui uma imensa capacidade de absorver as mudanças e adaptá-las a fim de conferir-lhe um aproveitamento satisfatório, é preciso não descuidar para assegurar que tais inovações não comprometam o objetivo maior da jurisdição de realizar uma prestação jurisdicional justa e adequada.

No capítulo seguinte passa-se a descrever a verificação empírica realizada a fim de obter uma sinalização sobre a adequação da conciliação judicial como resposta ao conflito de interesses.

⁵⁶ Na redação final da lei 13105/2015, foi feita uma mudança que inverteu a lógica para a não realização da audiência prévia, inicialmente, o projeto de Lei, apontava que bastava a manifestação de desinteresse de uma das partes para não ser realizada a audiência, porém, na forma sancionada, esta somente não será realizada se ambas as partes se manifestarem contrárias a sua realização (Art. 334 § 4º, inciso I).

CAPÍTULO V: VERIFICAÇÃO EMPÍRICA SOBRE A ADEQUAÇÃO DA CONCILIAÇÃO JUDICIAL COMO TÉCNICA DE RESPOSTA AOS CONFLITOS

5.1 Uma Visão Panorâmica sobre o Conflito

Antes de adentrar na análise da utilização prática das audiências conciliatórias, se faz preciso, ainda que, de modo sucinto, tecer algumas considerações a fim de destacar o papel do conflito como algo inerente à condição humana e componente essencial para o desenvolvimento social.

Existem diversidades de classificações e abordagens conceituais a tratar do tema, como por exemplo, aquelas que aludem às perspectivas psicológicas do indivíduo, porém, opta-se por destacar uma visão social e jurídica que é lançada sobre o conflito.

A regulação jurídica e social, assim como, valores ligados à ética, a moral e aos costumes, atuam como forma de controle e de ajustamento de condutas, criando expectativas comportamentais e assegurando o equilíbrio das relações intersubjetivas. Contudo, conforme explica Vasconcelos (2014), a divergência quanto às posições e percepções, como algo contingente à condição humana, naquilo a que refere-se a fatos, valores e expectativas sobre interesses comuns, faz surgir o dissenso.

O autor destaca, ainda, que o conflito não é algo que deva ser encarado negativamente, registrando, que só a partir da compreensão da sua inevitabilidade, é possível desenvolver soluções satisfatórias, que além de resolver os problemas podem gerar oportunidades de evolução das relações intersubjetivas.

Fazendo menção à doutrina de Morton Deutsch sobre a utilização de processos construtivos ou destrutivos para o enfrentamento do conflito, o autor estabelece algumas proposições, entre as quais destacamos, que; “e) lidar construtivamente é obter, pela via do conflito, novas compreensões, com estreitamento de vínculos interpessoais e do tecido social” (VASCONCELOS, 2014, p. 26).

Seguindo esta mesma linha de pensamento, Calmon (ob.cit. p.25) cita que:

O conflito não é um mal em si mesmo e são considerados como aspectos inevitáveis e recorrentes da vida. Têm funções individuais e sociais importantes, proporcionando aos homens o estímulo para promover as mudanças sociais e o desenvolvimento individual. O importante não é aprender a evitá-lo ou a suprimi-lo, atitude que poderia trazer consequências danosas. Ao contrário, diante do conflito, a atitude correta é encontrar uma forma que favoreça a sua composição construtiva.

As posições acima elencadas apresentam o conflito como um potencial fator de contribuição para a construção de uma sociedade melhor, onde, a partir do enfrentamento das divergências surgidas, cria-se a possibilidade de evolução das relações sociais.

A doutrina costuma considerar três vertentes de conflito; o primeiro caracterizado pela intensidade de vínculos relacionais, exemplo típico, de casos familiares, ou que envolvam conflitos de vizinhança; o segundo, que são frutos de divergências estabelecidas em torno de temas como, por exemplo, identidade religiosa, e outras questões alusivas a uma identidade cultural; e, como terceira vertente, o conflito público, entendido este como aqueles que repercutem perante um grupo social específico, ou mesmo sobre toda a sociedade.

Para aquilo que interessa mais de perto ao objetivo do presente estudo, de perquirir sobre a adequação dos métodos autocompositivos para a solução de conflitos, atem-se a conformação desta última vertente dos conflitos, em razão de que, os dados já apresentados, mostram que são estes conflitos que compõem a grande massa de processos que abarrotam e continuam a chegar, diuturnamente, ao judiciário. De modo que, parece ser impossível imaginar que se estabeleça algum modelo adequado de resolução de conflitos sem que sejam consideradas as peculiaridades deste tipo específico de demanda social.

Inicia-se, destacando a multiplicação de forças e de interesses presentes na sociedade contemporânea. Se ainda é possível identificar ranços de uma sociedade hierarquizada, como demonstra a pesquisa social apresentada por Alberto Carlos Almeida⁵⁷, também já é perceptível, que o acesso à informação propiciado pelas novas tecnologias, está a contribuir para a “desnaturalização” do *status quo*.

⁵⁷ No livro “A cabeça do Brasileiro” Rio de Janeiro: Record, 2007, o autor mostra, entre outras conclusões obtidas pelo método quantitativo, que persiste uma relação entre escolaridade, renda, e hierarquia.

A sociedade melhor informada passa a perceber que o seu bem estar não está ligado somente como reflexos de suas próprias relações individuais, ou pelos reflexos das relações que mantém com o Estado, em seu sentido formal, mas também, é influenciado de forma determinante por relacionamento mantido com outros atores sociais, como grupos e empresas que exercem funções imprescindíveis ao regular andamento da vida moderna. Esses novos atores, detém e usufrui de poderes e possibilidades que são utilizadas para proteger seus próprios interesses particulares, e que, em determinadas situações colidem com os interesses sociais.

Exemplo típico desta situação está nas relações consumeristas, de um lado há um fornecedor de bens ou serviços, naturalmente, visando potencializar seus lucros, de outro lado, está o consumidor, que deseja ter que desprender o mínimo recurso financeiro possível para poder usufruir de um serviço ou bem, a seu sentir, indispensável, cada vez melhor.

Owen Fiss (2003, p.27), ao defender uma reforma estrutural no modelo de atividade jurisdicional do sistema processual americano, afirma que, “a reforma estrutural é baseada na noção de que a qualidade da nossa vida social é afetada de forma significativa pela operação de organizações de grande porte e não somente por indivíduos, agindo dentro ou fora destas organizações”.

Silva (2014, p.125) ressalta ainda:

A sociedade atual não se limita mais aos conflitos relacionados à velha dicotomia daqueles privados, exemplificados pelo antagonismo Tício e Caio. A crescente complexidade e o emaranhado de relações sociais certamente têm gerado conflitos estruturalmente maiores, apresentando dimensões abstrusas e dependentes de soluções diversas daquelas tradicionalmente adjudicatórias.

Todavia, conforme explica a autora, quando o conflito é apresentado ao judiciário, tende-se a reduzir a sua complexidade, eliminando, inclusive, alguns aspectos objetivos e subjetivos, a fim de possibilitar um tratamento jurisdicional que se mostre adequado a dogmática jurídica. A redução a que se alude inicia-se com a configuração das partes envolta no conflito, ao restringir o interesse da questão às figuras individuais de Tício e Caio, como no exemplo acima mencionado, perde-se de vista que aquela mesma situação pode estar a atingir todo um grupo social, ou que a solução apresentada pode derivar para uma definição de condutas adotadas diante de outras relações sociais estabelecidas entre grupos diversos, que apesar

de não comporem aquela relação processual, de alguma forma podem vir a sofrer as consequências da solução apresentada.⁵⁸

Ao tratar o conflito como um fenômeno jurídico isolado, a jurisdição deixa de aproveitar a oportunidade de transcender a tutela específica do interesse privado e de destacar aspectos prospectivos que podem se mostrar mais relevantes e produzir resultados mais satisfatórios até mesmo sob a ótica das necessidades da própria jurisdição.

Fiss (ob.cit.) pontua que, se o objetivo do sistema de solução de conflitos tradicional é restabelecer a normalidade quebrada pelo conflito, daí a necessidade da brevidade de sua solução a fim de retornar a realidade existente anteriormente a sua deflagração, um novo tratamento aos conflitos de interesses se reveste na tentativa de reconstruir uma nova realidade a partir do conflito, e com isso, criar um novo *status quo*, que se mostre mais compatível com um desejo de estabelecer uma sociedade melhor.

Este novo modelo de tratamento dos conflitos é ainda mais importante em sociedades como a brasileira, onde, por exemplo, o esgarçamento das relações sociais atinge a relação da sociedade com diversos setores do poder econômico em razão da ineficiência do fornecimento de bens e serviços que transformam o cidadão em vítimas da incompetência das forças produtivas e que se refletem nas coisas que não funcionam como deveriam, seja de um mero serviço de telefonia, passando por educação, saúde e uma ampla diversidade de atividades públicas e privadas.

As reiteradas falhas em executar as tarefas que se propõem a realizar, e os efeitos nocivos que tais descumprimentos causam ao cidadão, evidenciam que esta relação entre a força produtiva e a sociedade necessita de um amadurecimento que pode ser estimulado pela atuação do poder judiciário na solução do conflito.

Registre-se que, em um contexto onde, principalmente, membros do parlamento costumam se insurgir contra um suposto excesso de interferência do poder judiciário a fim de deliberar sobre assuntos que seriam de sua competência, através do chamado “ativismo judicial”, uma parte considerável das transformações que a sociedade necessita poderia se dar por meio de uma atividade tipicamente jurisdicional de emanar manifestações que se mostrem aptas a estimular ou

⁵⁸ Exemplificando, um acordo, ou mesmo uma sentença adjudicada que se considere benevolente ao infrator, em uma disputa judicial envolvendo um consumidor e uma empresa de telefonia, pode incentivar a perpetuação da prática que deu origem ao conflito, ou seja, a decisão ultrapassa a situação de caráter individual das partes.

desestimular determinadas condutas, através da forma e do conteúdo das soluções apresentadas aos conflitos submetidos à sua apreciação.

Para tanto, o primeiro passo parece ser estabelecer uma mudança de visão sobre o conflito a fim de deixar vir à tona as possibilidades de aperfeiçoamento social que dele pode advir.

5.2 A Metodologia da Pesquisa

Primeiramente, faz-se necessário tecer algumas explicações sobre a metodologia utilizada na realização da pesquisa desenvolvida, cuja finalidade é, a partir da descrição das audiências conciliatórias, apresentadas na forma de um estudo de caso, empírico-teórico, de natureza quantitativa, realizada através da adoção de procedimentos de quantificação dos dados coletados por meio de uma observação estruturada não participante, a fim de mensurar a proficuidade das tentativas conciliatórias, e, a partir destes dados fazer uma análise qualitativa, a fim de identificar a natureza das informações colhidas, interpretando-as de acordo com um processo dialético com conceitos doutrinários e a hipótese estabelecida.

O problema de pesquisa suscitado no presente estudo, refere-se à inadequação da forma como vem sendo utilizada às técnicas conciliatórias no sistema processual vigente.

A hipótese aventada é que se a técnica conciliatória tiver seu êxito relacionado exclusivamente, a critérios quantitativos, a fim de atender precipuamente aos interesses funcionais ligados a administração do sistema de justiça, então, restará distorcido o seu sentido, prejudicando a concepção de uma justiça realmente pacificadora pautada na consensualidade, comprometendo assim, a sua adequação como técnica de resposta aos conflitos de interesses.

O objetivo da pesquisa é avaliar em termos quantitativos e qualitativos a utilização da técnica conciliatória descrevendo o modo de ser das tentativas de conciliação em seus aspectos práticos no dia a dia forense, para, a partir dos resultados obtidos analisarem sua inserção em um conceito de adequação no tratamento dos conflitos de interesses jurídicos e identificar elementos que possam estar a prejudicar sua concepção.

Conforme Luciano Oliveira (2004) a pesquisa empírica de fenômenos jurídicos é um instrumento apto para dotar aspectos realistas a determinados

estudos doutrinários, possibilitando a construção de uma formulação teórica com base em uma experiência empírica.

A pretensão do estudo é realizar uma verificação do fenômeno jurídico que esteja baseado não só pelas normas e conceitos doutrinários, mas, especialmente, através de sua aplicação prática.

Desta forma é possível por meio de uma observação não participativa das audiências conciliatórias e da verificação dos dados presentes em relatórios e estudos produzidos sobre o tema, colher informações que possam indicar a formação de padrões de comportamento, e ainda, projetar expectativas comportamentais, contrapondo o fenômeno jurídico em sua forma idealística pensada pelo legislador e pela doutrina e a forma como ocorre concretamente em sua realidade fática.

5.2.1 Forma de acesso e natureza dos dados

A fim de auxiliar na verificação da hipótese aventada, foram feitas coletas de dados documentais junto aos Tribunais de Justiça dos Estados da Paraíba e de Pernambuco, mais especificamente, relatórios produzidos pelas Centrais de Conciliação dos referidos tribunais que medem a atuação destes centros.

Fez-se uso também de pesquisas e estudos desenvolvidos em obras monográficas e trabalhos desenvolvidos por entidades voltadas para a pesquisa científica relacionadas com o tema em estudo.

Fez-se ainda, uma observação estruturada não participante de audiências conciliatórias. Esta estruturação inicia-se pela escolha do campo de observação, no presente estudo, optou-se pela observação das audiências conciliatórias realizadas exclusivamente no âmbito das varas cíveis, excluindo assim, as audiências das varas de família em razão de ser a natureza dos conflitos apresentados a estas varas, naturalmente mais afeitos a um processo de mediação, e conforme exposto no capítulo II deste estudo, há uma distinção entre os dois institutos.

Definida as varas cíveis como campo de observação, restringiram-se as observações às audiências denominadas preliminares ou de conciliação, em razão, do fato de serem estas audiências consideradas como as mais propícias para a obtenção de uma solução consensual e se aproximarem conceitualmente das audiências prévias prevista no novo código processual, diferentemente das

audiências instrutórias, onde, em que pese, ocorra uma tentativa de conciliação, as partes já estão na expectativa e preparadas para uma solução adjudicada.

5.2.2 Definição do objeto da observação e normas de caracterização

A seguir foram definidos quais eventos específicos deveriam ser objetos da observação, para fins de descrever o fenômeno em vista das perspectivas do presente estudo, iniciando com a definição sobre: *a)* a natureza do conflito, a fim de identificar a prevalência do encaminhamento de determinados tipos de conflitos para as tentativas conciliatórias, os testes previamente realizados permitiram a configuração de três grupos específicos de conflitos; os de natureza consumeristas, os de natureza contratuais e os derivados de relações pessoais; *b)* a caracterização das partes, entre pessoas físicas e jurídicas, a fim de identificar particularidades do comportamento adotado por um ou outro grupo; *c)* o nível de conhecimento e participação dos atores do procedimento, a fim de medir a real participação das partes e do conciliador na tentativa de conciliação, *d)* quais os principais argumentos utilizados para a tentativa de obtenção da solução consensual; *e)* também foi observado se houve uma reciprocidade discursiva, entendendo esta como a ocorrência de um processo dialético onde as partes participam reciprocamente na tentativa de construção da solução; *f)* verificar se o procedimento resultou em um acordo.

Para a aferição do nível de determinados comportamentos, utilizou-se uma tabela matemática com uma escala progressiva onde: *a)* o número 1 representa uma participação minúscula das partes e do conciliador, entendida esta como aquela em que se observou uma completa ausência de manifestação destes, limitada a apenas evidenciar a falta de intenção de realizar qualquer entendimento, ficando a audiência resumida a manifestação de que não há proposta para um acordo; *b)* número 2, representando uma participação um pouco maior, onde, observou-se a procura, ainda que de forma bastante sucinta de se sugerir alguma composição, mais ainda de forma tímida; *c)* número 3, observado com um meio termo, uma participação maior do que as medidas anteriormente, conquanto menor, que nos patamares subsequentes; *d)* número 4, a observação de uma participação realmente ativa, considerando o conjunto de atividades desenvolvidas pelas partes no sentido de buscar a solução consensual, através da formulação de propostas, esclarecimentos,

sugestões, discussões etc.; e) número 5, caracterizada pela observação de uma maior intensidade dos elementos anteriormente descritos, seja pela insistência e persecução obstinada de se chegar a uma solução, com idas e vindas, aproximação da obtenção do resultado seguida de uma retração, e um retorno com o empenho das partes destinado para a tentativa de uma construção consensual da solução do conflito.

Após a realização de alguns experimentos práticos, com a aplicação de modelos de observações estruturadas a fim de verificar a validade e ajustamento da observação aos interesses da pesquisa, foi definido o seguinte modelo de estruturação:

ESTRUTURAÇÃO DA OBSERVAÇÃO

1) Qual a natureza do conflito?

Consumidor Contratos Relações pessoais Outros

2) Quem são os autores?

Pessoa Física Pessoa Jurídica

3) Quem são os réus?

Pessoa Física Pessoa Jurídica

4) As Partes estavam presentes?

Sim Não

5) De 1 a 5 qual o nível de conhecimento demonstrado pelo conciliador sobre o processo?

1- Muito Pouco 2- Pouco 3- Razoável 4- Grande 5- Muito Grande

6) Qual o nível de participação do conciliador ?

1- Muito Pouco ativo 2- Pouco ativo 3- Razoável 4- Ativo 5- Muito Ativo

7) Quais os principais argumentos utilizados?

Demora em se chegar ao fim do processo

Possibilidade de perda da ação

Manutenção da relação pessoal/ comercial

Outros. Quais? _____

8) Como foi a participação do autor?

1- Muito Pouco ativo 2- Pouco ativo 3- Razoável 4- Ativo 5- Muito Ativo

9) Como foi a participação do réu?

1- Muito Pouco ativo 2- Pouco ativo 3- Razoável 4- Ativo 5- Muito Ativo

10) Houve reciprocidade discursiva?

Sim

Não

11) Houve Acordo?

Sim

Não

Fonte: criação própria.

5.2.3 Tratamento dos dados coletados

Conforme explica Laville e Dionne (1999), antes de iniciar o processo de interpretação e análise dos dados coletados é preciso organizá-los e prepará-los a fim de que possam servir de suporte para as conclusões. Assim, os dados coletados foram agrupados por categoria de acordo com a sistemática desenvolvida pela observação e receberam um tratamento estatístico, para, em consonância com as teorias probabilísticas, descrever e projetar para eventos futuros uma estimativa da ocorrência de determinados fenômenos.

A simples determinação do objeto a ser observado e a forma de coleta, organização e categorização destes dados, já traduz de alguma forma, uma visão apriorística que o pesquisador detém sobre o tema em estudo, não obstante tal evidência, faz-se a opção por realizar uma análise estatística dos dados, permitindo-se, a partir desta quantificação numérica, fazer inferências e correlações de conteúdo com a hipótese formulada.

Explica-se ainda, que não há qualquer pretensão de formular uma explicação determinística calcada em uma quantificação e matematização do fenômeno estudado empiricamente, ao contrário, consoante as propostas de transformação paradigmática da ciência desenvolvida por Maria José Esteves Vasconcellos (2002) compreende-se o fenômeno científico marcado pela indeterminação, instabilidade e uma intersubjetividade que comporta várias narrativas para o mesmo fenômeno. O intuito deste formato, é tão somente, estabelecer e apresentar um procedimento metodológico para dar um suporte ao estudo e servir como ponto de partida para as inferências construídas, assim, a análise estatística que se faz é meramente ilustrativa, daí a sua sumaridade.

Para se chegar aos dados quantitativos faz-se a apresentação dos valores absolutos de cada elemento categorizado, e para se chegar aos valores relativos em

termos percentuais, utiliza-se uma fórmula que indica a ocorrência do fenômeno observado identificado pela letra (F), multiplicado por cem (100) e dividido pelo número de audiências observadas, identificadas pela letra (A), tem-se assim como fórmula de aferição estatísticas dos eventos a seguinte equação:

$$\frac{F \times 100}{A}$$

Para avaliação de elementos categorizados sujeitos a aferição feita por escalas variáveis, faz-se a somatória dos valores observados, dividindo-os pela quantidade de audiências observadas, chegando assim a uma média aritmética.

Acrescenta-se a estas observações empíricas, os dados obtidos em relatórios e pesquisas realizadas sobre o tema, correlacionando com as categorizações realizadas pela observação, buscando estabelecer uma comunicação dialética apontando para as semelhanças, distinções e nexos causais, mantendo um diálogo com a doutrina e fazendo inferências referenciais à hipótese formulada.

5.3 Apresentação e Análise dos Dados Coletados

5.3.1 Análise em torno da natureza dos conflitos

A primeira categorização analisada refere-se à natureza dos conflitos apresentados ao judiciário e designados para a realização de uma audiência preliminar/conciliação, importa o esclarecimento, que não há uma homogeneidade quanto à denominação da audiência, algumas serventias cartorárias ainda empregam o termo audiência de conciliação, lembrando que esta denominação corresponde a procedimento anterior à Lei 10.442/2002, que modificou o artigo 331 do código processual para empregar o termo “audiência preliminar”.

Para efeitos deste estudo, mais que a denominação, foi observado o momento processual em que foi designada a audiência a fim de aproximá-la da audiência prévia prevista no novo sistema processual.

A primeira indicação que se obtém é uma prevalência da realização do procedimento em casos que possuem como natureza jurídica uma relação consumerista.

No total de 42 audiências observadas, em 29 o conflito apresentado dizia respeito a uma relação de consumo, em termos percentuais atinge a marca de 69,04% das audiências.

Outra indicação importante é o fato, de que, em 30 destas audiências o polo passivo estava composto por empresas privadas caracterizadas e já identificadas em razão do volume de demandas judiciais que compõem, como grandes litigantes, representando 71,42% dos casos observados.

Estes dados coincidem com os números apresentados pelo Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba ao divulgar lista dos maiores litigantes do Estado, o ranking, formado a partir da observância das distribuições de feitos realizados junto às varas cíveis e aos juizados especiais das cidades de João Pessoa e Campina Grande, revelam que apenas 20 destas empresas estavam presentes no polo passivo de 56,43% dos processos iniciados no primeiro semestre de 2015.⁵⁹

Os dados sinalizam que parte considerável da atividade jurisdicional voltada para as práticas conciliatórias são desempenhadas em face de questões surgidas a partir de relações comerciais que colocam em lado opostos, consumidores e alguns tipos específicos e bem determinados de fornecedores de produtos e serviços. Como já destacado nas explicações sobre a metodologia do estudo, as observações se restringiram as demandas em cursos nas varas cíveis, contudo, se a opção recaísse para a observação das audiências dos juizados especiais, muito possivelmente, a tendência de repetição desta categorização, seria em um número ainda maior.⁶⁰

Em termos estritamente jurídicos, compreende-se esta indicação sobre a prevalência da natureza dos conflitos, pelo entendimento, de que, por ser tratarem de conflitos que envolvem direitos transacionáveis, portanto, com uma maior possibilidade de disponibilidade pelas partes envolvidas, seja natural a designação de atos processuais voltados para uma tentativa de conciliação.

A percepção captada empiricamente, é que, independente do caso concreto, da verificação efetiva da possibilidade de obter um entendimento para por fim ao

⁵⁹ Vide anexo nº 08. Fonte Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba.

⁶⁰ Estudo realizado pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ, 2006) em parceria com o Ministério da Justiça apresenta que no ano de 2002, nos Estados mais desenvolvidos do país, como São Paulo, Minas Gerais e Rio de Janeiro, mais da metade das demandas já versavam sobre relações de consumo. Observe-se que, neste período, ainda não havia ocorrido uma plena incorporação das classes menos favorecidas ao mercado de consumo, ao passo que conflitos entre vizinhos, ou decorrentes de contratos civis não alcançavam somados 8% dos casos.

processo, ao estar diante de uma relação consumerista a providencia habitual é designar uma audiência conciliatória, descuidando do fato de que aqueles atores, tidos como litigantes habituais, já possuem como característica a resistência a uma composição nesta esfera processual.

Observando o desenrolar das audiências, corroborada por uma análise posterior das atas, percebe-se ainda, que mesmo em termos de eventual necessidade de saneamento do processo, o ato processual se revela desnecessário, vez que, na maioria das vezes, não se constata situações a exigir um saneamento a ser feito em audiência.

Assim, uma questão que merece reflexão gira em torno da compreensão sobre uma forma de gestão adequada para estes conflitos que possuem natureza e atores bem definidos, para ir além da visão tradicional de instrumentalizar métodos de solução para conflitos considerados individualmente e dentro da clássica conformação e limites da relação jurídica processual.

A multiplicação de lides envolvendo os mesmo atores e os mesmos elementos fáticos e jurídicos indica uma necessidade de estabelecer uma percepção em torno das dimensões coletivas destas demandas, que, muito embora, imagina-se, poderiam ser mais bem trabalhadas em processos coletivos, também em sua feição individual poderiam ser acrescidas desta perspectiva de abrangência para o conjunto social, quando do seu tratamento, fazendo com que a solução engendrada, seja ela adjudicada, ou estabelecida de forma consensual, carregue consigo elementos prospectivos.

Conforme Silva (op. cit., 2014), A atuação jurisdicional deve estar em consonância com as peculiaridades tanto dos conflitos como das partes envolvidas, estabelecendo critérios de solução que incentive uma nova postura dos litigantes, em torno de uma perspectiva comunitária “repelindo condutas inadequadas e prevenindo novos conflitos”.

Se for possível identificar quais atores (litigantes habituais) e as causas (consumo) que contribuem decisivamente para o engessamento da máquina judicial, é possível desenvolver políticas públicas voltadas para o enfrentamento desta problemática específica, a partir de uma atuação com vista a modificar o modo de agir destes atores, como por exemplo, a exigência de uma estruturação de canais eficientes de soluções dos problemas decorrentes desta relação.

Este tipo de solução normalmente é perseguido no âmbito das tutelas de interesses transindividuais, discutidos por meio de ações coletivas constituídas a partir de um microsistema onde se destacam de o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública, visando à solução de conflitos que, por serem de massa, possuem dimensão social e política ampla. Conforme princípios destacados por Ada Pellegrini Grinover (2007):

O princípio que, no processo individual, diz respeito exclusivamente ao cidadão, objetivando nortear a solução de controvérsias limitadas ao círculo de interesses da pessoa, no processo coletivo transmuda-se em princípio de interesse de uma coletividade, formada por centenas, milhares e às vezes milhões de pessoas.

Ainda, o sistema processual vigente busca enfrentar a questão das demandas individuais repetitivas a partir de uma perspectiva de uniformização e racionalização das decisões com a construção de precedentes jurisprudenciais, inclusive, o novo Código de Processo Civil, em seus artigos 976 e seguintes apresentam o incidente de resolução de disputas repetitivas.

Neste formato, serão produzidas soluções em bloco, onde, a questão jurídica comum, é analisada de forma unitária, e sua decisão terá eficácia prospectiva e vinculante para as demais demandas da espécie, inclusive, as por vir, tornando previsível a resposta que o Estado dará ao conflito.

Nos casos observados no presente estudo, embora, sua feição individual atomizada, que impedem uma solução com efeitos extra partes, as questões comuns de fato e de direito que os une, permitem a sua avaliação levando em consideração também a sua estruturação molecular e o reflexo que a solução pode gerar, não só para as partes, mas também, para o conjunto social, e até mesmo para fins de gestão funcional do sistema judicial.

Assim, a finalidade da jurisdição transcenderia a resolução do conflito concretamente lhe apresentado de forma individual, ganhando além dos clássicos contornos repressivos, forte componente preventivo. Como explica Castillo (2000, p. 198):

Esencialmente, el proceso satisface una double finalidad, que respectivamente llamaríamos repressiva y preventiva, a saber: restaurar el orden (jurídico) alterado por el litigio y evitar que se perturbe a orden (público) por obra de la autodefensa. Em otros término: el proceso sirve a um tempo um interés individual y específico, que se circunscribe a cada uno de los litígios que resuelve, y um interés social y genérico, que se extiende a cuantos litígios puedan someterse a la jurisdicción de um Estado.

Outro ponto que merece destaque é o número de audiências que deixaram de ser realizadas em razão das ausências de uma ou das duas partes, que ocorreram em 11 oportunidades, representando 26,19% dos procedimentos observados. Em um quadro comparativo, em observância ao relatório de produtividade da Central de Conciliação, Mediação e Arbitragem do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, com os números relativos ao mês de setembro de 2015, apresenta que cerca de 38% das audiências designadas não foram realizadas.⁶¹

A preocupação que estes números revelam é em razão de toda uma movimentação do aparato judicial, já, normalmente, sobrecarregado, para a realização destes atos, com a separação de processos, preparação de intimações das partes, destinação de servidores para realizar certificações, fazer registros da audiência e o próprio tempo destinado à realização da audiência.

Ainda que possa se considerar inexpressivos os números alusivos às audiências não realizadas por ausência das partes, a realidade prática pode estar a indicar a necessidade de aprofundamento no conceito de voluntariedade como um dos elementos determinantes para a proficuidade do ato processual.

O estudo desenvolvido por Leslie Shérída Ferraz (2008) junto aos Juizados Especiais Cíveis, concluiu, que, deve haver uma triagem prévia a fim de identificar os casos em que os sujeitos envolvidos se mostram mais propensos ao método consensual. Para autora, ao invés de procedimentos obrigatórios, designados sem a opinião das partes a respeito, é mais produtora, somente realizar a audiência quando houver algum tipo de manifestação prévia das partes a favor do ato.

Este aspecto da voluntariedade das partes, caracterizados pela forma como foram dirigidas para uma audiência conciliatória, não foi uns dos objetos específicos de observação do estudo, porém, a experiência prática permite a constatação de que não há um procedimento uniforme, alguns magistrados questionam previamente as partes, se possuem interesse em participar de audiência de conciliação, enquanto outros designam as audiências sem consultas prévias.

Das 11 audiências que não se realizaram por ausências das partes, em 09 ocasiões a parte autora foi a ausente, ainda que não se saiba ao certo as razões

⁶¹ O número corresponde a movimentação procedimental realizada pela Central de Conciliação, Mediação e Arbitragem da Comarca de Recife, englobando os turnos da manhã e da tarde. Na definição contida no relatório essas sessões não realizadas, referem se a existência de impedimento que tornaram impossível a sua realização, como a falta de comparecimento, transação ou renúncia prévia. Vide anexos nº 09.

destas ausências, pode haver uma indicação, que, não raramente, as partes podem, simplesmente, optar por não participar do processo de construção do consenso, e isto, pode ocorrer, por exemplo, em razão da desconfiança e deterioração da relação mantida com determinados atores sociais, ou da descrença na utilidade do método.

Assim, é motivo questionamentos a opção adotada pelo novo Código de Processo Civil de estabelecer uma audiência prévia para fins de realizar uma tentativa de conciliação. Na redação original estava previsto, a possibilidade da não realização da audiência mediante manifestação contrária de uma das partes, a redação final, porém, consignou que, esta somente não se realizará, se as duas partes se manifestarem contrárias à realização da audiência.⁶²

Portanto, uma vez que o novo sistema adota um regime de quase obrigatoriedade da audiência prévia de conciliação, a fim de, evitar desperdícios de recursos da estrutura judicial, é relevante que se desenvolva no seio social, por meios de campanhas contínuas de esclarecimento a importância da participação da sociedade neste ato processual.

Desenvolver na sociedade um senso de responsabilidade e participação na construção das soluções de seus próprios conflitos é um dos propósitos e desafios da sistemática processual voltada para a consensualidade. A perspectiva de desenvolvimento da cidadania e de uma desejável maior participação popular na administração e na conformação de um senso de justiça, como mais um dos elementos intrínsecos a configuração de uma democracia participativa, justificam os estímulos às práticas conciliatórias.

Na mesma medida em que os sujeitos tomam, cada vez mais, consciência de seus direitos, e buscam a sua concretização, deseja-se, que desenvolvam a capacidade de resolver e prevenir conflitos.

Esta capacidade parece ser mais facilmente desenvolvida em situações onde as partes envolvidas estão, ainda que exista uma base de poder⁶³, em uma situação de paridade social, como no exemplo, da mediação comunitária apresentada no trabalho de Lília Maia Morais Sales (2004), citando o desenvolvimento de valores e atitudes comportamentais a partir da criação de espaços de diálogos dentro das comunidades, escolas e famílias. De modo generalizado, pode se afirmar que os

⁶² Lei 11.105/2015. Art.334.

⁶³ Adolfo Braga Neto (2007) cita como umas das bases de poder, as de ordem físicas e emocional, comuns em relações familiares.

conflitos surgidos na esfera destes ambientes sociais, resultam em grande medida pelas distorções de percepções e sentimentos que se traduzem em manifestações de egoísmo e incompreensão mútuas que podem ser trabalhadas com a ajuda de um terceiro facilitador a fim de propiciar uma solução construtiva.

Porém, percebe-se, nos números aferidos pelo presente estudo, que a litigiosidade que atravança o sistema de justiça, não se concentra nos conflitos derivados das relações pessoais intersubjetivas, ou mesmo, dos pequenos contratos civis envolvendo particulares, como é de se esperar em razão do atual estágio social, a maioria dos conflitos cotidianos são resolvidos com base na capacidade de diálogo e ajuste entre as pessoas comuns na busca de uma melhor convivência, e sim, está disseminada nas relações de cidadãos com grupos econômicos e entidades públicas, que possuem interesses específicos e de uma disparidade de poder que geram um desnível na relação mantida com os outros grupos sociais, o que acaba por dificultar a busca do entendimento.

Acrescente-se a este fator, que, na absoluta maioria destas situações, o diálogo que antecede a instauração do litígio processual, mantido com estes atores na expectativa de solucionar alguma insatisfação, só fez aumentar o sentimento de impotência e frustração do cidadão comum.

Assim, em conflitos desta natureza, a construção de soluções consensuais dos conflitos de interesses, passa, necessariamente, por uma mudança comportamental a fim de substituir um antagonismo posicional, semeado e fortalecido durante o surgimento do conflito, por manifestações que, desde o início da divergência possuam um cunho colaborativo e coexistencial.

O ponto fundamental da questão é que os desgastes produzidos por estas relações, consubstanciada na ausência de um tratamento que dignifique a pessoa em sua individualidade, geram uma ambiente hostil e de falta de confiança que inviabiliza a comunicação futura em prol de um entendimento, e pode estar a contribuir para uma descrença no uso do método.

5.3.2 Análise em torno do comportamento dos atores processuais em audiências conciliatórias

Em consonância com os propósitos do presente estudo, fez-se um recorte a fim de captar uma indicação sobre a atividade desempenhada pelo conciliador na

audiência. Para tanto, avaliou-se três perspectivas: (i) o nível de conhecimento sobre o conflito; (ii) o nível de participação do conciliador na audiência; (iii) os argumentos utilizados. A avaliação foi feita somente com base nas audiências que se concretizaram com a presença de ambas as partes, em um total de 33 atos.

Em relação ao nível de conhecimento demonstrado pelo conciliador sobre o conflito, em uma escala de 1 a 5, onde 1 caracteriza a demonstração de um aparente total desconhecimento sobre o conflito, exemplificada, pela pergunta feita diretamente às partes para que estas explicassem sobre do que se tratava o conflito, e 5 um conhecimento profundo, exemplificado, pela citação de fatos e argumentos utilizados pelas partes em sua manifestação nos autos, à média geral obteve-se a nota 2.81, que se aproxima do conceito de um nível de conhecimento “razoável”.

Porém, quando se esmiúça os números aferidos percebe-se outras variáveis, por exemplo, quando se separa as audiências por natureza do conflito, a média do nível de conhecimento demonstrado pelo conciliador nas audiências onde os conflitos diziam respeito às relações pessoais, sobe para 4,33. Quando se observa isoladamente os conflitos alusivos a contratos, a média é de 3,88, o que significa que nestas situações os níveis de conhecimento são “grande”.

Já quando isolamos as audiências nas relações consumeristas a média cai para 2.15, o que a aproxima do conceito de “muito pouco”. Contribuiu para esta nota, o fato de que em metade destas audiências de conciliação observadas a nota atribuída foi 1.

Este padrão se repete quando avaliamos o nível de participação do conciliador, nos conflitos envolvendo relações pessoais a nota média é 4,33, e nos conflitos derivados de contratos a média é 3,22. Já quando se isola as relações de consumo a avaliação média cai para 1,41.

Estes dados indicam que em conflitos que envolvam relações pessoais há uma preocupação maior do conciliador em tomar conhecimento do objeto do litígio, recolhendo as informações necessárias para o seu correto tratamento. Obviamente, por ter um maior conhecimento sobre a demanda possui uma maior capacidade de agir na busca de uma solução. Assim há uma participação proativa do conciliador na busca do consenso, externada na sua capacidade de orientar as partes em suas manifestações, reformular os argumentos que dificultam o entendimento e encontrar pontos de convergências entre os litigantes, e mesmo, formular alternativas de solução. Para Silva (op.cit., p.290), “quem conduz o método deve compreender o

conflito, até, para adequar as diversas técnicas possíveis à melhor resolução da contenda, gerando verdadeira pacificação”.

Percebe-se, claramente, que nestas hipóteses ocorre uma mistura entre as técnicas conciliatórias e de mediação, o que se dá, pela busca de transformação do conflito a partir da priorização dos elementos relacionais.

No outro extremo, quando a questão cinge-se às relações consumeristas, o que se percebe é que parece haver uma consciência prévia de que a audiência não será profícua, assim, não há interesse em se aprofundar na análise da questão naquele momento processual, conseqüentemente, a participação do conciliador restringe-se a perguntar a parte ré se tem alguma proposta de acordo. Observa-se ainda, que, ante a manifestação de não haver propostas, não se faz nenhum tipo de inquirição sobre os motivos da ausência de proposta ou mesmo qualquer tentativa de convencimento para a formulação de uma proposta argumentando as vantagens de se obter uma solução consensual.

Nesses casos, o condutor da audiência parece nortear-se pela experiência prática, ao identificar a presença de determinados atores no processo, “desiste” da tentativa de conciliação, informalmente, chegam inclusive a comentar que sabem que estas empresas nunca fazem acordos. Assim, estranha-se o fato de continuar designando audiências, cuja única finalidade real é tentar uma conciliação, envolvendo estes atores, mesmo, que se saiba, de antemão, que estes demonstram recalcitrâncias às composições amigáveis.

Corroborando esta percepção, e a evidenciar a impotência do conciliador no trato desta questão específica, ante o fato de não haver sequer como iniciar um processo argumentativo a fim de estimular a conciliação, das 33 audiências efetivamente realizadas, apenas em 06 casos, a audiência teve seguimento com alguma tentativa de convencimento das partes sobre a conveniência de uma solução consensual, sendo a possibilidade da perda da ação o argumento mais utilizado, com 05 ocorrências, no restante dos casos, os argumentos para tentativa de convencimento das partes, sequer foram iniciados em razão da manifestação inicial de que não haveria proposta para acordo.

Há uma convergência doutrinária sobre a importância da formação do conciliador como um dos elementos determinantes para o êxito da audiência conciliatória. Ponto de referência sobre o tema é a Resolução 125 do CNJ, ao estabelecer exigências mínimas para a formação de conciliadores e mediadores,

indo além dos cursos teóricos, para, inclusive, realizar exercícios de simulações de audiências e estágios supervisionados, cursos de reciclagens e aperfeiçoamento permanente, levando a uma conseqüente profissionalização da atividade.⁶⁴

Este investimento no aperfeiçoamento da prática e na figura do conciliador, não deve descuidar dos principais sujeitos do processo, que são as partes, deve se ter em mente, que deve ser em razão e dos proveitos das partes que os atos realizados em uma relação jurídica se justificam. Assim, ainda que sejam louváveis os investimentos na formação do conciliador, se as partes não estiverem dispostas a desempenhar o papel que lhes cabe na construção do consenso, de nada valerá a formação do conciliador.

Nas audiências observadas, ainda que o conciliador possuísse um amplo conhecimento do conflito, externasse uma atitude proativa, disposto a utilizar uma variedade de argumentos e considerações a fim de convencer as partes sobre a conveniência da composição amigável, a falta de disponibilidade das partes em iniciar qualquer tratativa impossibilitaria a sua atuação.

Ainda dentro desta perspectiva, nos casos onde foi possível manejar alguma argumentação, esta, acabou se revelando, de certo modo, apenas no sentido de tentar “amedrontar” as partes com a possibilidade do não reconhecimento do direito, o que parece fugir a um ideal de adesão a solução consensual como uma manifestação livre e espontânea das partes.

Ainda, que se admita uma atuação mais incisiva e persistente do conciliador na busca do convencimento das partes sobre os ganhos da composição, o uso de argumentos que incitam o temor das partes, é uma forma de pressão e intimidação inadequada para a obtenção do consenso. Em um modelo ideal de aplicação dos métodos autocompositivos, as partes, livremente e em razão do diálogo estabelecido, encontram um ponto de convergência que justificam a realização do acordo. A Resolução 125 do CNJ também aborda a questão ao estabelecer no paragrafo 2º do Art.3º do Anexo III a seguinte recomendação;

⁶⁴ CNJ. Res.125/2010. Art.º 12- § 2º - Todos os conciliadores, mediadores e outros especialistas em métodos consensuais de solução de conflitos deverão submeter-se a reciclagem permanente e à avaliação do usuário.

- § 3º Os cursos de capacitação, treinamento e aperfeiçoamento de mediadores e conciliadores deverão observar o conteúdo programático e carga horária mínima estabelecida pelo CNJ (Anexo I) e deverão ser seguidos necessariamente de estágio supervisionado.

Autonomia da Vontade- deve se respeitar os diferentes pontos de vista dos envolvidos, assegurando-lhes que cheguem a uma decisão voluntária e não coercitiva, com liberdade para tomar as próprias decisões durante ou ao final do processo, podendo inclusive interrompê-los a qualquer momento.

Juliana Demarchi (2007) adverte que as partes devem sentir confiança no Poder Judiciário e nos métodos apresentados pela instituição para a solução dos conflitos, sendo a persuasão utilizada pelo conciliador para a obtenção do consenso, adstrita às vantagens intrínsecas para as partes que a conciliação possui, e não enxergar a tentativa de conciliação como uma ameaça a sua posição no litígio.

Nos casos em estudo, ao mencionar a possibilidade de não reconhecimento do direito, em que pese tratar-se de uma hipótese concreta e natural em uma discussão jurídica, o conciliador, faz com que, o sentido de uma busca de soluções mutuamente vantajosas seja substituído pelo temor e pode gerar a falsa percepção de que a não aceitação do acordo implicará em consequências danosas ao litigante recalcitrante.

Aprioristicamente, uma das motivações do presente estudo era identificar nas audiências conciliatórias, eventuais indícios de pressões desmedidas, intimidações ou outras práticas que pudessem estar a deslegitimar a utilização do instituto, principalmente, em razão de uma crescente cobrança por apresentação de resultados e atingimento de metas de soluções de caso e diminuição dos estoques de processos.

Contudo, as observações realizadas indicam que, particularmente, no tocante às audiências conciliatórias realizadas no âmbito das varas cíveis e conduzidas por magistrados, a dinâmica sumariamente apresentada neste estudo, não propicia uma pressão que possa se considerar desmedida, muito em razão, do comportamento das partes, a seguir delineados.

A análise sobre o nível de participação dos autores é réus nas audiências observadas seguem um padrão semelhante aos fenômenos já analisados, reitera-se, que foram atribuídas notas apenas para os partícipes de audiências onde estavam presentes tanto o autor como o réu, em um total de 33 casos.

Atribuiu-se notas que variavam de 1 a 5, sendo a nota 1 atribuída quando se considerou um nível muitíssimo baixo de participação, caracterizada, pela ausência de qualquer manifestação concreta na direção de iniciar qualquer diálogo com a parte adversa ou com o conciliador com vista à busca de uma composição. No outro

extremo, a nota 5 foi reservada para as hipóteses de uma participação muito ativa, conforme delineado na sessão alusiva às explicações apresentadas sobre a metodologia da observação.

A média geral obtida em razão do nível de participação do autor na audiência atingiu o número de 1,84. Porém, quando é feita a mensuração a partir do isolamento das audiências em razão da natureza dos conflitos apresentados, percebe-se, uma diferenciação dos comportamentos. Nos conflitos atinentes á relações pessoais, esta média chega a 4,33; nos conflitos envolvendo relações contratuais a média é 2,2; já nos conflitos envolvendo relações consumeristas esta média atinge apenas 1,33.

Se quando o conflito envolve relações pessoais é possível perceber uma participação realmente ativa do autor, esclarecendo dúvidas, questionando argumentos, fazendo proposições, etc., esta atividade diminui consideravelmente em razão dos conflitos contratuais, e praticamente inexistente quando o conflito é relativo a uma relação consumerista.

O que se observou, é que nas relações de consumo, na absoluta maioria dos casos, o autor é um mero expectador do que ocorre na audiência, não emite quaisquer manifestação sobre o litígio, ou sobre a forma ou expectativa que possui de como ele poderia ser resolvido.

Tal postura pode ser explicada como um reflexo do comportamento apresentado na audiência pela parte ré, não coincidentemente, as notas médias atribuídas ao nível de participação do réu são bem semelhantes e segue o mesmo padrão, a média geral foi de 1,75, considerando apenas as relações pessoais 3,66; nas relações contratuais 2,2; e considerando apenas as relações consumeristas 1,28.

Caracterizando este comportamento, observou-se que as audiências geralmente se iniciam com uma pergunta do magistrado direcionada a parte ré sobre se há alguma proposta de acordo, segue-se então, que em 26 das 33 audiências efetivamente realizadas, a participação do réu limitou-se a dizer “que não há propostas para acordo”. Por conseguinte, ante tal postura, limita-se consideravelmente o interesse de participação do autor, do mesmo modo como se obstrui a atuação do conciliador na forma já abordada anteriormente.

Decorrente deste aspecto questiona-se a configuração da teoria triangular referente á relação que se estabelece entre os sujeitos do processo, a doutrina

clássica, entende que existem posições jurídicas que interligam autor e juiz, réu e juiz, bem como autor e réu. Como menciona Vicente Grego Filho (2003, p. 56);

No direito processual brasileiro da atualidade, domina entre os principais doutrinadores o entendimento de que a relação jurídica processual é triangular, em virtude dos contatos diretos entre as partes, por exemplo, o acordo para a suspensão do processo ou a própria conciliação.

O autor supracitado alerta, ainda, usando esclarecimentos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, no sentido de, em que pese não existir maiores interesses teóricos ou práticos sobre esta definição, o que não se deve aceitar “é a visão do processo como algo linear entre autor e réu, desprezando a figura do juiz e, conseqüentemente, a concepção publicística do processo”.

De modo diverso, as audiências observadas mostram em sua ampla maioria que a relação processual que ocorre no momento da audiência, se assemelha mais com um modelo angular da relação jurídica processual, quer dizer, as relações se desenvolvem com interações isoladas entre autor-conciliador ou réu-conciliador, sendo que, autor e réu praticamente ignoram a presença um do outro.

A evidenciar esta situação, tem se, que, em apenas 05 das audiências observadas se constatou a ocorrência de uma reciprocidade discursiva, onde as partes dialogaram entre si e com o conciliador e apresentaram argumentos e proposições a fim de tratar diretamente do conflito estabelecido.

Dificulta-se assim, a construção de um ambiente de colaboração que se mostre propício para que seja estabelecida uma comunicação efetiva a fim de perseguir uma solução consensual para o conflito.

Como já destacado ao longo desta análise, esta percepção se acentua quando a análise recai em torno das observações realizadas em audiências envolvendo conflitos derivados de relações de consumo e onde estão presentes no polo passivo das demandas àqueles tidos como litigantes habituais.

Das 33 audiências realizadas, em 22 casos, estavam figurando no polo passivo um dos denominados grandes litigantes, discutindo relações consumeristas, sendo que, em 21 ocasiões estes se limitaram a expor, logo no início, que não haveria propostas para acordo, e em apenas um destes casos foi apresentado uma proposta para acordo.

Este mostrou ser um dos aspectos de maior relevância para a proficuidade do procedimento, as aspirações e objetivos destes sujeitos processuais, parecem não se coadunar com a concepção idealizada na formatação deste método de resolução de conflitos neste estágio processual.

Seguindo um plano organizacional interno, que desconsidera os objetivos e propósitos das práticas conciliatórias, os grandes e habituais litigantes, comumente, participam apenas de maneira formal das audiências de tentativas de conciliação, em regra, se fazem representar por profissionais contratados exclusivamente para este fim, que não tiveram contato algum com a essência do conflito, portanto, se mostram incapazes de acrescentar qualquer informação ou esclarecimento que possa iluminar a discussão posta, e, de modo explícito, manifestam, não possuir nenhum tipo de interesse ou autonomia para a busca do consenso.

Ainda que não tenha sido objeto da observação, faz se o registro, de que, em conversas informais, mantidas com as partes autoras, em ocasiões eventuais, ou seja, nos corredores, elevadores do fórum etc., após o término das audiências, foi possível notar, que, em muitos casos a maior frustração da parte autora, se dá, menos pela ausência de proposta da parte ré, e mais pela falta de apresentação de qualquer esclarecimento, justificativa, ou como dito, por uma destas pessoas, pela incapacidade dos representantes do réu em apresentar um simples “*pedido de desculpas*” pelos contratempos ocasionados.

Assim as estratégias mantidas por esses litigantes deslegitimam e produzem um sentimento de descrédito na eficácia do procedimento, que passa a ser visto apenas como um estorvo às partes.

Para o litigante eventual este embaraço é mais sentido, em razão dos custos com profissionais, despesas de deslocamentos, alimentação, e demais contratempos, como por exemplo, desperdício de tempo que poderia ser destinado ao trabalho, lazer ou descanso, há ainda, um desgaste emocional que pessoas pouco afeitas ao ambiente judicial sentem ao ter que participar de uma audiência judicial.

Por certo, o litigante habitual, padece menos destas agruras, principalmente, naquilo que se refere aos custos da litigância, em razão do barateamento da “mão

de obra” que conseguem em virtude da atuação em escala dos profissionais contratados apenas para fazer se presentes nas audiências.^{65, 66}

5.3.3 Análise em torno dos resultados apresentados pelas audiências conciliatórias

As análises apresentadas já indicam o resultado final da mensuração feita á respeito dos números de acordos realizados nas audiências observadas. Das 42 audiências de conciliação designadas, apenas em 03 oportunidades foram obtidas uma solução consensual, o que representa um percentual de 7,14%. Adverte-se que faz se a mensuração com base no total de audiências designadas, por entender, que, àquelas onde a tentativa de conciliação ficou impossibilitada pela ausência de uma das partes, já sinaliza um desinteresse na composição amigável. Ainda que se desconsiderassem essas as audiências, projetando o resultado apenas em torno das audiências com participação de ambas as partes, não haveria uma mudança substancial nos resultados auferidos, que passariam a ser em termos percentuais de 9,09%.

Registre-se que, houve uma divisão linear em face da natureza dos conflitos em razão dos números de acordos realizados, cada um das situações previstas, relações pessoais, contratos e relações de consumo, contribuindo com um acordo cada. Porém, ao projetar o aproveitamento das audiências em termos percentuais em face da natureza dos conflitos, tem-se que, (i) nas relações processuais o índice é de 33,33%%, com um acordo em três tentativas de conciliação, (ii) nas relações contratuais o índice é de 9,09%%, com um acordo em onze tentativas; (iii) e nas relações consumeristas, o índice é de 3,5%, com um acordo celebrado para 28 audiências conciliatórias designadas.

Ao fazer um recorte para analisar a proficuidade das audiências conciliatórias considerando a presença no polo passivo da figura um dos chamados “litigantes habituais”, constatou-se que não se obteve uma composição em nenhuma das ocorrências.

⁶⁵ Cf. Fabrizio Rodrigues Ferreira (2011), a atividade do advogado tem sido subjugada através de terceirizações diretas ou indiretas por atitudes e compleições de um mercado dominado pelo poderio econômico.

⁶⁶ “A edição da revista EXAME de 04/2011, apresenta a matéria “A salsicharia do direito”, onde relata a configuração de uma prestação de serviços advocatícios para os litígios de massa com “baixo custo”, onde cada processo custa ao contratante cerca de R\$ 100,00, realizada por uns dos maiores escritórios de advocacia do país, e que possuía sob sua condução em 2011 um total de 230.000 processos.

Ainda que deva se relativizar os resultados da pesquisa realizada, em razão da sua abrangência limitada, os números indicam claramente, que, para certos tipos de conflitos, e quando presentes, certos tipos de atores na relação processual, as tentativas conciliatórias parecem se mostrar como instrumentos completamente inócuos.

Uma questão interessante que merece destaque e reflexão é compreender, as razões que fazem com que estes litigantes habituais que se mostram resistentes a qualquer iniciativa conciliatória nas audiências consideradas “regulares”, no sentido, de serem atos praticados no desenvolvimento natural do processo, mudam completamente de postura quando presentes nos mutirões de conciliação promovidos pelo poder judiciário.

Como já destacado neste estudo, o Relatório Anual de Gestão do Tribunal de Justiça da Paraíba, instrumento que mede em termos estatísticos o desempenho dos mutirões promovidos pelo judiciário daquele Estado, mostra que, as audiências promovidas pelas Centrais de Conciliação e que reúnem os conflitos de massa relacionados com as empresas catalogadas como litigantes habituais alcançam índice de composição de cerca de 80% dos casos.⁶⁷

Aproveitamento semelhante é apresentado pelos mutirões promovidos pelas Centrais e Câmaras de Conciliação, Mediação e Arbitragem do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.⁶⁸

Assim tem se a situação de que, aquela mesma empresa que mostrou completo desprezo pela prática conciliatória, na forma amplamente abordada neste estudo, no ambiente dos mutirões, passa a adotar uma postura de colaboração que resulta em uma grande quantidade de acordos realizados, gerando dados e estatísticas que acabam se transformando no principal sustentáculo e fonte de parametrização para a utilização desse método de solução do conflitos.

Os mutirões promovidos pelos tribunais de justiça são uma resposta de cunho gerencial que visam conferir um tratamento diferencial aos litígios de massa envolvendo os litigantes habituais. Conforme explica Kazuo Watanabe (2007), este tratamento gerencial se dá no propósito de que, a partir da identificação das questões relevantes da demanda e suas similitudes, possa o órgão judicante, traçar um planejamento da condução do processo com vista a melhor utilização do tempo

⁶⁷ Cf. já citados anexos nº 5/7.

⁶⁸ Cf. anexo nº 10.

e dos recursos do aparelho judicial. Natural assim, que conte com as estruturas das Centrais de Conciliação para absorver este contingente de demandas.

Ainda na órbita dos mutirões de conciliação, a utilização de pautas concentradas, facilita um entendimento prévio com os grandes litigantes, que vai desde, a desnecessidade das expedições de várias intimações, já que, com um único procedimento, previamente ajustado, é possível programar e convocá-lo para diversas audiências, é possível ainda, definir previamente, uma postura dos representantes da empresa que facilitem a negociação e aumente as chances de uma composição. Idealiza-se também, que esta reunião de atos processuais, possibilitam um maior entendimento das empresas sobre aspectos de suas atividades que são os responsáveis pelo número significativo de processos à que estão submetidas, permitindo assim, que realizem uma análise preventiva com vista a diminuir este passivo.

Toda essa movimentação é feita em consonância com a Resolução 125 do CNJ, que, em seu art. 6º, incisos VII E VIII ⁶⁹, prevê a propagação das práticas autocompositivas juntos a estes litigantes habituais no afã de estimulá-los a uma participação efetiva que resulte em acordos firmados.

Maria Cecília de Araújo Asperti, em sua tese de doutorado apresentada ao programa de pós- graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo no ano de 2014, faz advertência sobre eventuais riscos que esta formulação de programas específicos direcionadas para resolver conflitos envolvendo esses litigantes habituais, limite-se a uma visão funcional que se apresente mais úteis às estruturas judiciárias. Para a autora, este tratamento massificado em que pese favoreça uma transação, pode aumentar uma vantagem comparativa na relação processual dos litigantes habituais, a autora apresenta um quadro enumerando algumas das vantagens que o litigante habitual possui;

- (i) Acúmulo de inteligência e *expertise* para atuar preventivamente, estruturando melhor suas operações e seus contratos, por litigarem com frequência;
- (ii) Mais fácil acesso a especialistas e mais possibilidades de realização de economia em escala;

⁶⁹ Res.125 CNJ Art. 6º {...} - VII - realizar gestão junto às empresas, públicas e privadas, bem como junto às agências reguladoras de serviços públicos, a fim de implementar práticas autocompositivas e desenvolver acompanhamento estatístico, com a instituição de banco de dados para visualização de resultados, conferindo selo de qualidade;

VIII - atuar junto aos entes públicos e grandes litigantes de modo a estimular a autocomposição.

- (iii) Mais chances de se engajarem em relações informais com agentes institucionais que poderão lhes render vantagens no acesso e na tramitação burocrática dessas instituições (e.g. cartorários, escreventes, etc.);
- (iv) Interesse em manter uma reputação de negociador como forma de reafirmar sua posição no processo de negociação, ao contrário do litigante ocasional, que não tem uma reputação a manter (dado que não se envolve nesse tipo de disputa com frequência) e que mais dificilmente se compromete a negociar;
- (v) Possibilidade de assumir riscos. Quanto maior for o risco para o litigante ocasional, mais provável que ele adote uma estratégia “*minimax*” (minimizar a probabilidade que envolva o maior risco). No entanto, como os riscos são relativamente menores para os litigantes repetitivos, eles podem adotar estratégias pensadas para maximização do ganho em escala na série de demandas (repetitivas) em que estão envolvidos;
- (vi) Possibilidade de abdicar de ganhos imediatos em favor de uma estratégia para instigar mudanças legislativas, possuindo interesses e recursos para influenciar o processo legislativo (e.g. *lobby*); e.
- (vii) Possibilidade de atuar para mudar os precedentes jurisprudências buscando um resultado mais vantajoso em casos futuros, ainda que isso implique uma perda de possíveis ganhos imediatos (ASPERTI, 2014, p.39).

A autora frisa o receio que a proximidade das relações mantidas com o judiciário por advogados e prepostos dos litigantes habituais, que estão presentes no dia a dia do fórum, mantendo contatos e estreitando relações com servidores, possa comprometer a neutralidade na atuação jurisdicional, situação que poderia acabar revertendo em uma pressão adicional para os litigantes ocasionais que se encontram em uma posição mais fragilizada, em razão dos fatores acima elencados. Reforçando essa possibilidade, estaria a pressão que os próprios órgãos judicantes recebem por órgãos de controle, como por exemplo, do CNJ, para o atingimento de metas e a apresentação de resultados.

Nesta configuração, as soluções consensuais obtidas nas audiências conciliatórias realizadas no âmbito dos mutirões de conciliação, principalmente, quando envolvem o tipo de conflito (relação de consumo) e os litigantes, que preponderaram nas observações realizadas no presente estudo, seriam resultado não de uma transação ocorrida entre as partes, e sim, se aproximariam, de fato, em uma renúncia unilateral de direitos feita pela parte mais frágil da relação processual.

Na distinção feita por Ricardo S. Sterci, (op.cit. p.07), somente pode se falar em transação quando, cada uma das partes, cede um pouco em sua posição em favor do entendimento. Para o autor; “É da essência da transação a concessão recíproca de vantagens e a assunção de ônus. Não existe transação sem que algo

seja concedido pelas partes envolvidas. Caso não haja concessão estaremos diante de manifestações unilaterais”.

Nos convênios realizados pelas estruturas conciliatórias do judiciário junto ao litigante habitual, é comum, que esse litigante habitual relacione os processos e quais as discussões que considera propícia para uma composição e que devam ser encaminhadas para as tentativas conciliatórias. Essa escolha recai, principalmente, em casos, onde a perspectiva de êxito de sua tese defensiva é praticamente inexistente, como por exemplo, ações indenizatórias com teses consolidadas a respeito de sua responsabilização.⁷⁰

De modo diverso, excluem-se os casos que se mostrem possíveis trabalhar teses defensivas com vista à criação de precedentes favoráveis, ou mesmo, como estratégia para evitar a proliferação de demandas a partir da captação de clientes feitas por advogados estimulados pela perspectiva de um acordo.

Assim, aduz se que, a rigor, esse litigante habitual não faz qualquer concessão para a realização do acordo, por amplo conhecimento que possui da jurisprudência, sabe previamente os ônus que irá suportar com o término do processo através de uma decisão adjudicada, de forma que, os valores despendidos nas composições realizadas nas demandas selecionadas para a conciliação, representam mais um ganho financeiro e não uma concessão legítima de sua parte em favor do entendimento.

De forma diversa, pode se alegar que o acordo formulado neste instante, representa uma concessão, em razão de, por exemplo, a empresa antecipar, ainda que em escala menor, uma reparação que poderia ser feita adiante, em um tempo indeterminado.

A questão remonta aos aspectos principiológicos dos métodos autocompositivos naquilo que alude a legítima manifestação de vontade das partes, para André Gomma Azevedo (2012, p. 235), a autonomia de vontades está intrinsecamente relacionada com “a plena consciência das partes quanto aos seus direitos e a realidade fática na qual se encontram”, somente sendo legítima a autocomposição decorrente de uma renúncia, se as partes tiverem plena consciência do direito subjetivo que possui. Dentre estes direitos, está o de

⁷⁰ Por exemplo, ações derivadas de fraudes realizadas no âmbito das operações bancárias, cujo entendimento sobre a responsabilidade objetiva das instituições financeiras encontra-se sedimentado pela súmula 479 do STJ.

perseguir uma declaração judicial que ateste a ilegalidade da conduta da parte adversa.

Assim, argumentos utilizados que mascaram a verdadeira posição jurídica da parte, como por exemplo, a incerteza do teor da decisão, que foi o argumento mais utilizado nas audiências observadas, ocasionam uma distorção de sua percepção dificultando um posicionamento legítimo na defesa de seus interesses.

Ainda, nesta linha de pensamento, mesmo se a parte renunciante possuísse um entendimento amplo de sua posição jurídica, com real conhecimento das probabilidades de seu direito, e optasse pela transação em razão do fator tempo necessário para se chegar a uma solução definitiva, estaria se configurando uma vantagem processual indevida para o litigante habitual, que se favoreceria em razão das dificuldades do próprio sistema jurídico naquilo que atine a morosidade do sistema, surgidas em boa medida, por sua própria conduta.

A pesquisa empírica realizada e os dados coletados em fontes diversas indicam uma movimentação de determinados atores dos processos judiciais pautadas por estratégias organizacionais internas e que visam resguardar os interesses próprios e específicos. É de se ponderar, que, em se tratando, da administração de negócios privados, possa se compreender a preocupação exclusiva destes atores em otimizar os resultados e os ganhos que possam advir de suas movimentações jurídicas. Com base neste diagnóstico, ganha relevo a percepção da necessidade do aparato judicial também adotar estratégias gerenciais e processuais específicas a fim de contrapor às condutas adotadas por estes atores.

Nesta direção, o trabalho sobre governança judicial desenvolvida por Fábio Peixinho Gomes Corrêa (2008) faz sugestões no sentido de estimular as partes para a composição, a partir da imposição de sanções para à parte que resistir injustificadamente a celebração do acordo. No modelo sugerido, tanto a ausência de apresentação de uma proposta plausível, como ocorreu na absoluta maioria dos casos observados, como a recusa injustificada á esta proposta, seriam consideradas no momento de julgamento da demanda, seja por fundamento em uma litigância de má-fé, seja por meios das regras de despesas processuais, como por exemplo, na estipulação das sucumbências, ou ainda, poder-se-ia acrescer, na própria mensuração do valor em casos de reparações pecuniárias.

Por fim, como destacado no capítulo I deste estudo, o papel da jurisdição no Estado contemporâneo, e a adequação da atividade jurisdicional não deve ser

medida apenas pela sua eficiência no que refere se à disponibilidade de mecanismos institucionais para a solução de conflitos de interesses e os resultados obtidos por estes mecanismos. É preciso, ainda, que atente se para as repercussões político-sociais das soluções apresentadas aos conflitos que lidam com questões de amplo alcance social.

Sobre o uso dos métodos autocompositivos, Owen Fiss (2004) faz críticas a promoção de acordos pelo judiciário, aduzindo que, acabam impedindo a apreciação judicial de situações que afetam interesses públicos, e, que, o não enfrentamento destas questões podem gerar mais danos que benefícios a sociedade e ao próprio sistema de justiça.

Argumenta ainda, que é função estatal explicar e conferir força aos valores e preceitos instituídos constitucionalmente e a jurisdição não pode se resumir a um mero instrumento com vista á maximizar os interesses de particulares.

Seguindo nesta linha, José Ignácio Botelho de Mesquita (2005, p.296), aduz que o incentivo a autocomposição pode ser; “(...) um poderoso estímulo ao descumprimento das obrigações e, portanto, à criação de litígios onde, não fora isso, maiores seriam as probabilidades de adesão ao império da lei”.

Nesta perspectiva, até mesmo, o aferimento de ganhos em razão de um gerenciamento funcional do aparato judicial, com vista à diminuição do estoque de demandas por meio das práticas conciliatórias, estaria prejudicado, pela subsequente proliferação de demandas pelas mesmas causas, cujo objeto fáticos e jurídicos não foram devidamente enfrentados.

Mesmo reconhecendo os méritos e vantagens das práticas conciliatórias, comumente propagada pela doutrina, os dados coletados na presente pesquisa parecem indicar, que o seu uso no modelo processual vigente, está sendo impactada pela atuação estratégica de alguns poucos atores processuais, e o anseio por resultados, incentivam uma estruturação de mecanismos de respostas á conflitos, que, por sua natureza, associada pela conduta adotada pelos litigantes nestes casos específicos, exigem outro tipo de tratamento.

5.4 Considerações Sobre a Adequação do Método

Antes de adentrar especificamente nas considerações a respeito da confirmação da hipótese estabelecida na parte introdutória do presente trabalho,

considera-se pertinente reiterar algumas definições sobre o conceito de adequação da prestação jurisdicional e do uso dos métodos alternativos empregadas no presente estudo.

O caráter instrumental do processo, voltado para a realização material do direito discutido no caso concreto, é usado para reforçar os argumentos que relacionam a adequação da atividade jurisdicional a um critério que considera apenas os aspectos da correlação de maiores resultados com menores custos.

Outra vertente adota as premissas que correlacionam esta adequação aos aspectos qualitativos mensurados pela capacidade da resposta oferecida pela jurisdição de produzir uma pacificação efetiva a partir de um ideal de justiça.

Érica Barbosa Silva (op. cit., 2014) distingue esses dois movimentos em argumentos de produção, definidos pela estruturação eficientista, que se preocupa com uma prestação jurisdicional mais rápida e barata, e em argumentos de qualidade, que destaca os benefícios de soluções que sejam capazes de integrar a satisfação das partes e do Estado na construção de uma pacificação efetiva.

Assim, a resposta conclusiva à questão sobre a adequação da conciliação judicial no modo utilizado pelo sistema processual vigente, deve considerar os aspectos acima mencionados e buscar meios de conectar a complexa discussão produtividade e qualidade, a fim de possibilitar alguma objetividade à resposta.

Adverte-se que não é pretensão deste estudo avançar sobre qualquer concepção de valor idealizado sobre a realização de justiça ou sobre o que seria uma verdadeira pacificação social, o foco da pesquisa foi direcionada a realização de uma análise objetiva, a partir de elementos captados pela observação empírica sobre o desenvolvimento das práticas conciliatórias no dia a dia forense.

Assim, a pretensão da pesquisa foi direcionada, com base nas observações dos fenômenos na forma como eles realmente se manifestam, para captar indicações de comportamentos e padrões de conduta e a partir destas indicações, formular, inferências a respeito da adequação da técnica conciliatória como forma de prestação jurisdicional.

No que tange às práticas conciliatórias, Ada Pellegrini Grinover (2007) descreve os fundamentos da justiça conciliativa estabelecendo três diretrizes básicas para estabelecer um conceito de adequação do método; (i) o fundamento funcional, ligado a racionalização na distribuição da justiça pautada pelo “eficientismo”; (ii) o fundamento político, alusivo ao princípio participativo; (iii) e o

fundamento social, referindo a uma pacificação sociológica, mais ampla do que aquela que surgiu do processo e projetada para prevenir tensões futuras. A autora destaca, ainda, que os fundamentos acima listados não são excludentes, ao contrário, são complementares.

Assim, reconhece-se a possibilidade do sistema de justiça em desenvolver técnicas próprias para a solução de conflitos formatada a partir do critério de eficiência funcional. No entanto, para a adequação dos procedimentos utilizados pela jurisdição, deve ser considerada, também, a presença dos seus fundamentos sociais e políticos.

Estabelecida esta premissa, faz-se a análise conclusiva da adequação do método sobrepondo os dados levantados pela pesquisa às perspectivas fundamentais delineadas na forma acima exposta. Para facilitar a compreensão, os fundamentos e os dados que indicam a sua configuração são apresentados isoladamente, muito embora, verifique-se, haver uma conexão entre os fenômenos observados e fundamentos distintos.

(i) Inicia-se com a verificação da presença do fundamento político

Movimentos de estímulos ao emprego de métodos consensuais de solução de conflitos destacam a necessidade de incorporar ao sistema de justiça os valores próprios de uma democracia participativa, com o empoderamento e autodeterminação da sociedade no resgate da sua responsabilidade pela resolução dos conflitos. Por esta perspectiva, os métodos consensuais, de uma forma geral, auxiliariam um maior envolvimento e participação dos cidadãos na formatação dos serviços jurídicos prestados pelo Estado e na forma como seus conflitos serão resolvidos.

Contudo, os dados coletados indicam ainda não existir no seio social uma percepção precisa a respeito destas iniciativas e de sua importância. Ao observar o comportamento das partes nas audiências conciliatórias o elemento que sobressai é a sua passividade, na maioria absoluta dos casos, a única manifestação realizada pelas partes se dão em razão dos cumprimentos e das identificações protocolares, não sendo sequer iniciada qualquer discussão específica sobre o conflito ou da forma de solucioná-lo. De modo geral, principalmente, nos conflitos que colocaram de um lado, um litigante ocasional e de outro, uma grande empresa, esse litigante

ocasional, foi apenas um mero expectador do que ocorreu na audiência, demonstrando, inclusive, algum desconforto por sua presença naquele ambiente.

Como destacado, é muito provável, que este comportamento esteja atrelado à conduta adotada pela parte adversa, ao já de início, manifestar seu desinteresse na composição amigável. Ainda que considere se esta conduta como um mero reflexo do posicionamento estratégico em termos processuais, adotado por esses grandes litigantes, ao optar por negar autonomia para a negociação aos seus representantes, merece destaque, a percepção da falta de um mínimo de conhecimento e interesse sobre o conflito apresentado por prepostos e advogados.

Ressalta-se, a discrepância que se observou no comportamento das partes a depender da natureza do conflito apresentado (nos conflitos advindos de relações pessoais a média atribuída ao nível de participação dos atores processuais esteve sempre na órbita do nível 4, ao passo, que, nas relações consumeristas esta média girou pouco acima do nível 1) a denotar que, nas relações pessoais, quando presente alguma perspectiva de uma relação continuada e há uma paridade entre os atores processuais, as partes mostram se mais suscetíveis a estabelecer uma comunicação em busca de um entendimento. Isto decorre em grande medida pela atuação do terceiro facilitador e de suas habilidades em transformar o conflito, explicando assim, a alta proficuidade dos procedimentos de mediação envolvendo casos de famílias, vizinhos, etc.

Noutra direção, nas relações negociais, e principalmente, nas relações de consumo, esta colaboração inexistente, limitando inclusive o papel do conciliador, que fica sem opção de atuação ante a manifestação sobre a impossibilidade de acordo.

Ainda que possa considerar que o não participar efetivamente da construção da solução do conflito, já configura, em si, uma manifestação de autonomia das partes, e o simples fato de ter se colocado à disposição das partes esta possibilidade de decidir, já atenda aos anseios de instituição de uma participação democrática na esfera da justiça, a percepção captada empiricamente, sinaliza que a questão parece estar mais voltada para o fato de que, concretamente, o modelo de conciliação utilizado pelo sistema de justiça acaba por gerar uma impotência nas partes para estabelecer por conta própria a concórdia.

A fim de dar concretude a assertiva feita, usa-se como parâmetro, as eleições diretas para escolha de representantes políticos, que são normalmente referenciadas, como um exemplo de participação democrática, o fato de todos

serem obrigados a participar dessas escolhas, não significa necessariamente o exercício de uma real participação democrática, em razão de eventuais vícios no processo de conscientização do eleitor que comprometem a sua livre escolha. Da mesma forma, pode estar a ocorrer com os partícipes de uma audiência conciliatória, pois, sem estar devidamente preparado ou possuir reais condições de intervir no andamento e no resultado desta audiência, enxerga sua participação como uma mera formalidade, à qual é submetido, na maioria das vezes a contragosto.

A sensação de estar apenas participando da realização de um procedimento formal, que se distanciam das expectativas idealizadas e propagadas pelo próprio sistema de justiça, em torno da importância da sua participação e do incentivo para a busca de um entendimento, reforça um sentimento de desconfiança, que atinge, principalmente, o litigante ocasional, exatamente, àquele que se clama por uma maior interação com o sistema, fazendo com que, inversamente ao pretendido, fomentem-se um descrédito no sistema de justiça.

É preciso reconhecer, que as idealizações e mudanças conceituais necessitam de um tempo de maturação e vão se incorporando gradativamente ao ambiente, assim, o conceito idealizado naquilo que se refere ao desenvolvimento de uma cidadania participativa na esfera jurídica pode estar apenas em seu limiar e seja preciso persistir em sua busca, contudo, para aquilo que é o propósito do presente estudo, é possível inferir, com base nos dados coletados empiricamente, que sobre este prisma específico, é possível constatar uma indicação para uma não adequação da conciliação judicial na forma desenvolvida pelo modelo processual vigente, em razão de, em sua utilização prática, não atender aos requisitos do fundamento político.

- (ii) O segundo objeto de verificação nas práticas conciliatórias investigadas é o fundamento social.

Por fundamento social compreende-se que não basta a solução do conflito, é preciso ainda, que esta se resolva através de uma composição justa, para Candido Rangel Dinamarco (op. cit., 2009), o emprego da adjetivação justa, revela uma preocupação ética pelos “*resultados*” do processo. Assim, a finalidade da função jurisdicional não é única, no sentido de, unicamente extirpar o litígio do plano social.

Há outros resultados que são perseguidos pelo processo, derivados, especialmente, pelo interesse público em assegurar a paz social.

Neste desiderato de pacificação social, atribui-se aos métodos conciliatórios uma maior possibilidade de concretização deste objetivo, por se tratar-se de soluções construídas consensualmente e trazerem a chance de dar tratamento a uma lide sociológica que reverbera para fora do processo. Se a solução adjudicada fica restrita ao objeto delimitado pelo processo e provoca insatisfações e resistências, aduz-se, que, através da conciliação é possível estabelecer soluções que favoreçam a reflexão de valores, representando uma mudança de postura verdadeira que pode vir a beneficiar toda a sociedade com a prevenção de novos conflitos.

Do ponto de vista prático, observou-se alguns elementos que indicam um comprometimento do ideal perseguido. Frise-se, que, ante a complexidade das definições sobre pacificação social, satisfação das partes, e qualidade de justiça, é difícil realizar uma mensuração concreta sobre estes elementos, assim, é que parte-se de sinalizações. A primeira delas refere-se à ausência de participação das partes na forma delineada quando das considerações sobre os fundamentos políticos. Por óbvio, se sequer houve discussão sobre o conflito e sobre a possibilidade de resolvê-lo de modo consensual, por conseguinte, a audiência conciliatória não gerou qualquer entendimento que atendesse algum anseio de pacificação social. Ao contrário, além da persistência do conflito, é muito possível, que este fora recrudescido pela ineficácia do ato processual e pela postura adotada pelos litigantes.

A segunda sinalização refere-se a uma idealização de atos processuais que favoreçam a uma transformação de condutas com uma atuação prospectiva voltada para prevenir litígios futuros. Nessa perspectiva, o objetivo pacificador, também é alcançado em decorrência do incentivo para o estabelecimento de novas relações sociais e de um novo modo de agir.

Contudo, o conjunto dos dados coletados, mostram que, uma classe específica de litigantes, justamente os que ocupam mais intensamente o aparato judicial e que estiveram figurando em cerca de 70% das audiências observadas, são os mesmos, que ano após ano, figuram no rol dos maiores litigantes do país. As pesquisas realizadas por Maria Cecília Asperti, Leslie Shériida Ferraz, citadas ao longo deste trabalho, confirmam esta realidade, assim como, o fato de serem estes

atores processuais os responsáveis pela profusão de demandas repetitivas, propostas a fim de discutir os mesmos eventos fáticos e com supedâneo em teses jurídicas já consolidadas.

De forma sucinta, pode se afirmar que a base da atuação estatal esta na normatização do comportamento humano, disciplinando a vida social com normas gerais, que criam expectativas de condutas e a convicção, de que, uma vez violadas estas normas, haverá a imposição da lei e a manutenção da ordem a fim de assegurar a paz social.

Assim, ainda que se tolere como inevitável a existência dos conflitos de interesses ante a complexidade das relações sociais, as reincidências das violações de conduta, geram um questionamento sobre a eficácia normativa e os meios utilizados para a manutenção da ordem, gerando um sentimento de insegurança na sociedade.

Abordando especificamente os casos que preponderaram nas observações realizadas, os conflitos derivados de relações consumeristas, a postura adotada por estes litigantes, denotam em certa medida uma falta de compromisso com o ordenamento jurídico, além de um desprezo para com a pessoa do consumidor, ao trata-lo como um mero objeto, ou como destacava a filosofia clássica, um mero instrumento para o alcance de outros fins.

No aspecto jurídico, parece haver uma certeza de que sua postura não alterará sua situação jurídica, ao contrário, pode até lhe render ganhos, e no aspecto comercial, que poderia ser a forma ideal de resposta do consumidor pela má conduta, a dependência e a padronização dos serviços ou produtos prestados, asseguram-lhe de que não restará alternativa a não ser a submissão a uma atuação padronizada.

Assim, parece inexistir qualquer efeito pedagógico, seja nas soluções adjudicadas, e mesmo nas conciliatórias que possam reverberar para eventos futuros a fim de prevenir a ocorrência de novos litígios e assim contribuir para a pacificação social. De forma diversa, a busca pelo judiciário e a forma como o conflito foi tratado alimenta um sentimento de frustração e indignação do jurisdicionado.

Desta forma, é forçoso reconhecer que também sobre o prisma dos fundamentos sociais há uma indicação no sentido da inadequação da maneira como esta sendo desenvolvida a conciliação judicial.

(iii) O Fundamento funcional é o último analisado.

Se os fundamentos políticos e sociais estão mais afeitos aos aspectos de qualidade do método conciliatório, o fundamento funcional se atém as questões de gestão da máquina judiciária. Este fundamento ganha relevo ante a demanda crescente por serviços jurídicos, a necessidade de redução dos estoques de processos e a necessidade da administração de recursos insuficientes. As dificuldades enfrentadas geram sugestões das mais diversas, como por exemplo, a delegação para administradores de empresas reconhecidos por sua capacitação profissional para administrar os tribunais.

A Resolução nº 70 editada pelo CNJ em 2009 conferiu destaque a eficiência operacional como um dos objetivos estratégicos do sistema de Justiça e deu suporte para a Resolução nº 125 do CNJ que entre outros fatores, credita aos métodos autocompositivos uma possibilidade concreta de prevenção de litígios e redução da judicialização dos conflitos de interesses.

O desenvolvimento de políticas estratégicas a fim de conferir eficiência operacional em razão do fundamento funcional, estabelece balizamentos em termos de produtividade, e, especificamente no tocante aos métodos autocompositivos aos aspectos quantitativos de aproveitamento dos atos processuais, mensurados a partir da quantidade de processos findos pela aplicação da técnica.

No caso das audiências observadas, das 42 audiências designadas, em apenas 03 ocasiões houve a composição que pôs fim a demanda, o que representa um aproveitamento em torno de 7%. Como já destacado, inclusive citando outros estudos que abordaram a temática, é uma opinião corrente no meio forense a pouca proficuidade destas tentativas conciliatórias⁷¹, restando, a constatação que o ato processual se revela como um desperdício de recursos, comprometendo, portanto, o critério de eficiência operacional que se pretende estimular.

É de se ponderar, no entanto, que o elemento de maior relevância para o presente estudo, é a verificação de uma discrepância comportamental na conduta de determinados litigantes em razão do momento processual e da forma como é realizada a tentativa de conciliação.

⁷¹ Cf. Estudos de Artur Stamford citado no capítulo IV.

O mesmo litigante que manifestava completo desinteresse no método nas audiências observadas, quando presente em mutirões conciliatórios propõe e obtém um percentual considerável de acordos.

Resumidamente, pode se justificar esta realidade pelo fato de que nos mutirões, parece ocorrer a situação descrita por Owen Fiss (op.cit., 2004), ao expor que os litigantes controlam o procedimento determinando as contingências da negociação aos seus interesses privados.

Assim, pode estar a ocorrer, que as empresas, grandes litigantes, deixem de realizar os acordos nas tentativas realizadas pelo magistrado na condução natural do processo, contando, que, no âmbito dos mutirões conseguirá uma composição mais favorável.

Outro ponto que merece destaque, é a presença constante destes litigantes no rol dos maiores litigantes do país, em razão de condutas questionadas e que dão azo as denominadas “demandas repetitivas”.

Dessa forma, a análise da conciliação judicial sobre o fundamento funcional conclui que, nas audiências ditas “ordinárias”, os resultados apresentados não justificam a designação do ato, desde que contenha esta finalidade única, daí, a preocupação com a instituição da audiência prévia instituída pelo novo sistema processual, que pode vir a se revestir de apenas mais um ato processual que ao contrário do esperado, retardará ainda mais a prestação jurisdicional. Ainda a contribuir para o insucesso da audiência conciliatória está a realização dos mutirões, que apesar de apresentar resultados expressivos, na maneira como é configurado, serve de estímulo para os grandes litigantes para uma não composição em um momento anterior do processo.

Por fim, como os acordos celebrados nesses mutirões se mostram incapazes de modificar as condutas causadoras do conflito, tem se uma proliferação da litigância, assim, se o sistema de Justiça gaba-se de ter encerrado um grande número de ações através da autocomposição, os fatores aqui elencados, podem estar a sinalizar, que, esta mesma postura contribui para a chegada constante de cada vez mais conflitos da mesma espécie ao judiciário.

Retratando esta realidade, a pesquisa empírica desenvolvida por Maria Cecília Asperti (op.cit., 2014, p.152) revela entrevista de magistrado realizada no âmbito da pesquisa, expondo que; “a transação nesses casos será apenas uma forma de enxugar o gelo”.

Infere-se assim, que também do ponto de vista do fundamento funcional há uma sinalização de que a forma como é empregada a conciliação judicial no modelo processual vigente é inadequada.

Para concluir o presente estudo, faz-se o registro que há demora na entrega da prestação jurisdicional é uma das mazelas que mais geram inquietação não só na comunidade jurídica, mas em toda a sociedade, justificando os esforços e iniciativas empreendidas para encontrar mecanismos que agilizem a atuação do Estado no seu desiderato de solucionar os litígios.

Contudo, não basta tão somente que o Estado resolva em tempo razoável o conflito, é preciso ainda, que esta solução se mostre como adequada aos atuais propósitos da atividade jurisdicional e se insira na medida do possível dentro de um padrão mínimo de agradabilidade para as partes em litígio.

A estruturação de um sistema de justiça voltada para a construção de soluções consensuais possui uma maior capacidade de transmitir este sentimento de agradabilidade propiciando a formatação de uma cultura colaborativa de soluções com ganhos mútuos na forma idealizada pela doutrina.

Porém, as observações realizadas e os dados coletados indicam para uma utilização do mecanismo de solução consensual dentro de uma abordagem meramente quantitativa, onde o benefício maior é medido pela quantidade de demandas encerradas mais rapidamente pelo uso da referida técnica processual, sem ater-se aos eventuais desdobramentos que possam advir a partir da inadequação da solução apresentada.

Contribui para esta abordagem a crescente cobrança aos órgãos jurisdicionais para o atingimento de metas e resultados com a preocupação única de diminuição do estoque de processos em andamento.

Tem-se assim, a necessidade de que ao lado de medidas de incentivos a utilização dos métodos auto-compositivos faz-se necessário desenvolver práticas no exercício do ato conciliatório que assegurem que as soluções formuladas representem de fato um avanço em termos sociais, políticos e funcionais.

CONCLUSÕES

A hipótese aventada na introdução do presente estudo sugere que o modelo de conciliação judicial empregada no modelo processual vigente, por privilegiar os aspectos quantitativos no emprego do instituto, acaba por não se mostrar adequada para o enfrentamento da maioria dos conflitos de interesses, comumente, submetidos à referida técnica processual.

Para efeito de confirmação da hipótese aventada e justificação do ponto de vista externado no presente estudo, destacam-se, de modo conclusivo os seguintes pontos:

1. A concepção atual do exercício da atividade jurisdicional desempenhada pelo Estado afasta-se do clássico entendimento de mero instrumento institucionalizado para a administração dos conflitos de interesses privados surgidos na sociedade e de uma função instrumental do processo para fazer prevalecer a ordem jurídica pré-estabelecida com a simples acomodação do conflito, para, aproximá-la, de um objetivo maior, relacionado com um escopo social e político da jurisdição no sentido de fornecer um auxílio efetivo na perseguição dos objetivos sociais fundamentais delineados pela sociedade.
2. A efetividade da prestação jurisdicional advindo das observações dos escopos sociais, políticos e jurídicos que definem o sistema de justiça, perpassa a missão de eliminar conflitos de forma justa e pode assumir um caráter prospectivo de redesenho das relações sociais, contribuindo assim para o seu desenvolvimento.
3. Decorrente desta nova configuração da atividade jurisdicional surge também uma nova concepção de acesso à justiça consubstanciado pelas vertentes de universalização, celeridade e adequação.

4. A facilitação de acesso ao sistema de justiça faz crescer exponencialmente a demanda pela prestação jurisdicional que torna obrigatório o desenvolvimento de técnicas processuais pautadas por critérios de estruturação eficientista com o objetivo de possibilitar que o sistema de justiça absorva a crescente busca pela tutela jurisdicional.
5. Uma das soluções empregadas para absorção desta demanda é a institucionalização dos meios consensuais de solução de conflitos a fim de oferecer uma resposta ao conflito de forma mais rápida e barata.
6. No presente estudo, porém, ao investigar o uso prático dos métodos consensuais, percebe-se um comprometimento da concepção idealizada do instituto, por não considerar em seu uso efetivo os critérios qualitativos da técnica processual que poderiam representar os almejados avanços em termos sociais, políticos e funcionais.
7. No aspecto social, o avanço se concretizaria pela possibilidade das soluções engendradas de forma consensual contribuírem para um aperfeiçoamento da sociedade, construindo novas relações sociais pautadas pela colaboração e coexistência, que gerariam, não somente, a satisfação das partes envolvidas no caso concreto, mas também representaria benefícios para o conjunto social, reverberando para fora do processo. Exemplo desse avanço seriam as mudanças de postura de determinadores atores sociais, detentores do capital político, produtivo e econômico do país, ao preocupar-se em diminuir o risco de causar danos a terceiros na condução seus negócios.

Contudo, pela análise que foi feita a partir da observação da conduta destes atores nas audiências conciliatórias, corroboradas pela reiteração de práticas que geraram novos conflitos, conclui-se, que neste aspecto a resposta dada ao conflito se mostra inadequada, haja vista, que, não se percebe uma mudança comportamental destes atores no sentido de combater efetivamente as situações fáticas que geraram os conflitos.

8. No aspecto político, o avanço se concretizaria pela possibilidade de desenvolvimento de uma cidadania mais participativa, com o empoderamento do sujeito, resultando em uma contribuição efetiva das partes na construção do consenso. Exemplificado pela capacidade das partes em estabelecer uma reciprocidade discursiva e formular argumentos que levariam a solução consensual.

No entanto, os dados coletados indicam que, principalmente, naqueles conflitos que colocam em lados opostos litigantes habituais e litigantes ocasionais, inexistente qualquer iniciativa argumentativa, ou de empoderamento, sendo a passividade dos sujeitos envolvidos à tônica das audiências. Como destacado ao longo do trabalho, as soluções consensuais formuladas representam, na maioria das vezes, apenas a adesão incondicional de uma das partes a solução previamente formatada de acordo com interesses específicos seja do seu oponente, seja do aparato judicial. Assim, sob este prisma, de acordo com a premissa estabelecida no presente estudo, também é forçoso reconhecer a inadequação do uso da técnica processual da conciliação, eis que, ausente um dos corolários básicos da conciliação, que a solução consensual esteja pautada por uma livre, espontânea e desembaraçada manifestação de vontade.

9. O aspecto funcional está ligado aos critérios de eficiência e de capacidade de produção de resultados quantitativos pelo uso do método. A concepção conceitual é que, ante a solução precoce da demanda pela conciliação das partes, deixa-se de realizar uma série de atos processuais, produzindo assim soluções mais rápidas e menos onerosas, contribuindo para a otimização no uso dos recursos disponíveis, gerando ainda, uma diminuição dos estoques de processos, justificando assim a sua utilização e o avanço para o modelo de audiência prévia para tentativa de conciliação formatada pelo novo Código de Processo Civil.

Porém, o presente estudo indica, que, paradoxalmente, nas causas consideradas mais aptas a utilização da referida técnica processual, por

exemplo, nos conflitos derivados das relações consumeristas, a postura dos litigantes, principalmente, aquele litigante habitual, é completamente, refratária a ideia de composição amigável, fazendo com que a tentativa de conciliação se torne em um ato processual inócuo.

Como o estudo apontou os índices de proficuidade das técnicas conciliatórias, somente ganham relevo quando derivados de procedimentos específicos, como os realizados pelos mutirões de conciliação e que são delineados de acordo com uma conveniência particular de determinados atores, que definem a seleção dos casos a ser submetidos à técnica e ajustam prévia e unilateralmente as bases das composições.

Dessa forma, fomenta-se o fenômeno da precificação dos conflitos, onde a postura de determinado atores são pautadas pragmaticamente por critérios de ordem econômica, solidificando o entendimento para estes atores, de que é menos oneroso suportar os ônus das composições realizadas nesta esfera judicial do que investir recursos para combater as razões técnicas e operacionais ensejadoras dos conflitos.

Assim, o ganho de produção obtido pelas conciliações realizadas no âmbito dos mutirões, na realidade, pouco contribui para a desobstrução do sistema de justiça, haja vista, que a reiteração das práticas lesivas à sociedade fará que novas demandas surjam em razão dos mesmos eventos fáticos rotineiramente levados ao judiciário. Conclui-se assim, que também do ponto de vista funcional a resposta dada ao conflito é inadequada.

10. Por fim, a investigação realizada aponta para uma inadequação do modelo de tentativa de conciliação judicial usado pelo sistema processual vigente. Na perspectiva adotada pelo presente estudo, é de menor importância, avaliar a técnica processual da conciliação pela sua capacidade de oferecer respostas aos conflitos de interesses com custos e prazos reduzidos, a premissa adotada coloca a adequação do modelo em uma perspectiva mais abrangente, condizente com a função da atividade jurisdicional de produzir soluções que se mostre capaz de contribuir para o desenvolvimento da sociedade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Alberto Carlos. **A cabeça do brasileiro**. Rio de Janeiro: Record, 2007.

ARAÚJO, Carlos Roberto Vieira. **História do pensamento econômico**. São Paulo: Atlas, 1988.

ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. **Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas: a conciliação, a mediação e os grandes litigantes**. Dissertação de Mestrado apresentada a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2014. Disponível em: <www.teses.usp.br/index.php?option=com_jumi&fileid=11&itend=76lang=pt.br7filtro=ASPERTI>. Acesso em: 01 nov. 2015.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela de Urgência e efetividade dos direitos. In: Genesis. **Revista de Direito Processual**, n.28, abril/junho. Curitiba: 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: Promulgada em 05 de outubro de 1988. 52. ed. São Paulo: Saraiva 2015.

_____. **Código Civil e legislação civil em vigor**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Código de Processo Civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Lei 13.105** de 16.03.2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015_2018/2015/Lei/L13105.HTM>. Acesso em: 18 jun. 2015.

_____. **Conselho Nacional de Justiça**. Relatório Justiça em Números Brasília, 2014. Disponível em: <<http://cnj.jus.br>>. Acesso em: 02 dez 2014.

_____. **Conselho Nacional de Justiça**. Atos Normativos. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 02 dez. 2014.

_____. Ministério da Justiça. **Secretária de Reforma do Judiciário**. Análise da gestão e funcionamento dos cartórios judiciais. Brasília: 2007. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/>>. Acesso em: 18 jun. 2015.

BRAGA NETO, Adolfo. “Alguns aspectos relevantes sobre mediação de conflitos”. In: **Mediação e Gerenciamento de processos**. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Caetano Lagrasta Neto. São Paulo: Atlas, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida Líquida**. Tradução Carlos Alberto de Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

CACHAPUZ, Rosane da Rosa. **Mediação nos conflitos & Direito de família**. Curitiba: Juruá, 2003.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

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

CARDOSO, Antônio Pessoa. In: “Juizados Especiais aproximam a Justiça do povo” **Revista Consultor Jurídico**, set 2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-set-10/juizados-especiais-aproximam_justica_po>. Acesso em: 13 fev. 2015.

CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Proceso, autocomposición e autodefensa**. México: Universidade Nacional Autónoma de México, 2000.

CAVALCANTI, Fernanda Daniel Resende. **Mediação Interdisciplinar e sua integração com o Poder Judiciário de Pernambuco**. Dissertação de mestrado apresentado a Universidade Católica de Pernambuco. Recife, 2009.

CENTRO BRASILEIRO DE ESTUDOS E PESQUISS JUDICIAIS (CEBEPEJ). Juizados Especiais Cíveis: estudo. Brasília: Ministério da Justiça, 2006. Disponível em: <<http://www.cebepej.org.br/pdf/DJEC.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2015.

CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. **Governança Judicial- modelos de controle das atividades dos sujeitos processuais**. Tese de doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008. Disponível em: <www.teses.usp.com.br>. Acesso em: 15 nov. 2015.

COSTA, Alexandre Araújo. “Cartografia dos métodos de composição de conflitos”. In: **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Organização de André Gomma de Azevedo. Brasília, 2004. Disponível em: <www.unb.br/fd/gt/links/artigos.htm>. Acesso em: 10 out. 2015.

DEMARCHI, Juliana. “Técnicas de conciliação e mediação”. In: **Mediação e gerenciamento de processos**. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Caetano Lagrosta Neto. São Paulo: Atlas, 2007.

DEUTSCH, Morton. “A resolução do conflito: processos destrutivos”. In: **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Organização de André Gomma de Azevedo. Tradução de Arthur Coimbra de Oliveira. Brasília, 2004. Disponível em: <www.arcos.com.br/livros/estudos/arbitragem/mediação/doutrina/parte-especial-resolução-do-conflito>. Acesso em: 10 out. 2015.

DINAMARCO. Candido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FARIAS, Cleide Márcia. **Dilemas e desafios das formas autocompositivas de resolução de conflitos**: uma leitura a partir da experiência do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Dissertação de Mestrado apresentado a Universidade Católica de Pernambuco. Recife, 2014.

FERRAZ, Lésle Shérída. **Juizados Especiais Cíveis e acesso à Justiça qualificado**: uma análise empírica. Tese de doutorado, apresentada a faculdade de direito da Universidade de São Paulo, 2008.

FERREIRA, Fabricio Rodrigues. Uma visão crítica da advocacia na pós-modernidade. In: **Boletim Jurídico**, Edição 752, Outubro de 2011. Disponível em: <www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto/asp/.id=2364>. Acesso em: 12 nov. 2015.

FISS, Owen. **Um novo processo civil**. Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Tradução Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. “**O papel do juiz no mundo globalizado**”. In: **Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil**. Ano. 22. n.77. 3º trimestre. Brasília, 2004.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil brasileiro**. Volume 2. Atos Processuais a Recursos e Processos nos Tribunais. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O direito processual coletivo**. Disponível em: <www.ufrnet.br/t.....grinover_direito_processual-coletivo__principios.pdf>. Acesso em: 10 set. 2015.

_____. **Os fundamentos da justiça conciliativa**. In: Mediação e gerenciamento do processo-revolução na prestação jurisdicional. Coordenação Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Caetano Lagrasta Neto. São Paulo: Atlas, 2007.

KOERNER. Andrei. **Judiciário e cidadania na constituição da república brasileira**. São Paulo: Hucitee, Departamento de Ciências Políticas, USP, 1998.

LAMY, Marcelo. As funções Jurisdicionais e a criação de direitos. In: **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n.15- jan./jun.2010. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-15/RBDC-15-211-Marcelo_Lamy_\(As_Funcoes_Jurisdicionais_e_a_Criacao_de_Direitos\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-15/RBDC-15-211-Marcelo_Lamy_(As_Funcoes_Jurisdicionais_e_a_Criacao_de_Direitos).pdf)>. Acesso em: 11 jun. 2015.

LAVILLE, Christian. DIONNE, Jean. **A construção do saber**: manual de metodologia da pesquisa em ciências humanas/Christian Laville e Jean Dionne; Tradução Heloísa Monteiro e Francisco Settineri. Porto Alegre: Artmed: Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

LENZI. Carlos Alberto Silveira. O procedimento conciliatório no C.P.C. Novos Aspectos. In: **Revista da AJURIS** - n.11 - Novembro/1977. Disponível em: <<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/ipext.dll/infobase/70a04/70a3a/70a3b?fn=document-frame.htm&2.0>>. Acesso em: 10 fev. 2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução de conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Jurisdição no estado constitucional**. Disponível em: <www.marinoni.adv.br/baixar.php?./>. Acesso em: 11 jun. 2015.

_____. **O custo e o tempo do processo civil brasileiro**. Revista Forense, Rio de Janeiro: 2004. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-custo-e-o-tempo-do-processo-civil-brasileiro-0>>. Acesso em: 06 jun. 2015.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. In: **Evolução Histórica da Estrutura Judiciária Brasileira**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev/evol-historica.htm>. Acesso em: 11 fev. 2015.

MESQUITA, José Ignácio Botelho. **As novas tendências do direito processual: uma contribuição para o seu reexame**. São Paulo: RT, 2005.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MOORE, Christopher W. **O processo de mediação**. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MOSCHELLA, Alexandre. A salsicharia do direito. In: **Revista Exame**, edição 04.2011. Disponível em: <exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/990/noticias/a-salsicharia-do-direito>. Acesso em: 11 nov. 2015.

NOVOA MONREAL, Eduardo. **O direito como obstáculo à transformação social**. Tradução de Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1988.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Luciano. **Sua excelência o comissário e outros ensaios de sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social**. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2000.

SÁ E SILVA, Fábio.; ALMEIDA, Antônio. **Percepção Social da Justiça**. In: Sistema de Indicadores de Percepção Social. Brasília: Ipea: 2010. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/110531_sips_justica.pdf>. Acesso em: 31 dez 2014.

SADEK. Maria Tereza. (org.) **Justiça e Cidadania no Brasil**. São Paulo: Sumaré/IDESP, 2001.

_____. Judiciário: mudanças e reformas. In: **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n.51, 2004, p.86. Disponível em: <www.revistas.usp.br/eav/article/View/10001>. Acesso em: 15 jun. 2015.

_____. **Acesso à Justiça**: a visão da sociedade. São Paulo, v.65, n.198, 2008, p.273. Disponível em: <www.revistajustitia.com.br/revistas/baw677.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2015.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

----- . **A mediação de conflitos – mudanças de paradigmas**. Disponível em: <http://www.mediacaobrasil.org.br/artigos_pdf/4.pdf>. Acesso em: 10 jun.2015.

SANTOS. Boaventura de Sousa. “A crítica da governação liberal: O Fórum Social Mundial como política e legalidade cosmopolita subalterna. In: **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n.72, outubro 2005. Disponível em: <www.ces.uc.pt/myces/uses/files/livros/63_Governacao%20neoliberal_RCCS72.PDF>. Acesso em: 15 jun. 2015.

_____. **Para uma revolução democrática da Justiça**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

_____. “Introdução à sociologia da administração da justiça”. In: **Direito e Justiça**. Organização José Eduardo de Faria. São Paulo: Àtica, 1989.

SANTOS. Ricardo S. Sterci dos. **Noções gerais de arbitragem**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

SILVA, Artur Stamford da. RAMOS, Chiara. Conciliação judicial e a função social das profissões jurídicas: Uma análise etnometodológica do direito. In **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 44 n. 175 jul/set.2007. Disponível em: <www2.senado.leg.br/bdsf/item/id137576>. Acesso em: 10 jun. 2015.

SILVA. Paulo Eduardo Alves da. Mediação e conciliação, produtividade e qualidade. In: **Revista do Advogado**, São Paulo, Ano XXXIV, nº 123, Agosto de 2014.

SILVA. Érica Barbosa e. **Conciliação Judicial**. 1ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

SILVA, Ovidio Araujo Baptista da. **Processo e Ideologia: O Paradigma Racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SURGIK, Aloísio. **A Origem da Conciliação**. Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1984.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TJPB. Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. **Relatório de Gestão de 2013**. Núcleo Permanente de métodos consensuais solução de conflitos. João Pessoa, 2013.

TUCCI, Jose Rogerio Cruz; AZEVEDO, Luis Carlos de. **Lições de Processo Civil Canônico**: (história e direito vigente). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **“Horizontes da audiência preliminar”**. Publicado: **Revista Jurídica**, nº 300, p.7. Disponível em: <www.amdjus.com.br/doutrina/civil/230.htm>. Acesso em: 02 jun. 2015.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

VASCONCELLOS, Maria Jose Esteves de. **Pensamento Sistêmico**: um novo paradigma da Ciência. Campinas-SP: Papyrus, 2002.

VIANA, Marcio Túlio. A onda precarizante, as Comissões de Conciliação e a nova portaria do Ministério do Trabalho. In: **Revista do Direito do Trabalho**. São Paulo, Ano 28. n.108, outubro - dezembro de 2002.

VENOSA. Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Parte Geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VERONESE, Alexandre. Projetos judiciais de acesso à justiça: entre assistência social e serviços legais. In: **Revista Direito FGV**, Fundação Getúlio Vargas. V 3, n.1, São Paulo, jan./jun. 2007.

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

WATANABE, Kazuo. **Filosofia e características básicas do juizado especial de pequenas causas**. In: Revista dos Tribunais. São Paulo, 1985.

_____. A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGASTRA NETO, Caetano. **Mediação e gerenciamento de processo**: revolução na prestação jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Entrevista à Mediativa** – Instituto de Mediação Transformativa Disponível em: <<http://www.mediativa.org.br/index.php/midiativa/content/view/full/669?intSecao=2&intConteudo=186>>. Acesso em: 20 fev. 2015.

WERNER, José Guilherme Vasi. “**Multas e marketing negativos contra grandes litigantes**”. Disponível em: <www.cnj.jus.br/noticias/cnj/23181-multas-marketing-negativos-contra-grandes-litigantes>. Acesso em: 03 mar. 2015.

ZAPPAROLLI, Célia Regina. “Nota da Coordenadora” In: **Revista do Advogado**, nº 123, agosto de 2014. São Paulo: 2014.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito e que se fizerem necessários, que isento completamente a Universidade Católica de Pernambuco e o professor orientador de toda e qualquer responsabilidade pelo conteúdo e ideias expressas no presente Trabalho.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado.

Luis Carlos de Moraes

Recife, 21 de Março de 2016.

ANEXOS