

AS MEDIDAS ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E A ACESSIBILIDADE À JUSTIÇA

Georgia Wassouf Fiquene Amorim

Mestrado em Direito Especialização em Ciências Jurídico-Políticas

As medidas alternativas de solução de conflitos e a acessibilidade à Justiça.

Orientação: Professora Ana Clara Azevedo Amorim

15 de dezembro de 2021



UNIVERSIDADE PORTUGALENSE

Do conhecimento à prática.

IMP.GE.84.1





As medidas alternativas de solução de conflitos e a acessibilidade à Justiça.

Dissertação de Mestrado apresentada ao departamento de Direito para obtenção do título de Mestre na área de Ciências Jurídico-Políticas, conferido pela Universidade Portucalense.

Orientador: Professora Doutora Ana Clara Azevedo Amorim.

GEORGIA WASSOUF FIQUENE AMORIM

Porto, Dezembro de 2021.



Dedico esse trabalho aos que procuram a pacificação, de modo que a busquem com diálogo e bom senso e que encontrem nos limites legais a essência do convívio em sociedade.



AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por me fazer ter força para superar obstáculos e dificuldades e por estar sempre presente.

Às minhas filhas Jade e Jolie, por darem razão à minha existência.

Aos meus pais que foram meu alicerce e serão sempre meu maior orgulho.

Aos meus irmãos por existirem e me fazerem sentir especial.

Ao meu marido e companheiro, Marco Antonio Santos Amorim, credor da minha maior dívida de gratidão.

À minha orientadora Prof^a. Ana Clara Azevedo Amorim pela compreensão e presteza na difícil tarefa de orientar.



RESUMO

Em que pese o investimento do poder judiciário em tecnologia, com o desenvolvimento de novas ferramentas que facilitaram a vida de todos que se utilizam do sistema de justiça, recorrer aos meios tradicionais para solução dos litígios continua sendo uma atividade penosa para os brasileiros. São mais de 70 milhões de processos tramitando, muitos deles com incontáveis anos de duração. Nesse cenário, resta recorrer à meios alternativos para solução dos conflitos, de tal modo que se garanta, a um só tempo, segurança, rapidez e resolutividade aos envolvidos. Não se busca garantir apenas o acesso ao judiciário. Ao contrário, é preciso avaliar-se há satisfação das partes de modo a gerar confiabilidade coletiva no sistema que se apresenta, e sobretudo, garantir o direito do acesso à justiça. O presente trabalho aborda os métodos complementares de tratamento dos conflitos, dentre eles a negociação, a conciliação, a mediação, a arbitragem, as convenções processuais e os processos de justiça restaurativa, apenas para citar alguns, como forma de fomentar sua utilização. Antes, porém, faz uma breve digressão sobre o conceito de justiça e o advento das ondas renovatórias. Na sequência, traça um comparativo sobre como a matéria é tratada em Portugal. Analisa-se, destarte, a importância dos agentes empenhados nessa tarefa de desburocratizar a Justiça, diminuir os seus custos, reduzir o prazo de duração processual, ou mesmo evitar a deflagração da contenda, dando-se ênfase ao pleno acesso ao Poder Judiciário, acesso este que deve ocorrer com qualidade, mitigando à chamada 'cultura da sentença'.

Palavras-chave: Crise da prestação jurisdicional. Ondas renovatórias. Acesso à Justiça. Métodos complementares de resolução dos conflitos no Brasil e em Portugal. Resolutividade.



ABSTRACT

Despite the investment of the judiciary in technology, with the development of new tools that have made life easier for all who use the justice system, using traditional means to resolve disputes remains a painful activity for Brazilians. There are more than 70 million lawsuits being processed, many of them with countless years of duration. In this scenario, it remains to use alternative means of resolving conflicts, in such a way as to guarantee, at the same time, security, speed and resolution to those involved. It is not sought to guarantee only access to the judiciary. On the contrary, it is necessary to evaluate the satisfaction of the parties in order to generate collective reliability in the system that is presented, and above all, to guarantee the direct access to justice. This paper addresses the complementary methods of treatment of conflicts, including negotiation, conciliation, mediation, arbitration, procedural conventions and restorative justice processes, just to name a few, as a way to promote their use. Before, however, he makes a brief tour of the concept of justice and the advent of the waves of renewal. It then draws a comparison on how matter is handled in Portugal. It analyzes, therefore, the importance of the agents engaged in this task of debureaucratizing justice, reducing its costs, reducing the length of procedure, or even avoiding the outbreak of strife, emphasizing full access to the judiciary, access that must occur with quality, mitigating the so-called 'culture of judgment'.

Keywords: Crisis of judicial provision. Renewing waves. Access to justice. Complementary methods of conflict resolution in Brazil and Portugal. Resoluteness.



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1. DO ACESSO À JUSTIÇA X ACESSO AO JUDICIÁRIO.....	12
1.1 Conceito de Justiça e as ondas renovatórias	19
1.2 Sistema de justiça multiportas (The Multi-door Courthouse)	24
1.3 O acesso gratuito ao Judiciário e seu uso indiscriminado.....	27
2. MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO CONFLITOS NO BRASIL	32
2.1 Da Negociação	34
2.2 Da Mediação	37
2.3 Da Justiça Restaurativa	43
2.4 Das Convenções Processuais	47
2.5 Da Arbitragem	49
2.6 Da Conciliação	55
3. MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS EM PORTUGAL	63
3.1 Da Mediação em Portugal	64
3.2 Da Arbitragem portuguesa	73
3.3 Da Conciliação portuguesa	84
4. DO USO EFICAZ DOS MÉTODOS ALTERNATIVOS.....	87
4.1 Os fundamentos das atividades da chamada ‘Justiça Conciliatória’.....	90
4.2 Técnicas de pacificação de conflitos	92
4.3 O papel do agente pacificador	96
5. CONCLUSÃO	101
BIBLIOGRAFIA	103



INTRODUÇÃO

A palavra conflito advém do latim e significa “choque”, uma oposição a ideologias, interesses, valores e palavras. Contudo, para definir esse termo, compreende-se diversas maneiras e contextos pelos quais o conflito pode se compor e materializar, quer seja no âmbito político, social, familiar, ou entre nações. Em todos esses cenários, existe um objeto comum e partes que possuem ideais distintos. Sendo assim, as vertentes que compõem um conflito são demarcadas por forças contrárias e dinâmicas, mas não necessariamente inimigas.

O conflito é determinado por uma dinâmica antagônica entre duas ou mais partes, com hostilidade perpetrada, a fim de buscar ou restabelecer um direito. O conflito, no sentido amplo, pode ser composto de forma volitiva quando o oponente é da mesma natureza ou espécie, como exemplo homem-homem. Quanto ao seu objeto, não se limita à simples disposição formal de direito, mas como uma reivindicação de justiça.

No intuito de buscar a justiça e reivindicá-la, propõe-se o rompimento da resistência da parte oposta, diante da divergência de vontades, frente a sua própria solução, o que significa que existe uma tentativa de domínio, mesmo sem o uso da violência, que se traduz no surgimento de inimigos. Nessa linha, a teoria do conflito é configurada pela luta na busca de interesses individuais e peculiares, com objetivos distintos.

Essa divergência de interesses entre as pessoas ou grupos, passa a enxergar o outro como oposição, onde cada um busca, por si só, estabelecer sua vontade própria e satisfazer suas necessidades. A realidade vivenciada e a perspectiva de cada ser traduz o conflito e a luta pelo poder, materializada pela tensão das relações sociais, que apresenta equilíbrio somente quando consegue sanar esses conflitos. A incompatibilidade sempre irá existir e, quando externada, refletirá em conflitos pessoais e coletivos.

Enquanto essa incompatibilidade existe entre as pessoas, o conflito predomina, o que caracteriza a disputa, fazendo com que o conflito seja consubstanciado. Dessa forma, solucionar a disputa é conter o conflito, sem necessariamente esgotá-lo.



O conflito nessa linha de pensamento pode ser entendido como divergência de propósitos e objetivos, que ocasionam um choque de pensamentos antagônicos. Tudo isso é despertado diante da conscientização de experiências vividas por determinado indivíduo que traz zonas de desconforto e exige mudança de sua condição inicial, conduzindo ao conflito, o que não significa que ele seja materializado de fato.

O papel desempenhado pelo indivíduo na sociedade impõe um comportamento conforme as expectativas da sociedade, e quando este não é desempenhado nessa linha, ocasiona o conflito. Contudo, essa exteriorização pode possibilitar a valoração de suas consequências pela legitimidade da causa suscitada e, conseqüentemente, a revisão dos papéis sociais anteriormente estabelecidos. Logo, o conflito passa a ser um fator de coesão e desenvolvimento do litígio.

Diante disso, o estado de equilíbrio das relações sociais vem ser o principal objetivo do Estado, pois reconhece que o equilíbrio pode prevenir a dissolução de conflitos, sem afastar, contudo, as tensões existentes previamente, posto que sempre existirá tensão nas relações sociais, familiares, empregatícias, etc. Assim, a gestão dos conflitos pode significar o próprio controle social.

O controle social oferecido pelo Estado inicia-se por meio das normas preconizadas no âmbito jurídico ou no ponto de equilíbrio do sistema social, mirando suas ações no próprio desequilíbrio e complexidade dos conflitos presente nas relações sociais. Por outro lado, o controle social exercido pelo Estado é restrito, tendo em vista as ações voltadas para a correção de comportamentos que fogem das expectativas das normas. Esse controle social não é considerado um instrumento preventivo de desvios de ações, pois o direito não faz com que o conflito seja extinto, ele apenas propõe um possível tratamento e manutenção de seu controle.

A sociedade contemporânea despertou para a importância do instituto da conciliação e das vias alternativas ao processo jurisdicional, fazendo ressurgir o interesse pela heterocomposição e autocomposição que já foram consideradas formas primitivas de resolução de conflitos, e hoje têm fundamental importância no atual quadro jurídico brasileiro.

As vias alternativas que se apresentam buscam encurtar ou até mesmo evitar o processo jurisdicional sem necessariamente excluí-lo, tendo em vista sua importância e sua função social e política.



A matéria avulta em importância diante da crise enfrentada pelo Poder Judiciário no que diz respeito à prestação jurisdicional, causada principalmente pelo alto custo do processo, sua morosidade e a infinitude de recursos disponíveis às partes, tudo a gerar profundo grau de insatisfação e desconfiança dos jurisdicionados.

Este grau de insatisfação criou o ambiente necessário para o surgimento daquilo que Cappelletti e Garth chamam de 'terceira onda renovatória', culminando com a criação dos juizados de pequenas causas e, posteriormente, juizados especiais.

Os métodos alternativos de solução de conflito, mencionados no estudo, como a Negociação, a Mediação, as Práticas Restaurativas, as Convenções Processuais e a Arbitragem e a Conciliação, ressurgem como meio alternativo à prestação jurisdicional comum, com a missão de resgatar a confiança daquele que precisa bater à porta do Judiciário, mediante adoção de princípios como a oralidade e celeridade, dentre outros.

Esses métodos, apesar de poderem se apresentarem muitas vezes extra-processualmente podem estar inseridos no sistema judicial e essa proximidade conduz inexoravelmente à análise do acesso à justiça e suas consequências na prestação jurisdicional. É necessário perquirir sobre os fundamentos do acesso à justiça e se este tem atingido o fim social a que se propõe, qual seja, de possibilitar o acesso à efetiva prestação jurisdicional do Estado ou, caso contrário, se a crescente demanda sem o devido preparo tem assoberbado o judiciário a ponto de inviabilizar todas as suas instâncias e estagnar a via judicial, impondo a dependência dos meios alternativos de solução de conflito que visam, ainda, a pacificação dos conflitantes, o que nem sempre é alcançado através de um processo judicial lento que culmina com uma solução imperativa na maioria das vezes insatisfatória para uma das partes, por vezes, para ambas.

Buscar-se-á um comparativo sobre de como a matéria é tratada no Brasil e em Portugal, indicando seus pontos de convergência e discrepância

O presente estudo objetiva demonstrar, ainda que de modo perfunctório, que a adoção de medidas simples, as chamadas 'técnicas conciliatórias', ou métodos de autocomposição, contribuem de modo decisivo para se alcançar índices elevados de satisfação dos jurisdicionados. Analisar-se-á, destarte, a atividade conciliatória presente nesses métodos, seus meios, as técnicas e os fundamentos que a norteiam. A análise vai do ambiente onde se opera as tentativas de composição, passando pela



infraestrutura, para em seguida dar-se maior relevo à figura do Conciliador, que independente do método alternativo escolhido, deve ser pessoa capacitada, treinada, selecionada por prerrogativas pessoais indispensáveis à condução da atividade, como bom senso e conduta ilibada que o habilite a exercer tão relevante função.

A experiência tem demonstrado que sem a devida capacitação e seleção, a atividade conciliatória é subaproveitada com a realização de sessões inócuas sem qualquer tentativa de composição de acordo ou, por vezes, apesar de culminarem na lavratura de um termo conciliatório, não atingem a solução do conflito desaguando em posteriores execuções.

A escolha do tema e a preocupação de relatar sobre diversos métodos alternativos, deve-se ao reconhecimento de sua relevância e à tentativa de instigar os operadores do direito a intensificar qualitativamente a utilização da conciliação e dos demais meios alternativos de solução do conflito de forma a contrabalancear o cenário implementado na graduação que enfatiza quase que exclusivamente a solução imperativa dos conflitos. O objetivo é de agregar, humildemente, as ideias que já vêm sendo defendidas por renomados estudiosos do direito e somar esforços para voltar a atenção à necessidade de se dirimir efetivamente a adversidade, afastando a valoração negativa atribuída às relações litigantes, uma vez que são inerentes à própria relação social demonstrando a forma de compor um quadro harmonioso alcançado através da satisfação de todos os envolvidos sem qualquer imposição ou submissão entre as partes.

O Brasil, em que pese o grande incentivo literário e legal na aplicação desses métodos, ainda possui índices insatisfatórios em matéria de conciliação, em sentido amplo, a uma por serem pelo baixo incentivo dos próprios magistrados que, de modo geral, ainda são treinados para decidir mediante sentenças após ampla dilação probatória, a duas pela falta de disseminação e estruturação desses métodos que quando bem aplicados conduzem ao acesso efetivo da 'justiça', alcançado principalmente pela satisfação do indivíduo litigante.

O estudo sobre o assunto, surgiu através de uma necessidade profissional, quando exercendo a função de conciliadora e objetiva auxiliar operadores do direito, conciliadores, mediadores, árbitros e demais pessoas envolvidas nessa nobre tarefa de desburocratizar a Justiça, diminuir os seus custos, reduzir o prazo de duração processual, ou mesmo evitar a deflagração da contenda, dando-se ênfase ao pleno acesso ao Poder Judiciário.



1. DO ACESSO À JUSTIÇA X ACESSO AO JUDICIÁRIO

Em diversos ordenamentos jurídicos o direito de acesso à Justiça se encontra situado entre os direitos e garantias fundamentais. O amplo e irrestrito acesso ao Judiciário é garantido pela nossa Constituição Federal¹ no inciso XXXV do seu artigo 5º, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Há no Brasil, portanto, uma garantia constitucional de que toda pessoa vítima de lesão ou de ameaça de lesão ao seu direito possa acessar o Judiciário.

A acessibilidade à justiça deve ser vista como direito fundamental e básico da dignidade humana e de um sistema judiciário moderno e igualitário. Não é dever somente do Estado declarar direitos, cabe a garantia de que toda a sociedade e cidadãos possam ter condições de exercê-los.² Contudo, o direito constitucional de acessibilidade à justiça ultrapassa os direitos de obtenção de respostas do Poder Judiciário, sendo necessário meios para um acesso integral e efetivo.

A palavra acesso, apesar de quando empregada no âmbito jurídico expressar o ingresso, quando não empregada com a palavra efetivo, não fundamenta o direito de prestação de acesso com qualidade, respeito, e justiça diante do processo legal³.

O simples pedido direcionado à justiça não significa efetivo acesso, ou seja, não basta a previsão legal do direito de acessibilidade à justiça para que este seja concretizado, deve existir a garantia de uma solução adequada para ambas as partes, levando em conta as peculiaridades do caso e garantindo-se o devido processo legal. Nessa linha de pensamento, o direito de acessibilidade advém do princípio da inafastabilidade do amparo jurisdicional e demanda de uma tutela eficaz, fazendo com que o direito ao processo assumam um conteúdo modal qualificado (direito ao processo justo).⁴

1 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05.10.1988. Organização do texto Juarez de Oliveira. 4.ed.São Paulo:Saraiva, 2008.

2 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

3 ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de; BARBOSA, Joyce de Matos. O instituto da mediação (parte II). **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

4 PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Os desafios para a integração entre o sistema jurisdicional e a mediação a partir do novo código de processo civil**. Quais as perspectivas para a justiça brasileira? Rio de Janeiro: Forense, 2015.



Em face do aumento exacerbado de processos, o sistema judiciário no Brasil vive em crise de eficiência na resolução deles, não atendendo a demanda da sociedade de modo eficaz, colocando em risco, dessa forma, o direito de acessibilidade à justiça de modo efetivo. Essa sobrecarga do sistema é compreendida como fator limitante para o exercício da jurisdição do Poder Judiciário, fazendo com que a sociedade perca a confiança⁵.

Hodiernamente muito se fala em efetividade do processo em favor de sua missão de eliminar os conflitos e fazer justiça. A demora da prestação jurisdicional, em face da extrema burocracia, ritos e recursos infundáveis, pode gerar a sua inutilidade ou ineficácia. Foi pensando nisso que a Emenda Constitucional n. 45/2004 estabeleceu no art.5º, LXXVIII, que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

A regra não é particularmente nova. Com efeito, já vinha prevista na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) nos artigos 8º, 1º e 25,1º como direito fundamental de todo ser humano.

De acordo com o novel comando constitucional, devem ser assegurados os meios que garantam a celeridade da tramitação do processo. Para Grinover⁶,

Esses meios devem ser inquestionavelmente oferecidos pelas leis processuais, de modo que a reforma infraconstitucional fica umbilicalmente ligada à constitucional, derivando de ordem expressa da emenda n.º 45/2004. Trata-se, portanto, de fazer com que a legislação processual ofereça soluções hábeis à desburocratização e simplificação do processo, para garantia da celeridade de sua tramitação.

Nos anos de 2004 e 2009 foram assinados, respectivamente, o primeiro e segundo Pactos Republicanos pelos presidentes dos três poderes da República. Em 2004, *por um Judiciário mais Rápido e Republicano*; em 2009, *por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo*.

⁵ BASÍLIO, Ana Tereza Palhares; MUNIZ, Joaquim de Paiva. Projeto de lei de mediação obrigatória e a busca da pacificação social. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 13, 2007.

⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. A necessária reforma infraconstitucional, in André Ramos Tavares, Pedro Lenza, Pietro de Jesús Lora Alarcón (coord.), **Reforma do Judiciário**, p. 501.



Nos informa Lenza que encontra-se em tramitação no Congresso Nacional a denominada PEC dos recursos (nº 15/2011-SF) a qual, dentro do contexto de eficiência, propõe a imediata execução das decisões judiciais, logo após o pronunciamento dos tribunais de segunda instância. A PEC acaba com o efeito suspensivo aos recursos, facultando ao ministro Relator, se for o caso, pedir preferência no julgamento. De acordo com a nova proposta de redação, criam-se ações rescisórias extraordinárias e especiais, em substituição aos recursos extraordinário e especial⁷.

O Código de Processo Civil 2015 também trouxe avanços na matéria.

Diante disso, passam a ser inegáveis os esforços para que o legislador e a doutrina busquem meios para potencializar a efetividade do processo judicial. O modelo mais aceito pela sociedade em relação ao acesso à justiça é o modelo jurisdicional, que contribui para a crescente judicialização do litígio.

O sistema brasileiro vive em constante crise, devido a maior parte da população ter a convicção de que só o Poder Judiciário tem a capacidade de solucionar os problemas. Neste sentido Ruiz ressalta que “não é à toa que muito se fala nas mudanças de paradigmas. O modelo atual não mais responde às aspirações da população”⁸.

No entanto, acesso à justiça não se confunde com acesso ao Judiciário.

Para Braga⁹, o acesso à justiça pressupõe, sem embargo, a capacidade e oportunidade de realização de um direito, primordialmente dos direitos humanos, assim considerados os direitos civis, políticos e sociais, configuração leal e verdadeira da cidadania. Somente assim o sendo, se vislumbrará maior aproximação do que venha a ser o Direito como tentativa de construção do justo.

E prossegue a autora afirmando que acesso à justiça não se confunde, diga-se, não se deve confundir com acesso ao Judiciário. Este, tanto quanto a dignidade, é estranho ao povo, que não o consegue compreender, tampouco tocar, eis que possui linguagem própria, inacessível e demasiadamente rebuscada,

7 LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**, 24 ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020, pág.1306.

⁸ MARINONI; Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil**, v.1. 3ed. Rev. Atual Ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

⁹ BRAGA, Marcela de Almeida Pinheiro. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-out-11/acesso_justica_nao_confunde_acesso_judiciario>. Acesso em: 05.dez.2021.



apresenta-se com indumentária cerimoniosa, de modo a destacar seus operadores dos demais, seja quem for. É um universo impenetrável, diferente mesmo, e não por acaso, mas porque assim pretende ser, encharcado de formalidade e apaixonado pela hierarquização das relações, dos cargos e das pessoas.

E continua, “a contrário senso, o acesso à justiça sim, é o escopo de tal garantia. E ao falar em justiça, que se venham acompanhadas as características que compõem a sua gênese, a saber, a equidade, a legitimidade e, sobretudo, a moralidade e todos os demais valores éticos”. O acesso à justiça não se esgota no acesso ao Judiciário. Como já se disse, não se trata de conceder o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, mas oportunizar o acesso à ordem jurídica justa.

E conclui afirmando que o ‘universo jurídico’ deve declinar da posição de nobreza e assumir sua condição absolutamente popular. Diz-se popular aquilo que é do povo, próprio do povo ou por ele feito.

Existe um descompasso visível entre a oferta e a procura dos serviços judiciais, o que acaba tendo como consequência a falta de eficiência e morosidade dos serviços, além de acarretar uma frustração na população, que não consegue ter seu litígio apreciado adequadamente¹⁰.

Ainda de acordo com o autor supracitado, o atual sistema não consegue conquistar a efetividade do direito de acessibilidade à justiça, tendo em vista que este é a apreciação do processo levando em conta as peculiaridades, anseios e garantia do processo legal. O sistema judiciário brasileiro é estruturado em códigos os quais contêm prazos e ritos que atualmente não são compatíveis com a realidade do mundo globalizado.

Com o grande número de processos em tramitação, e para conseguirem cumprir suas metas seguindo os prazos e ritos previstos no ordenamento jurídico, os magistrados acabam sendo forçados a proferir sentenças de modo genérico, sem a desejada apreciação e aprofundamento dos argumentos expendidos pelas partes.

Segundo Belanda¹¹, o tema efetividade do Judiciário é antigo e gera inconsistências frequentemente. Avaliando registros históricos no Brasil, temos que

¹⁰ SPENGLER, Fabiana Marion. **Da Jurisdição à Mediação**: Por uma outra cultura no tratamento do conflito. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010.

¹¹ BELANDA, Douglas. **Judiciário e Efetividade**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/58438/judiciario-e-efetividade/>>. Acesso em: 05.dez.2021.



em 1926 (após reforma constitucional), os problemas do referido poder (em diversos aspectos) já eram elencados com ênfase para as devidas tratativas ou melhorias.

No mesmo sentido, em 1960 foi proposta a Emenda nº 39, com intuito de divisão do STF em turmas distintas, trazendo celeridade no julgamento dos recursos. Fato é que, entra ano e sai ano, os problemas de acúmulo de julgamentos (principalmente nas Instâncias Superiores) persistem.

E o problema não é recurso. Segundo Ganem¹², a justiça no Brasil é uma das mais caras do mundo. São 16,5 mil magistrados, 412,5 mil servidores e um gasto anual que totalizou R\$ 62,3 bilhões em recursos públicos em 2013. O custo do Poder Judiciário brasileiro é um dos mais altos do mundo, e muito provavelmente o mais alto por habitante dentre os países federais do hemisfério ocidental. Um estudo do doutor em Ciência Política e pós-doutorando Luciano Da Ros, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, mostra que a estrutura no Brasil é pesada, ineficiente e cara na comparação com países mais desenvolvidos e ricos. E a maior fatia do orçamento destinado ao Judiciário cobre despesas com funcionalismo. Por aqui, o percentual com pagamento de pessoal chega a aproximadamente 89% dos gastos, atendo-se a cerca de 70% em média nos países europeus

E continua o autor, embora os volumosos repasses não gerem celeridade no andamento de processos e na redução dos mesmos, em termos percentuais em relação ao Produto Interno Bruto (PIB) o Brasil gasta mais com o sistema de Justiça do que superpotências e até vizinhos latino-americanos. Superamos Estados Unidos, Inglaterra, Alemanha, Espanha, Itália, Argentina, Chile e Portugal.

Segundo Friede¹³, mesmo ostentando esses números hiperbólicos, a prestação da tutela jurisdicional, no Brasil, é uma das mais morosas do mundo, refletindo a ineficiência do Estado como prestador de serviços públicos. “Afinal, no Brasil, a criança educação ainda tenta se alfabetizar, a jovem saúde respira por aparelhos, a senhora segurança pública sente-se atemorizada, e o senhor serviço

12 GANEM, Pedro Magalhães. **Justiça no Brasil: uma das mais caras do mundo**. Disponível em: <[13 FRIEDE, Reis. **O Judiciário mais caro do mundo**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/66373/o-judiciario-mais-car-do-mundo>>. Acesso em: 05.dez.2021.](https://pedromaganem.jusbrasil.com.br/noticias/251257372/justica-no-brasil-uma-das-mais-caras-do-mundo#:~:text=S%C3%A3o%2016%2C5%20mil%20magistrados,pa%C3%ADses%20federais%20do%20hemisf%C3%A9rio%20ocidental.>. Acesso em: 05.dez.2021.</p></div><div data-bbox=)

judiciário, após esperar por tantos anos por uma decisão judicial, faleceu sem receber o bem da vida”.

Prossegue o autor afirmando que, malgrado as tentativas de se combater o problema, o insucesso tem sido evidente, notadamente porque são atacadas as consequências, quando o foco deveria ser as causas. Apenas para ilustrar o que se afirma, apesar do estratosférico número de 105 milhões de ações em tramitação no País, os juízes, na verdade, possuem muitos processos cuja temática é repetida, restando aos magistrados o absurdo de decidir quase que uma a uma, algo que o novo Código de Processo Civil, através do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, busca, de uma forma muito tímida e burocrática, debelar.

Percebe-se, desse modo, que o atual sistema, por si só, não possui mais capacidade de atender aos anseios da população. Assim, para garantir a efetividade do direito de acesso à justiça é necessário criar, dispor e incentivar as medidas alternativas de resolução de conflitos.

O Poder Judiciário deve proporcionar diversas formas, tanto reais quanto efetivas, para que as pessoas tenham como dirimir suas controvérsias. Além disso, deve também desenvolver os meios, distribuindo melhor as formas de como se resolver, sobrevivendo assim frente ao paradigma de uma justiça inoperante¹⁴.

Mesmo com a criação das medidas alternativas de resolução de conflitos, o judiciário permanece com seu papel na garantia dos direitos do cidadão. Contudo, antes que a decisão lhe chegue, existirá a possibilidade de uma conversa e entendimento entre as partes, onde será disponibilizada uma alternativa com maior celeridade e eficácia na busca de uma solução mais adequada ao caso.

Dando continuidade ao raciocínio, Baptista e Melo¹⁵ afirmam que:

A estrutura do processo, centralizada na figura do juiz, impede o diálogo entre as partes, que, em vez de pretenderem convencer umas às outras sobre as razões que as motivam no processo, acabam obrigadas ou condicionadas a se preocuparem, exclusivamente, em convencer o juiz sobre os seus argumentos, atitude que, mais uma vez, dificulta o consenso. Nesse sentido, a proposta das medidas de conciliação e mediação, tal como pensadas, institucionalmente, ao mesmo tempo em que pretende romper, se choca com a estrutura vigente (BAPTISTA; MELO, 2010, p. 116).

¹⁴ ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de; BARBOSA, Joyce de Matos. Ob.cit. p.125.

¹⁵ BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti; MELLO, Kátia Sento Sé. Mediação e Conciliação no Judiciário: Dilemas e significados. **Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, v. 4, 2010.



A utilização das medidas alternativas de resolução de conflitos modifica os paradigmas na sociedade, demonstrando que existem outras formas de solucionar os conflitos para além do Poder Judiciário.

É nesse panorama que se visualiza a possibilidade de transformar-se a cultura do litígio por meio do uso das medidas alternativas de resolução de conflitos, considerada importante mudança no cenário.

A atividade no âmbito jurídico substitui a vontade das partes dando orientação ao conflito com base no sistema jurídico, sendo assim, não existe a chance de um conflito subjetivo entre as partes ser eliminado. Algumas das medidas alternativas de resolução de conflitos, como a conciliação e a mediação, sempre buscarão responsabilizar as partes por seus atos e, por meio do diálogo, estabelecer um acordo entre ambas¹⁶.

As medidas alternativas são uma excelente saída que gera alívio de cargas em demasia nos tribunais, viabilizando assim uma solução justa diante dos conflitos, de modo eficiente e ágil, verdadeiro “antídoto contra a inefetividade da via jurisdicional”.

O principal objetivo das medidas alternativas de resolução de conflitos é oportunizar a possibilidade de solucionar os conflitos de modo concreto e eficaz, sem permitir que alguma das partes se sinta insegura e com a sensação de inefetividade do judiciário, que, na maioria dos casos, diante da sobrecarga, não supre as necessidades dos litigantes. Sendo assim, a utilização das medidas alternativas é considerada uma relevante mudança no modo de pensar e no processo de resolução da lide, passando as partes a serem protagonistas.¹⁷

Existe uma nova concepção em relação aos conflitos, onde as divergências passam a ser oportunidades, as energias antagônicas se complementam e o Direito passa a ser solidário. Os homens não vivem isoladamente, são fragmentos que se conectam e o PJ não é descartável, onde as medidas alternativas visam diminuir a atuação jurisdicional, dar autonomia aos cidadãos e permitir que se chegue a um consenso diante dos conflitos¹⁸.

¹⁶ BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti; MELLO, Kátia Sento Sé. Mediação e Conciliação no Judiciário: Dilemas e significados. **Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, v. 4, 2010.

¹⁷ PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Os desafios para a integração entre o sistema jurisdicional e a mediação a partir do novo código de processo civil**. Quais as perspectivas para a justiça brasileira? Rio de Janeiro: Forense, 2015.

¹⁸ SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de Conflitos: da teoria à prática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.



Resta perquirir, no entanto, de que forma o Estado tem garantido tal acesso a todos os seus cidadãos, de modo equânime; como tem se desincumbido, se o tem, da tarefa de reduzir as desigualdades sociais, proporcionando aos menos favorecidos uma paridade de armas na guerra que se trava nas trincheiras do Judiciário.

Não se pode deixar de pontuar que o 'acesso à justiça', como dito, é um 'princípio constitucional', e na acepção jurídica de seu instituto importa em ser base, fundamento maior, função precípua do direito processual, seja em sua vertente fundamentadora, interpretativa ou de fonte subsidiária, é um dos pilares da prestação jurisdicional e se impõe seu efetivo exercício.

1.1 Conceito de Justiça e as ondas renovatórias

O termo Justiça é ambíguo, prestando-se a inúmeros usos para casos, situações e estados semelhantes, aproximados, porém não idênticos. Essa ambiguidade faz dele um termo próprio para a expressão de semânticas diversas a partir de um único significante.

Segundo Eduardo Bittar¹⁹, ao reconhecer a ambivalência do vocábulo, termo que comporta múltiplos sentidos, Aristóteles inicia o exame da sua primeira noção conceptual: a Justiça total, consistente na observância da lei, no respeito àquilo que é legítimo e que vige para o bem de todos. Nessa perspectiva, tudo que é legítimo é justo, e o homem justo é aquele sujeito que pratica atos que não transgridem as regras convencionais, preservando, de uma maneira geral, a ordem que beneficia o todo em que está inserido.

Sobreleva em importância, aqui, o papel do legislador cuja função é diretiva da comunidade política, agindo com vistas ao melhor para a sociedade. O fim das leis deve, necessariamente, ser o bem comum.

Sob o prisma do justo total, portanto, justiça e legalidade são uma e mesma coisa.

O filósofo grego trabalha ainda com a ideia do justo particular, espécie do gênero justo total ou universal, e que se refere ao outro singularmente no relacionamento direto entre as partes, e possui conceito menos amplo de alteridade. O justo particular subdivide-se em justo distributivo e justo corretivo. O primeiro se

19 BITTAR, Eduardo C.B. **A justiça em Aristóteles**. 2.ed.Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, pág. 88.

realiza no momento em que se faz mister haver uma atribuição aos sujeitos-membros de uma comunidade de bens pecuniários, honras, cargos, assim como deveres, impostos, responsabilidades e outros. Perfaz-se numa relação público-privada e ficou consagrada pela expressão 'dar a cada um o que lhe é devido'. A segunda, por sua vez, vincula-se à ideia de igualdade perfeita ou absoluta, dada a irrelevância do mérito dos sujeitos, advindo diretamente da impessoalidade da lei que não faz qualquer distinção ou estabelece qualquer tratamento diferenciado ao prescrever uma norma diretiva, sendo de aplicação geral o conteúdo daquela.

Não há como descurar, contudo, que o conceito de Justiça sofreu mutações ao longo dos séculos e que por vezes a sua coincidência com a noção de legalidade serviu apenas para justificar e perpetuar monstruosidades, a exemplo do que ocorreu com os regimes totalitários da Alemanha nazista e da Itália fascista, e mais recentemente, no Irã de Marmud Armadinejad.

Com efeito, a confirmação da sentença de morte por lapidação da iraniana Sakineh Mohammadi Ashitiani, com 43 anos de idade, fez tremular mundo afora, de modo vigoroso, a bandeira dos direitos humanos. A sociedade civil organizada, cidadãos individualmente considerados e até chefes de governos manifestaram reações contundentes contra a punição.

Segundo as leis iranianas, a mulher que trair o marido deve ser condenada à morte por apedrejamento. Tida por delinquente, é enterrada até a altura do peito. As pedras escolhidas não devem ser grandes a ponto de matar instantaneamente, nem pequenas a ponto de não causarem nenhuma dor. Vinte homens iniciam o lento ritual que termina somente com a declaração formal da morte da condenada.

A pressão internacional fez o governo iraniano adiar a execução e conceder-lhe liberdade anos depois, impondo-lhe a obrigação de viver em silêncio e no anonimato, para sua própria segurança.

No olhar ocidental, mesmo daqueles que adotam a pena de morte em suas legislações internas, a condenação afronta o primado dos direitos humanos. Discriminação indevida por basear-se numa perspectiva de gênero. Desproporcionalidade entre a conduta e a sua repressão. A conduta sequer chega a ser crime na maioria de seus países. Sob o olhar islâmico, trata-se de mera subsunção do fato à norma. Aplicação do princípio da legalidade, em que o direito fundamental à vida é mitigado nas situações estabelecidas pelo direito interno. Preservação da cultura de um povo.



Apesar de para muitos no oriente esse sentimento de revolta ser tipicamente ocidental, em razão de tal conduta representar fato corriqueiro e não constituir crime na maioria de seus países, a análise da questão perpassa pela ideia da possibilidade de os indivíduos e grupos humanos serem reduzidos a um conceito ou categoria geral, que a todos engloba; que todo homem deve ser considerado em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, apesar das múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais.

A questão longe está de ser pacífica, mas não há como descurar que, hodiernamente a concepção de justiça, num Estado que se diz Democrático de Direito, deve estar atrelada à noção dos direitos fundamentais da pessoa humana. Primar pelos direitos fundamentais dos cidadãos é dever do Estado na busca por uma sociedade harmônica e justa.

Nesse ponto, pode-se mencionar ainda, na atual situação pandêmica em que o mundo se encontra, a exigência do passaporte vacinal, ou a restrição de direitos aos que, por razões diversas, preferem não vacinar-se, como afronta à um direito fundamental, na medida em que, em diversos países, essa imposição e constrangimento, tem causado diversos transtornos de ordem moral, física e psíquica, sobretudo diante de diversos relatos de efeitos colaterais e da comprovada falta de eficácia em deixar de contrair e transmitir o vírus em questão.

Ainda assim, algumas autoridades mundiais, boa parte da imprensa e uma parcela da população tem constrangido a população ao aceite das doses “imunizantes”, com a rubrica do “bem comum”, mitigando o princípio individual da liberdade de escolha e levantando o questionamento de que até que ponto é justo ser obrigado a se expor à possíveis efeitos colaterais em prol de um bem coletivo que se quer é comprovado.

Esses e diversos outros assuntos igualmente polêmicos são diuturnamente cernes de debates, dentro e fora do judiciário, e se ater a princípios e acepções fundamentais podem e devem ajudar a dirimí-los.

Segundo Roberto de A.R. Aguiar²⁰ “a justiça é o dever-ser da ordem para os dirigentes, o dever-ser da esperança para os oprimidos”.

A complexidade e amplitude que envolve o conceito de justiça levam à inexorável conclusão de que variada é a maneira de alcançá-la numa sociedade plural

20 AGUIAR, Roberto A.R. de. **O que é Justiça: Uma abordagem dialética**. São Paulo:Alfa ômega, 1995, pág. 15.

como a nossa, sendo o acesso através do Poder Judiciário apenas uma delas e não a única, como de fato perpassa o imaginário de grande parte da população, que anseia por um amparo efetivo.

Nos dizeres de Paulo César Santos Bezerra²¹:

A par da visão leiga da Justiça através do Judiciário, há a prisão histórica de assim vislumbrar e tratar o problema do acesso à justiça, tanto dos doutrinadores, como dos advogados, promotores e até mesmo da magistratura. Dessa afirmativa, excluimos raras exceções formadas por aqueles que escapam de uma postura dogmática. O Poder Judiciário tem sido sobrecarregado de toda a responsabilidade pela falta de acesso à Justiça. Muitos dos que tratam o acesso à justiça numa visão reducionista do acesso ao processo, não agem assim por equívoco. Não se concebe equívoco tão primário a pensadores de tão demonstrados (quando não atribuídos, verdadeiros mitos com verniz de sapiência) saberes jurídicos. Na verdade, - consciente ou inconscientemente (o que é pior) – fazem coro e *quorum* a uma ideologia mascarada de inocência, que dirige para a responsabilização do Judiciário, pelas mazelas dos jurisdicionados.

Segundo Cappeletti e Garth *apud* Márcia Amaral²², o conceito de acesso à Justiça tem sofrido relevantes modificações ao longo do tempo. No Estado liberal burguês (séculos XVIII e XIX), significava apenas uma garantia formal do indivíduo de ajuizar ou contestar a ação, e correspondia a uma igualdade puramente formal. Com o advento do Bem-Estar Social, o acesso à Justiça passou a ser considerado um direito efetivo, objetivando-se a igualdade material das partes, havendo uma atuação positiva do Estado para garantir os direitos sociais básicos, como educação, saúde e direito ao trabalho. Busca-se, desse modo, estender a Justiça para o maior número de pessoas.

A expressão acesso à Justiça, como dito, é de difícil definição. Na visão de Cappeletti e Garth *apud* Márcia Amaral²³:

Serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

21 BEZERRA, Paulo César Santos. **Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pág. 94.

22 AMARAL, Márcia Terezinha Gomes. **O direito de acesso à Justiça e a Mediação**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, pág. 50.

23 *Ob.cit.* pág.51.

Como se vê, é muito mais abrangente do que o simples direito de acessar o Poder Judiciário, compreendendo, também, o acesso a uma ordem jurídica justa, extensiva ao maior número de pessoas possível.

A detecção dos óbices ao acesso do Judiciário e o estudo da forma mais adequada de superá-los, fez com que Cappelletti e Garth estruturassem as reformas do sistema de Justiça em etapas, as chamadas *ondas renovatórias*, movimento que representou uma sequência de arranjos intelectuais que refletem o próprio entendimento do papel do direito na sociedade.

Segundo Leslie Shériida Ferraz²⁴:

Na 'primeira onda' buscou-se fortalecer a assistência judiciária a partir da constatação de que a necessidade de contratar advogado é uma barreira ao ingresso nos Tribunais aos menos favorecidos (obstáculo econômico).

A 'segunda onda' – calcada na tese de que o processo tradicional, moldado nas relações individuais, não se adequava aos conflitos de massa então emergentes (obstáculo organizacional) – preconizava a tutela coletiva dos direitos.

Por fim, na 'terceira onda', a concepção do acesso à Justiça foi renovada e ampliada, preocupando-se com sua efetividade, pela aferição de que, em certas áreas ou tipos de conflitos, a solução tradicional, adjudicada, poderia não ser a mais adequada (obstáculo processual).

A terceira onda reclama por mudanças profundas e estruturais na administração da justiça, mais célere, conciliatória, acessível, desburocratizada e participativa, incluindo a postura proativa dos magistrados.

No ambiente da 'terceira onda' renovatória aparecem os meios alternativos de solução dos conflitos. Há quem sustente que o Brasil vivenciou as três ondas ao mesmo tempo; outros admitem que o País sequer experimentou, de fato, o movimento de acesso à Justiça.

Não há como descurar, contudo, que o surgimento dos Tribunais de Pequenas Causas - posteriormente Juizados Especiais, e a facilidade de acesso ao Poder Judiciário que proporcionou, acabou acarretando um novo sobrecarregamento da máquina judiciária, fazendo emergir a necessidade do aprimoramento daqueles meios alternativos de solução dos conflitos.

Mas não é só. Para a construção de um país justo e solidário, faz-se necessário que o Estado exerça definitivamente o papel de assegurar as condições materiais que permitam aos indivíduos exercerem sua igualdade e diferença. Que

24 FERRAZ, Leslie Shériida. **Acesso à Justiça – uma análise dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.

estabeleça dentro de um regime que se quer democrático, o espaço para a convivência, com tolerância e solidariedade, entre os mais diversos segmentos que formam esta multifacetada nação. Que assegure um espaço público em que possa haver a asserção dos direitos humanos através do exercício pleno da cidadania.

Nessa quadratura, o acesso ao poder Judiciário, alçado à condição de direito fundamental (art. 5º, XXXV da CF), consiste apenas numa das várias hipóteses de acesso à justiça, competindo ao órgão judicante, de modo geral, um olhar atento aos princípios inerentes ao paradigma do Estado Democrático de Direito, bem como, em face da desigualdade material reinante, que se proceda à justiça particular em sua modalidade corretiva, optando-se por uma interpretação includente dos hipocidadãos.

Também o Judiciário possui uma importante função social, consistente na garantia e efetividade dos direitos atribuídos pela cidadania. Compete-lhe a missão precípua de promover o acesso à justiça e à prestação jurisdicional de modo equânime, sem proceder à análise sobre o poder aquisitivo de quem lhe bate às portas. Cabe-lhe solucionar com celeridade os litígios que lhe são submetidos, de maneira a garantir o maior grau de satisfação às partes envolvidas, desburocratizando o sistema, resgatando-lhe a credibilidade.

1.2 Sistema de justiça multiportas (The multi-door Courthouse)

Segundo Lenza²⁵, a expressão “sistema multiportas de justiça” deve ser atribuída ao professor da Universidade de Havard Frank E.A. Sander, que aceitou o convite do então presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos para apresentar um trabalho sobre resolução de conflitos na Pound Conference que aconteceu no ano de 1976 em St. Paul, Minnessota (EUA). A tese central da proposta reside em afirmar que o Poder Judiciário não é a única ou a melhor forma de resolução de conflitos. Existem várias outras e uma delas é a mais eficiente e mais adequada.

Prossegue o renomado constitucionalista informando que a expressão quer descrever o saguão do fórum com várias portas para a solução de conflitos, seja a judicial, é claro, mas, também, ao lado desta, os meios alternativos, destacando-se a arbitragem, a mediação, a conciliação, a figura do *ombudsman*, a negociação, entre tantas outras. Uma das dificuldades no sistema multiportas consiste em estabelecer o

25 LENZA, Pedro. Ob.cit., pág. 1307.

critério para escolha da melhor alternativa, considerando a sua natureza, a relação entre os litigantes, o tamanho e complexidade da disputa, os custos envolvidos etc.

No direito nacional, o Código de Processo Civil trouxe algumas inovações nesse sentido, mesmo que mais timidamente se comparado com o modelo americano.

Com efeito, dispõe o art. 3º da lei processual civil, *verbis*:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 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 juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

O art. 42, a seu turno, dispõe que as causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir júízo arbitral, na forma da lei.

Embora seja garantida o direito de acesso ao Judiciário, a nova sistemática processual reforça o caráter substitutivo da solução adjudicada dos conflitos, incentivando, sempre que possível, que as próprias partes construam a solução mais adequada para o conflito por elas vivenciado.

Registra-se, por oportuno, que a norma processual civil de 2015 consagrou, ainda, o princípio da cooperação, dispondo que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), através da Resolução nº 125/2010, criou a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, “tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade”. Adota, assim, o princípio da adequabilidade quanto ao critério orientador da escolha do método cabível ao caso concreto.

O parágrafo único do art. 1º do normativo em tela dispõe que:

Aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334 do Código de Processo Civil de 2015, combinado com o art. 27 da Lei 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei de Mediação), antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.



Trata-se de importante norteador à atividade dos magistrados brasileiros, reforçando a ideia de matiz constitucional de que o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa e a soluções efetivas.

Dentro dessa perspectiva de cooperação, preconizada pela lei processual civil, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução n. 118, de 1º de dezembro de 2014, e que dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências, com o objetivo de assegurar a promoção da justiça e a máxima efetividade dos direitos e interesses que envolvem a atuação da Instituição.

São práticas autocompositivas no âmbito do Ministério Público a negociação, a mediação, a conciliação, as práticas restaurativas e as convenções processuais.

A negociação é recomendada para as controvérsias ou conflitos em que o Ministério Público possa atuar como parte na defesa de direitos e interesses da sociedade, em razão de sua condição de representante adequado e legitimado coletivo universal. É recomendada, ainda, para a solução de problemas referentes à formulação de convênios, redes de trabalho e parcerias entre entes públicos e privados, bem como entre os próprios membros do Ministério Público (art. 8º).

A mediação é recomendada para solucionar controvérsias ou conflitos que envolvam relações jurídicas nas quais é importante a direta e voluntária ação de ambas as partes divergentes. Recomenda-se que a mediação comunitária e a escolar que envolvam a atuação do Ministério Público sejam regidas pela máxima informalidade possível (art. 9º).

A conciliação é recomendada para controvérsias ou conflitos que envolvam direitos ou interesses nas áreas de atuação do Ministério Público como órgão interveniente e nos quais sejam necessárias intervenções propondo soluções para a resolução das controvérsias ou dos conflitos (art. 11).

As práticas restaurativas são recomendadas nas situações para as quais seja viável a busca da reparação dos efeitos da infração por intermédio da harmonização entre o(s) seu(s) autor (es) e a (s) vítima (s), com o objetivo de restaurar o convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos. Nas práticas restaurativas desenvolvidas pelo Ministério Público, o infrator, a vítima e quaisquer outras pessoas ou setores, públicos ou privados, da comunidade afetada, com a ajuda

de um facilitador, participam conjuntamente de encontros, visando à formulação de um plano restaurativo para a reparação ou minoração do dano, a reintegração do infrator e a harmonização social (arts. 13 e 14).

As convenções processuais, por sua vez, são recomendadas toda vez que o procedimento deva ser adaptado ou flexibilizado para permitir a adequada e efetiva tutela jurisdicional aos interesses materiais subjacentes, bem assim para resguardar âmbito de proteção dos direitos fundamentais processuais. Segundo a lei processual, poderá o membro do Ministério Público, em qualquer fase da investigação ou durante o processo, celebrar acordos visando constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais (arts. 15 e 16).

Observa-se, desse modo, a preocupação da Instituição com esse novo olhar que desjudicializa as questões, primando pelo diálogo e resolutividade.

1.3 O acesso gratuito ao Judiciário e seu uso indiscriminado

Ao lado das ondas renovatórias, o tema da gratuidade do acesso à justiça e seu uso indiscriminado merece especial atenção como alerta de uma nova forma de congestionamento do judiciário, como será melhor debatido nesse tópico.

Sabe-se que a acessibilidade à justiça é direito do cidadão, assegurado pela constituição federal de 1988, artigo 5º. Trata-se da garantia de um direito que deve ser respeitado por todos os órgãos estatais, sendo que para sua efetivação existe o mecanismo de gratuidade judiciária que, por meio de legislação específica (Lei n. 1.060/50), atribui não somente ao estado, mas também ao poder público, o acesso à justiça pelos cidadãos de modo efetivo, independentemente de sua condição econômica²⁶.

O acesso à justiça é considerado por Cappelletti e Garth²⁷ como o mais básico dos direitos humanos diante de um sistema judiciário moderno igualitário que, em vez de somente proclamar o direito de todos, também visa garantir esses direitos, onde o sujeito possa ser submetido a um tratamento igualitário quando comparado às demais pessoas que usufruem do sistema.

²⁶ NASCIMENTO, Meirilane Santana. **Acesso à Justiça**: Abismo, população e Judiciário. Âmbito Jurídico. 2015, p. 1. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-74/acesso-a-justica-abismo-populacao-e-judiciario/amp/>>. Acesso em: 05.set.2021.

²⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 12.

Embora a gratuidade de acesso à justiça seja um benefício social, existem alguns obstáculos e malefícios que impedem o adequado usufruto dessa garantia fundamental, dos quais podemos citar: a morosidade dos processos devido à grande quantidade de litígios, bem como elevados custos para o Estado. A morosidade dos processos é atribuída aos obstáculos previstos pelo Poder Judiciário que dificultam o reconhecimento da prestação jurisdicional do cidadão em relação à gratuidade da justiça e assim prolongam o ciclo, bem como ao fato de que os recursos são finitos e a demanda é infinita, onde embora o âmbito estrutural do sistema judiciário seja expandido, este nunca será suficiente diante da demanda²⁸.

Quando algo possui utilização e acesso livre, os benefícios passam a ser internalizados e os efeitos negativos passam a ser externalizados. O cenário do judiciário passa por um efeito denominado por muitos autores de “tragédia, traduzido por um sistema de difícil exclusão de acesso com aumento demasiado de processos a cada ano e por consequência aumento do número de recursos. Embora exista aumento dos recursos, a busca constante pela legitimação dos direitos sociais dos indivíduos esgota todas as formas de recursos e acessos concedidos tendo por base os seus interesses pessoais.

O abarrotamento do sistema judiciário e a morosidade dos litígios são consequência do aumento dos elementos internos e externos ao poder judiciário que tornam a tragédia da prestação judicial exausta. Para Avelar²⁹, cada sujeito que atua na figura de agente explorador de recursos judiciais em um determinado espaço promove uma redução da qualidade da prestação jurisdicional.

O sobreuso nesse processo é caracterizado pela utilização indiscriminada dos recursos e volume expressivo de ações. O subinvestimento ocorre quando o sujeito investe na exploração de um recurso comum e acaba internalizando os custos coletivos de todos que utilizam o mesmo recurso, porém sem realizar tal investimento, onde a tendência de todos aqueles que investiram e não investiram continue utilizando tais recursos.

No sistema judiciário brasileiro é assim, o sobreuso passa a ser utilizado quando não existem mais medidas que responsabilizem as partes pelos custos totais

²⁸ GICO JUNIOR, I. T. A **Tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário**. Tese de Doutorado. (P. d.-G. Departamento de Economia, Ed.) Brasília, DF, 2012.

²⁹ AVELAR, Matheus Rocha. **Manual de Direito Constitucional**. 4 ed. Curitiba, Juruá, 2008.

das ações judiciais, e o indivíduo, embora existam outras formas de resolução do problema, busca o judiciário sempre como a primeira solução. O subinvestimento surge diante da possibilidade de uso do benefício de acessibilidade gratuita à justiça, de todos os sujeitos buscarem pleitear esse direito, tendo ou não condição de suportar os custos do processo³⁰.

Segundo o Relatório Justiça em Números 2021³¹ (CNJ), os tempos de tramitação dos processos são apresentados com base em três indicadores: o tempo médio entre a data do início do processo até a sentença, o tempo médio entre a data do início do processo até o primeiro movimento de baixa e a duração média dos processos que ainda estavam pendentes em 31/12/2020. Essas estimativas guardam limitações metodológicas. A principal delas está no uso da média como única medida estatística para representar o tempo. A média é fortemente influenciada por valores extremos e, ao resumir em um único indicador os resultados de informações extremamente heterogêneas, pode apresentar distorções. Para uma análise de tempo mais adequada, seria importante recorrer aos quantis, boxplots e curvas de sobrevivência, considerando, por exemplo, o agrupamento de processos semelhantes, segundo classe e assunto, de forma a diminuir a heterogeneidade e a dispersão. Para essas análises, seria imprescindível recorrer aos dados de cada processo e não de forma agregada.

Os Tribunais Superiores e as Justiças Eleitoral e Militar Estadual se destacam por apresentar tempo médio do acervo inferior a 2 anos. O tempo médio do acervo da Justiça do Trabalho aumentou nos últimos dois anos, mantendo-se em patamar superior a 3 anos. Já as Justiças Estadual e Federal apresentam acervo com tempo de tramitação médio de, respectivamente, 5 anos e 4 meses e 5 anos e 8 meses. O tempo médio de acervo na Justiça Estadual se manteve no mesmo patamar de 2019. Também verifica-se o baixo tempo médio de acervo da Justiça Militar Estadual em relação aos outros ramos. Em 2020, o maior tempo de tramitação de acervo passou a ocorrer na Justiça Federal. Porém, a Justiça Estadual apresenta o maior tempo médio até a baixa do processo e até a sentença de todos os segmentos de Justiça, com respectivamente 3 anos e 9 meses e 2 anos e 7 meses.

³⁰ CARVALHO FILHO, Antônio. **Gratuidade judicial, sua presunção, sua comprovação e o novo CPC**. 2015.

³¹ Relatório Justiça em Números 2021. CNJ, 2021. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-justica-em-numeros2021-081021.pdf>>. Acesso em: 24 de outubro de 2021.

No que tange ao tempo de recebimento da ação até o julgamento da sentença entre o primeiro grau e o segundo grau, considerando o tempo médio de tramitação de toda a Justiça brasileira, enquanto no primeiro grau leva-se uma média de 3 anos e 2 meses, no segundo grau esse tempo é reduzido para praticamente um quarto desse tempo: 9 meses.

A fase de conhecimento, na qual o juiz tem de vencer a postulação das partes e a dilação probatória para chegar à sentença, é mais célere que a fase de execução, que não envolve atividade de cognição, mas somente de concretização do direito reconhecido na sentença ou no título extrajudicial. Porém, esse tempo pode ser prejudicado pelas dificuldades na execução e constrição patrimonial que ocorre nessa fase. Apenas em alguns Tribunais Eleitorais há raras incidências de tempo médio no segundo grau superando o tempo do primeiro grau, o que pode se dar em decorrência da sazonalidade desse segmento de Justiça.

Observa-se que mesmo diante dos constantes avanços tecnológicos, acelerados pela crise pandêmica vivenciada pelo mundo, e que obrigou as instituições a reverem seus modelos de atuação, ainda convive-se no Brasil com grande morosidade para apreciação dos feitos que são levados a julgamento no poder Judiciário.

O Poder Judiciário finalizou o ano de 2020 com 75,4 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva. Desses, 13 milhões, ou seja, 17,2%, estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, aguardando alguma situação jurídica futura. Dessa forma, desconsiderados tais processos, tem-se que, em andamento, ao final do ano de 2020 existiam 62,4 milhões ações judiciais.

Em 2020, foi constatada na série histórica a maior redução do acervo de processos pendentes, com a redução de cerca de dois milhões de processos, confirmando a contínua tendência de baixa desde 2017. A variação acumulada nesses três últimos anos foi na ordem de -5,2%. Até 2019, esse resultado derivava do crescente aumento do total de processos baixados, que atingiu o maior valor da série histórica no ano de 2019, valor bem superior ao quantitativo de novos processos no Poder Judiciário. Em que pese esse percentual tenha abaixado em 2020, ainda assim se encontra com uma diferença de dois milhões de processos entre a diferença de casos baixados (27,9 milhões) e casos novos (25,8 milhões), o que significa que, em 2020, o judiciário permaneceu julgando mais do que o número de casos novos. Assim,



o Índice de Atendimento à Demanda (IAD), que mede a relação entre o que se baixou e o que ingressou, no ano de 2020 foi de 108,2%.

Ainda segundo o relatório Justiça em Números-2021, durante o ano de 2020, em todo o Poder Judiciário, ingressaram 25,8 milhões de processos e foram baixados 27,9 milhões. Houve decréscimo dos casos novos em 14,5%, com redução dos casos solucionados em 20,8%. A demanda pelos serviços de justiça assim como o volume de processos baixados diminuíram em relação ao ano anterior. Além de 2019 ter apresentado o maior valor da série histórica, o número foi impactado pela pandemia covid-19. Se forem consideradas apenas as ações judiciais efetivamente ajuizadas pela primeira vez em 2020, sem computar os casos em grau de recurso e as execuções judiciais (que decorrem do término da fase de conhecimento ou do resultado do recurso), tem-se que ingressaram 17,6 milhões ações originárias em 2020, -12,5% do que no ano anterior.

Vive-se uma constante reforma do judiciário no Brasil, que tenta ser modificada pelo CPC, CP e Emendas Constitucionais com objetivo de tentar organizar os processos e oportunizar ferramentas que possam atender as necessidades sociais de uma forma mais hábil.

Nesse cenário, os métodos alternativos de resolução de conflito são necessários para que muitos conflitos deixem de ocupar o sistema judiciário e reduzam a carga excessiva dos magistrados. Uma solução encontrada é que as pessoas devam ser estimuladas a buscar por soluções dos seus próprios litígios a fim de aumentar o nível de satisfação e possibilidade de cumprimento dos acordos de ambas as partes.



2. MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO BRASIL

Como já se disse, o conflito é algo natural, inevitável, possuidor de aspectos destrutivos e construtivos e pode ser tratado sob três enfoques: o da prevenção, o da administração e o da resolução. Tais enfoques podem se dar de forma autocompositiva (as próprias partes o previnem, administram-no e o resolvem) ou heterocompositiva (quando um terceiro é chamado a fazê-lo).

Num país, como o Brasil, em que o acesso à Justiça é alçado à condição de direito fundamental, como valor alicerçante de um Estado Democrático de Direito, há de se garantir um sistema que contenha um cabedal de métodos de tratamento dos conflitos, os quais poderão ser escolhidos de acordo com sua adequabilidade ao caso concreto. A Resolução nº 125 do CNJ, como se viu, constitui tentativa válida de preenchimento dessa lacuna.

Segundo dados de levantamento feito pelo Conselho Nacional de Justiça, através da publicação *Justiça em Números*³², edição 2020, o Poder Judiciário finalizou o ano de 2019 com 77,1 milhões de processos em tramitação, que aguardavam alguma solução definitiva. Tal número representa uma redução no estoque processual, em relação a 2018, de aproximadamente 1,5 milhão de processos em trâmite, sendo a maior queda de toda a série histórica contabilizada pelo CNJ, com início a partir de 2009.

O Relatório apresenta também os gargalos da Justiça brasileira. A litigiosidade no Brasil permanece alta e a cultura da conciliação, incentivada mediante política permanente do CNJ desde 2006, ainda apresenta lenta evolução. Em 2019, apenas 12,5% de processos foram solucionados via conciliação. Em relação a 2018, houve aumento de apenas 6,3% no número de sentenças homologatórias de acordos, em que pese a disposição do novo Código de Processo Civil (CPC), que, em vigor desde 2016, tornou obrigatória a realização de audiência prévia de conciliação e mediação. Conforme registrado no citado Relatório, aproximadamente 31,5% de todos os processos que tramitaram no Poder Judiciário foram solucionados.

32 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2020: ano-base 2019**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%Bameros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>>. Acesso em: 24 de maio de 2021.

Como se vê, nesse sistema de métodos de tratamento de conflitos, o mais utilizado continua sendo o judicial, que é indicado para a resolução de determinados tipos de conflitos, não o sendo para outros.

Como bem anotado por Arlé³³, num sistema eficaz de tratamento de conflitos, os métodos não se destinam a substituir um ou outro, não há método melhor do que outro e não há um método que deva ser utilizado como prioritário e em relação ao qual os demais sejam alternativos. O que existe, de fato, é um sistema complementar.

Nessa quadra, surge o argumento de que estariam ultrapassadas expressões como “métodos alternativos de resolução de conflitos”, “resolução alternativa de disputas” ou “resolução alternativa de conflitos”.

A origem da resolução de conflitos se deu antes mesmo do surgimento do Estado, época em que os conflitos de interesses eram resolvidos por meio da força ou da imposição da vontade um sobre o outro (autodefesa ou autotutela). Contudo, com a criação do Estado, o poder de decisão frente os conflitos de interesses passaram a ser de titularidade do Poder Público, ou seja, ocorre a transferência do poder decisório das partes (autonomia) para um terceiro (heteronomia)³⁴

A utilização das então nominadas medidas alternativas de resolução de conflitos advém desde o ano de 1824, nas Ordenações Filipinas³⁵. Contudo, desde a década de 70 houve uso desses métodos, na época de movimentos que preconizavam o acesso à justiça e clamavam por disputas a fim de melhorar as relações sociais entre os envolvidos no conflito. Esses movimentos ocorridos nos Estados Unidos, influenciaram o sistema jurídico brasileiro para a criação de juizados especiais no ano de 1995, baseados na Lei nº 9.099/95³⁶.

Desde então, diversos projetos foram realizados a fim de estimular a legislação processual e devido aos resultados positivos desses projetos e da necessidade constante da elaboração de políticas públicas nacionais para a

33 ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano. **O que são, afinal, negociação, mediação, conciliação e justiça restaurativa?**. In: Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Edição Autocomposição, 2018, pág.10.

34 CABRAL, Marcelo Malizia. **Os meios alternativos de resolução de conflitos: instrumentos de ampliação do acesso à justiça**. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 176 p. (Coleção administração judiciária, v. 14), 2013.

35 WATANABE, Kazuo. Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 36, n. 195, 2011.

36 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resultados das edições da Semana Nacional de Conciliação: Estatísticas 2015- Global**. CNJ, 2016.

resolutividade desses conflitos, foi aprovada, pelo CNJ, como se viu, a Resolução nº 125 no ano de 2010.

A normativa preconizava recuperar a imagem do Judiciário perante a sociedade por meio dos seguintes objetivos: disseminação da cultura da pacificação social e estimulação da prestação de serviços autocompositivos de qualidade; incentivo aos tribunais quanto à organização e planejamento de programas amplos de autocomposição e reafirmação da função de agente apoiador da implantação de políticas públicas do CNJ³⁷.

Dentre os métodos complementares de tratamento dos conflitos, encontram-se a negociação, a conciliação, a mediação, as convenções processuais e os processos de justiça restaurativa, apenas para citar alguns.

2.1 Da Negociação

No entendimento de Cabral³⁸, a negociação que deriva do latim *nec* (nem, não) mais *ocium* (ócio, repouso) é o conjunto de ações que são praticadas para atingir uma meta.

O ser humano em sua essência é um ser social e por viver em sociedade em alguma fase de sua existência terá a necessidade de negociar algo. Algumas pessoas, por possuírem aptidão em lidar com negociações, já trabalham o uso de ferramentas de modo mais prático. Outros sujeitos necessitam de habilidades para executar uma determinada negociação³⁹.

A capacidade de negociar de acordo com Sathler⁴⁰, emergiu com a evolução do ser humano e o desenvolvimento cognitivo. Numa visão mais abrangente ou pluralista, a negociação é um processo de comunicação bilateral que tem por objetivo chegar a uma decisão conjunta através de um processo de comunicação, com o propósito de atingir um acordo agradável que produza efeitos duradouros ao relacionamento dos participantes.

³⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resultados das edições da Semana Nacional de Conciliação: Estatísticas 2015- Global.** CNJ, 2016.

³⁸ CABRAL, Marcelo Malizia. **Os meios alternativos de resolução de conflitos: instrumentos de ampliação do acesso à justiça.** Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 176 p. (Coleção administração judiciária, v. 14), 2013.

³⁹ WACHOWICZ, Marta Cristina. **Conflito e negociação nas empresas.** Curitiba: IBPEX, 2012.

⁴⁰ SATHLER, Ana Cristina. **Mediação de conflitos e negociação.** Editora Senac. 2018.



Conforme Wachovicz⁴¹, os elementos que envolvem a gênese da negociação compreendem: tempo, poder e informação. O tempo estabelece o prazo; o poder presume o fator de influência de ambas as partes que estão negociando algo; já a informação diz respeito aos relatos da situação para que posteriormente exista a negociação.

A negociação pode ser classificada em integrativa, distributiva (caso em que é chamada de “barganha”, “regateio”, “negociação com base em posições”, “negociação competitiva” ou “negociação posicional”) e cooperativa (caso em que é chamada de “negociação de Harvard”, “negociação com base nos interesses”, “negociação segundo princípios”). A negociação quando integrativa, busca maximizar o campo de interesses comuns; na versão distributiva, separa os campos de interesses dos sujeitos; e na versão cooperativa, faz uso de terceiros com objetivo de facilitar o diálogo entre as partes e solucionar o conflito⁴².

Arlé⁴³ nos traz, ainda, a informação de que Ruben Alberto Calcaterra propõe a negociação que denomina de estratégica em que são necessários conhecimentos de negociação colaborativa e também de negociação competitiva, sendo aconselhável, sempre, que se inicie a negociação colaborativamente para, só após explorados os interesses das partes, agir competitivamente em relação aos interesses realmente opostos.

Para que uma negociação ocorra, independentemente do estilo adotado, deve-se implementar estratégias e táticas que permitam que os conflitos e divergências sejam solucionados. Nesse âmbito ocorre a tomada de decisão e ambas as partes assumem as consequências dos resultados. A boa negociação, numa visão sistêmica, é aquela em que as partes ou os envolvidos conjugam seus interesses e saem satisfeitas com o resultado conhecido como ganha-ganha, onde ambas as partes saem beneficiadas.

A negociação – forma espontânea de autocomposição - embora seja essencialmente praticada em relações comerciais, tem por finalidade evitar desacordo e pejejas judiciais, contudo, também está presente nas relações interpessoais ligadas

⁴¹ WACHOWICZ, Marta Cristina. Conflito e negociação nas empresas. Curitiba: IBPEX, 2012.

⁴² VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. Imprensa: Rio de Janeiro, Forense, São Paulo, Método, 2017.

⁴³ ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano Ob.cit., pág. 11.

principalmente ao direito de família em casos de alimentos e herança, embora tenha que se solicitar homologação junto ao Poder Judiciário por força de lei⁴⁴.

Idalberto Chaves⁴⁵ define como sujeitos participantes do processo de negociação: pessoas, problemas e propostas. Para que uma boa negociação aconteça, deve existir clareza das propostas, objetividade dos argumentos e o saber ouvir. A segurança e confiança entre as partes só acontece diante de uma negociação bem fundamentada, que consegue preservar o relacionamento entre os sujeitos e que exige colaboração de todos.

Relembre-se, aqui, do princípio da cooperação previsto no art. 6º do CPC 2015, sobre o qual falamos alhures.

A negociação é de longe a opção mais eficaz, quando bem-sucedida, porque além de oferecer uma solução satisfatória para o conflito, também promove vínculo duradouro entre as partes, que pactuam e cumprem seus termos voluntariamente sem imposições.

Na definição de Arlé⁴⁶, trata-se de um processo técnico de comunicação entre as partes, que, sem a intervenção de um terceiro, visam encontrar, conjuntamente, a melhor solução para resolvê-lo, sendo a negociação, assim, um processo direto de autocomposição. Desse modo, diferencia-se da conciliação e da mediação por não contar com a presença de um terceiro neutro.

Sobre o assunto, Dallefi⁴⁷ assevera que a negociação é uma tentativa de acordo onde as partes buscam uma transação e expõem seus argumentos, usado muito entre advogados. Nos Estados Unidos, a negociação é inclusive incluída na grade curricular e se mostra muito eficaz. Porém, muitos a criticam porque pode colocar em risco o relacionamento das partes não havendo posteriormente o efetivo cumprimento, uma vez que o termo final é feito por contrato e quando não redigido de maneira correta, dentro dos parâmetros e requisitos legais pode se tornar inexecutável e, ainda, gerar mais uma demanda judicial.

⁴⁴ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Ob.cit.12..

⁴⁵ SATHLER, Ana Cristina. Ob.cit.p.45..

⁴⁶ Ob.cit., pág. 10.

⁴⁷ DALLEFI, Nayara Maria Silvério da Costa. **O Acesso à Justiça e a Defensoria Pública Como Forma de Solução de Conflitos, Prestando Assistência Jurídica a Todos Necessitados**. Faculdade Toledo: Presidente Prudente. 2008.

2.2 Da Mediação

Segundo Buitoni⁴⁸, a mediação é uma forma de autocomposição dos conflitos, com o auxílio de um terceiro imparcial, que nada decide, mas apenas auxilia as partes na busca de uma solução. Para Nazareth⁴⁹, trata-se de um método de condução de conflitos, aplicado por um terceiro neutro e especialmente treinado, cujo objetivo é restabelecer a comunicação produtiva e colaborativa entre as pessoas que se encontram em um impasse ajudando-as a chegar a um acordo.

Reconstruindo as origens da mediação, disserta Márcia Terezinha Gomes Amaral⁵⁰:

[...] em quase todas as culturas do mundo existiu a mediação, tais como: judaicas, cristãs, islâmicas, hinduístas, budistas e indígenas. Nas antigas comunidades judaicas, a mediação era usada por líderes religiosos e políticos, visando solucionar conflitos. Posteriormente, na Europa mediterrânea, na África do Norte e no oriente Médio, os rabinos praticaram a mediação para decidir questões religiosas, pois os judeus em muitos lugares não tinham acesso a outros meios de resolução de disputas. Essas tradições judaicas foram utilizadas pelos cristãos emergentes, que consideravam Cristo como supremo mediador. A Bíblia (1Tm 2, 5-6) menciona Jesus como mediador entre Deus e o homem: “Pois há um só Deus, e um só mediador entre Deus e os homens: o homem Cristo Jesus, que se entregou em resgate por todos”. Enfim, por muito tempo na Europa, até a época renascentista, a Igreja Católica e a Igreja Ortodoxa foram as principais instituições de resolução de conflitos, quando o clero exercia o papel de mediador nas disputas familiares, criminais e diplomáticas entre os membros da nobreza. Bianchi (1978, apud MOORE, 1998) descreve um caso de estupro, ocorrido na época medieval, em que a Igreja deu abrigo ao ofensor durante a resolução de um conflito, servindo o clero como intermediário entre as famílias, culminando com um acordo no qual a família do estuprador aceitou indenizar a família da vítima, além de ajudar a mulher a encontrar um marido.

Na mediação, portanto, um terceiro auxilia as partes na busca de uma solução satisfatória para ambas, sem, contudo, opinar diretamente sobre a lide em questão, utilizando-se de técnicas que propiciem oportunidades para que possam tomar decisões, restabelecendo a comunicação entre elas e preservando as relações que existiam antes do conflito.

48 BUITONI, Ademir. A ilusão do normativismo e a mediação. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 87, p.109-114, 2006.

49 NAZARETH, E.R. **Mediação, um novo tratamento do conflito**, in Nova realidade do direito de família, tomo I, COAD, Rio de Janeiro, 1998.

50 *Ob.cit.* pág. 62.

Dizemos que na conciliação, o papel do conciliador é sugerir a solução consensual do conflito, após ouvir as partes em litígio intervindo por vezes para forçar um acordo a fim de evitar um processo judicial. Na mediação, o papel do mediador é mais amplo porque visa trabalhar o conflito, orientando as partes para que descubram suas causas e tentem resolvê-las, visando alcançar suas próprias soluções para a controvérsia.

Na conciliação a finalidade é a realização de acordo entre as partes. Na mediação o acordo é mera consequência, pois visa reconstruir o diálogo entre as partes, resolvendo o conflito de forma integral e não somente a lide processual..

Por fim, tem-se que enquanto na conciliação a relação entre as partes é meramente circunstancial, na mediação o terceiro imparcial estimula as partes a encontrarem soluções para suas controvérsias, sendo indicada para relações contínuas e duradouras, como ocorre nos conflitos familiares e de vizinhança. Seu objetivo é a pacificação social e não apenas a obtenção de um acordo entre as partes, como ocorre na conciliação.

Sobre sua forma e vantagens, disserta Ruberlei Bulgareli⁵¹:

A Mediação deve ser conduzida de forma confidencial, onde as próprias partes decidirão pacificamente a melhor solução, oriunda da vontade das partes de forma colaborativa e não conflitiva. A grande vantagem do método é a preservação das relações, pois normalmente as partes possuem interesses na continuidade do relacionamento, por se traduzir em benefícios mútuos que momentaneamente foi abalado por questões diversas, além da enorme rapidez e agilidade na conclusão do processo (em média de dois a três meses), que tem custo reduzido em comparação à forma judicial. Tendo em vista que o acordo firmado advém da vontade das partes, e não pela decisão impositiva de um terceiro, ele se traduz de forma mais justa, sem prejuízos para um lado, não prevalecendo a máxima de que para um ganhar outro tem de perder. Dentre os principais benefícios deste recurso, destaca-se a rapidez e efetividade de seus resultados, a redução do desgaste emocional e do custo financeiro, a garantia de privacidade e de sigilo, a facilitação da comunicação e promoção de ambientes cooperativos, a transformação das relações e a melhoria dos relacionamentos.

Didier Jr. preconiza que⁵²:

A mediação é uma técnica não estatal de solução de conflitos, pela qual um terceiro se coloca entre os contentores e tenta conduzi-los à solução autocompost

51 Disponível em: <http://www.sesconms.org.br/artigo_ler.asp?codigo=30>

52 DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, ed.19, Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017, p.106.



a. O mediador é um profissional qualificado que tenta fazer com que os próprios litigantes descubram as causas do problema e tentem removê-las. Trata-se de técnica para catalisar a autocomposição.

Essa abordagem talvez seja uma das mais interessantes formas de solução de conflitos, pois trata o conflito como um problema a ser superado não apenas naquele caso concreto específico, mas sim como análise geral do contexto conflituoso. O Projeto de Lei do Senado no 517, de 2011, que trata da “mediação como instrumento para prevenção e solução consensual de conflitos”, conceitua que a mediação “é um processo decisório conduzido por terceiro imparcial, com o objetivo de auxiliar as partes a identificar ou desenvolver soluções consensuais”.

Para Pinho⁵³ esse método deve estar configurado pela voluntariedade e habilidade do mediador, cooperatividade e acordo mútuo, ausência de sentimentos, informalidade, contraposta a interesses e atuação neutra a fim de facilitar a busca por um acordo.

A mediação é das primeiras possibilidades a ser ofertada para as partes com objetivo de resolução do conflito. O Estado, caso mantenha-se distante, e não havendo consenso entre as partes, principalmente em casos que envolve classes menos favorecidas, a disputa será solucionada pela autodefesa ou autotutela.

A solução para o conflito poder ser ainda direcionada para a adjudicação, possibilidade que seria mais facilmente aventada com disponibilidade e acesso à justiça e ao judiciário, com o Estado mais próximo da comunidade, não restrito às classes mais abastadas e capaz de compreender os reflexos da controvérsia e os desdobramentos possíveis, já que falta conhecimento aos primeiros, o que, em si, constitui uma barreira ao processo de mediação⁵⁴.

Nessas duas vertentes, da violência e do processo, abre-se um leque para que o mediador possa atuar evitando a polaridade da disputa. A mediação, mediante a clareza de objetivos em busca de um consenso entre as partes, previne futuros conflitos, processos judiciais e até mesmo violência, cedendo instrumentos e conhecimento para que as tratem adequadamente.

Na mediação, denomina-se mediador aquele que busca ajudar, sem a possibilidade de expressar opinião ou juízo de valor, podendo somente dialogar com

⁵³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. jan-jun, 2010. Ano 4. v.5. p. 63-94, jan-jun, 2010.

⁵⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Ob. cit. p. 63-94.



as partes sobre os problemas que geraram o conflito, para que possam concluir uma solução. O mediador deve agir com imparcialidade, com habilidade suficiente para modular os discursos, identificando pontos de interesses comuns, com enfoque no objeto de conflito, compreendendo toda conjuntura que se encontra na gênese da disputa, onde sentimentos interferem na visão e devem ser desconsiderados para o sucesso do procedimento. Sendo assim, cabe ao mediador ter um posicionamento passivo, apenas conectando os discursos, sem deixar claro seu ponto de vista, opiniões e soluções, alertando somente sobre a razão e consequências de determinadas opções, mantendo seu posicionamento de avaliador⁵⁵.

A mediação tem caráter multidisciplinar por envolver uma diversidade de ramos de conhecimento, dentre os quais o direito, psicologia e administração, contudo, o fato de ser multidisciplinar, interfere sua concretização, pois o mediador, apesar de ter habilidades, deve ser reconhecido pelas partes como indivíduo proativo capaz de conduzir o litígio.

A mediação tem suas características peculiares, portanto é baseada em alguns princípios, conforme disposto no artigo 166 do CPC/2015: princípio da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada⁵⁶.

Os princípios da independência e da imparcialidade referem-se especificamente aos mediadores. Pelo princípio da independência os mediadores deverão conduzir as sessões de mediação sem sofrer qualquer interferência/pressão interna ou externa, ou seja, eles possuem as prerrogativas para recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para seu bom desenvolvimento, sem influência das partes, de terceiros, do próprio judiciário e até mesmo do conflito⁵⁷.

Quanto ao princípio da imparcialidade, o mediador deve ser imparcial, ou seja, agir com ausência de favoritismo ou preferência, e não possuir qualquer interesse nas situações tratadas nos conflitos. O mediador imparcial é aquele que

⁵⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Ob.cit. p. 63-94.

⁵⁶ BRASIL. REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código DE Processo Civil)**. 2015.

⁵⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2015: ano-base 2014**. Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2015.



desempenha seu papel de forma profissional e técnica, aplicando as ferramentas necessárias, sem qualquer interferência a fim de beneficiar alguma das partes⁵⁸.

O princípio da autonomia da vontade se dá pelo fato da mediação se tratar de um instituto voluntário, ou seja, as partes têm a liberdade de escolher este método de lidar com seu conflito. É neste sentido que o novo CPC prevê em seu artigo 334, parágrafo 4º, que não ocorrerá a audiência de mediação se ambas as partes manifestarem de modo expresso que não possuem interesse ou quando a causa não admitir autocomposição e, ainda, no parágrafo 4º, do artigo 166, os mediandos podem decidir inclusive quanto à definição das regras procedimentais da sessão⁵⁹.

O princípio da confidencialidade almeja manter em sigilo o que foi debatido nas sessões de mediação. Com essa garantia as partes conseguem promover um diálogo sincero e sem receio de expor seu ponto de vista. É neste sentido que os parágrafos 1º e 2º, do artigo 166, do código de processo civil, estipulam que as informações produzidas no decorrer do procedimento não podem ser utilizadas fora dele e os mediadores e seus auxiliares não poderão depor ou divulgar sobre fatos das sessões de mediação. Por fim, o princípio da informalidade refere-se à simplicidade com que o procedimento deve ser realizado, utilizando de uma linguagem informal para aproximar as partes⁶⁰.

Nos casos em que a natureza do conflito é de cunho material, sem ou com uma parcela pequena de carga emocional, a mediação é indicada para solucionar os problemas. Caso a natureza do conflito seja somente emocional, como conflitos familiares, inicialmente deve-se elaborar um acordo, para que possa ser estabelecida uma mediação transformativa ou terapêutica, com foco no tratamento da relação e da comunicação deficiente, sem necessidade de acordo, apenas de compreensão entre as pessoas configuradas no conflito⁶¹.

Independentemente do modelo, a mediação é um instrumento democrático e está à disposição de todos os que desejam resolver seus impasses de forma harmoniosa, sem competições, já que é atividade eminentemente privada. Não é um

⁵⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2015**: ano-base 2014. Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2015.

⁵⁹ BRASIL. REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código DE Processo Civil)**. 2015.

⁶⁰ BRASIL. REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código DE Processo Civil)**. 2015.

⁶¹ SANCHEZ, Helena Nadal. La mediación: una panorámica de SUS fundamentos teóricos. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Ano 4. Vol. 5. p. 116-145, jan-jun, 2010.

instrumento a ser manuseado somente pelos operadores do direito, não é exclusivo, nem deve ser entendido assim.

O próprio ordenamento jurídico atual permite acordos extrajudiciais que, eventualmente, podem ser obtidos por meio da mediação, cujo termo constituirá título executivo extrajudicial, conforme previsão expressa pela Lei da Mediação (nº 13.140) promulgada no ano de 2015, no Novo CPC (Lei nº 13.105/15) e na Resolução CNJ nº 125 implementada no ano de 2010. É possível, também, que as partes submetam o acordo à homologação judicial, hipótese de jurisdição voluntária, a fim de que o instrumento atinja *status* de título executivo judicial, conforme o artigo 515, inciso III do CPC⁶².

A mediação assemelha-se à conciliação, contudo, o aspecto considerado diferente dos métodos vem ser o posicionamento e atividade do mediador, onde, na mediação, passa a ser neutro, menos ativo, deixando que as partes busquem por si sós a solução para o caso em litígio. O vínculo de confiança entre as partes, denomina-se *rapport*, e esse elemento reflete na facilidade de comunicação entre as partes, não podendo ser equiparado ao juiz, pois não existe centralidade do poder⁶³.

Esse tipo de método facilita a solução de conflitos através de terceiros que intermedeiam o conflito, posicionando as partes de modo igualitário, sem superioridade frente ao magistrado, passando, desse modo, sentimento de confiança na relação com o mediador. Ainda na linha da mediação, essa possibilita comunicação entre as partes envolvidas, compartilhando sentimentos, problemas, soluções e mudanças de atitudes a fim de pacificar o problema.

Farias e Rosenvald⁶⁴ lembram que o escopo precípua da família passa a ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regido o núcleo familiar pelo afeto, como mola propulsora, sendo o instituto da mediação como o único instrumento capaz de promover esse progresso humano, visto que prioriza a convivência social, deixando de lado o entendimento de que os conflitos só têm soluções perante o judiciário.

⁶² BRASIL. REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código DE Processo Civil)**. 2015.

⁶³ CABRAL, Marcelo Malizia. **Os meios alternativos de resolução de conflitos**: instrumentos de ampliação do acesso à justiça. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2013.

⁶⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 9. ed. rev. e atual - Salvador: Ed JusPodlvm, 2016.

Se compreendermos tal posicionamento teremos um grande avanço na sociedade civil e, conseqüentemente na convivência pacífica e social. O instituto da mediação aplicado ao direito de família faz-se relevante, na medida em que este se correlaciona não somente com bens e garantia patrimonial, e sim com o convívio familiar e com o lado emocional, dessa forma, a mediação buscará, além de acordar a lide, melhorar a convivência social, com o fito de reaproximar as partes.

Destarte, verifica-se que os métodos complementares de tratamento de conflitos são importantes meios na gênese da pacificação social, podendo ser valoroso se aplicados com mais ênfase no Poder Judiciário, minimizando assim a dinâmica processual, concedendo celeridade aos processos, garantia de estatura constitucional.

2.3 Da Justiça Restaurativa

Não existe a possibilidade de tratar do instituto no âmbito criminal da justiça restaurativa sem fazer uma análise histórica do processo. Os primeiros indícios de aplicabilidade da justiça restaurativa advêm do Ocidente, em um caso onde houve o uso da medida conciliatória entre a vítima e o ofensor, dando origem a diversos movimentos restaurativos pelo mundo. Desde a década de 1970 existem resquícios da justiça restaurativa, fortes movimentos entre advogados e acadêmicos de direito para a proteção dos direitos dos condenados, restrição do uso da prisão e aperfeiçoamento das condições dentro das instituições, uma nova compreensão do comportamento do sujeito criminoso e sua ligação com o ambiente social, sem contar as elevadas taxas de criminalidade nas cidades grandes e a organização de grupos que apoiavam as vítimas dos crimes⁶⁵.

A primeira mediação vítima-ofensor ocorreu no Canadá no ano de 1974 quando dois acusados de vandalismo restituíram suas vítimas. A partir de então no ano de 1989 o governo americano decidiu utilizar tal medida para resolução de conflitos gerados por adolescentes com resultados satisfatórios. No ano de 2012 foi criada a resolução nº 2002 da ONU, com o objetivo de incentivar a pacificação social. Desde então os países começaram a buscar metodologias que auxiliassem na garantia dessa paz social.

⁶⁵ SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal**. O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p, 24-25.



Com o advento da Constituição de 1988 no Brasil e por meio da Lei n. 9.099, sancionada no ano de 1995, pelos juizados especiais, houve a efetivação do modelo restaurativo. Esse modelo auxiliou na celeridade da solução de conflitos com base nos princípios da simplicidade, informalidade, oralidade e economia processual. A Justiça restaurativa ganhou destaque no Brasil na última década, maior ênfase de aplicabilidade nos estados de São Paulo, Rio grande do Sul, Bahia, Distrito Federal e Maranhão. A intenção dos Estados seria solucionar a crise do sistema punitivo diante da elevada incidência de crimes e falhas das penas mediante suas justificativas.

A justiça restaurativa não deve ser considerada como um mapa, mas sim como um princípio que pode ser visto como uma bússola que realiza um direcionamento e convida à exploração. Além disso pode ser considerada um processo que envolve aqueles sujeitos que tem uma participação em determinada ofensa para que possam identificar de modo coletivo os danos e para que possam saber lidar com eles, diante de suas necessidades e obrigações e, assim, colocar as coisas no lugar e sentido correto.

Conforme Slakmon⁶⁶, a justiça restaurativa deve ser considerada um processo estritamente voluntário com relevância informal, sem peso no cenário judicial, com intervenção de um ou mais facilitadores ou mediadores, podendo se fazer uso das medidas de conciliação, mediação ou transação para que possam alcançar o resultado restaurativo e assim um acordo entre as necessidades individuais e coletivas das partes, alcançando como consequência a reintegração social da vítima e do infrator.

Para Arlé⁶⁷, procedimento restaurativo é toda forma de processo, como conjunto ordenado de atos, no qual a vítima e ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime ou ato infracional, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime ou do ato infracional, com a ajuda de um facilitador. Conforme a resolução nº 12 de 2002 do Conselho Econômico e Social da ONU, os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária e os círculos decisórios. Seu principal objetivo vem ser a restauração de vínculos. As práticas restaurativas não buscam por culpados e muito menos por punições diante de

⁶⁶ SLAKMON, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto. **Justiça Restaurativa**. Coletânea de Artigos. Rio de Janeiro, PNUD, 2005. p, 20.

⁶⁷ Ob.cit.,pág. 14.



conflitos, mas permite aos envolvidos o entendimento acerca das motivações e necessidades que levaram ao desenvolvimento de tal, a fim de restaurar as relações entre os sujeitos, reparar patrimônios e promover a segurança de todos.

As partes conectadas a determinada ofensa têm a possibilidade de discutir e resolver de modo coletivo as consequências práticas dela e as suas implicações no futuro⁶⁸.

Sendo assim, a justiça restaurativa aborda de forma pacífica e colaborativa a resolutividade dos conflitos, podendo ser empregada em uma diversidade de situações, quer seja no âmbito familiar, profissional, escolar, jurídico, etc., podendo também, usar diferentes tipologias para o alcance de metas, incluindo diálogos entre o ofensor e a vítima, conferências entre grupos, círculos de sentenças, entre outros.

As práticas restaurativas oportunizam espaços de diálogo e tanto podem ter uma aplicação preventiva (visando evitar atos violentos ajuda, orientando, quanto à gestão de um conflito) quanto uma aplicação reparadora, responsabilizadora e reintegrativa (posterior a um ato de violência). Para ambos, é elaborado um acordo contendo as ações e atitudes que as pessoas passarão a tomar para lidar com o ocorrido de forma positiva, para assumir compromissos que evitem o surgimento de novos danos e favoreçam a reintegração comunitária.

Por não apresentar rigidez e especificidade em seu formato, torna-se flexível conforme a realidade e necessidade oriundas de cada caso concreto, contudo, obrigatoriamente, deve estar embasada em princípios e valores, que a norteiam de modo universal. Entre os princípios básicos da prática restaurativa, encontram-se: as garantias processuais fundamentais que concedam segurança para um tratamento justo com os envolvidos; o direito à assessoria jurídica; o direito à informação sobre seus direitos e deveres, antes do acordo do processo restaurativo; voluntariedade e, ainda, confidencialidade acerca das discussões entre as partes⁶⁹.

Os valores da prática restaurativa circundam nas seguintes entrelinhas: deve ser guiado por facilitadores que sejam imparciais aos fatos e possuam competência para tal; devem possuir caráter inclusivo e colaborativo; devem contar

⁶⁸ MOTTER, Adriana Marceli; ZILLOTTO, Flávia Palmieri; BIAMBERARDINO, Pedro Ribeiro. **Cadernos de socioeducação: práticas restaurativas e a socioeducação** / redação e sistematização - 2. ed. rev. e ampl. - Curitiba, PR: Secretaria de Estado da Justiça, Trabalho e Direitos Humanos, 2018.

⁶⁹ MOTTER, Adriana Marceli; ZILLOTTO, Flávia Palmieri; BIAMBERARDINO, Pedro Ribeiro. Ob.cit. p. 58.



com a voluntariedade; proporcionar um ambiente de confidencialidade; conceder reconhecimento às convenções culturais; fomentar a consciência de como as pessoas foram afetadas pelo incidente ou transgressão; demonstrar respeito autêntico por todas as partes; validar a experiência da vítima; esclarecer sobre as obrigações do ofensor e demais participantes e propor resultados transformadores para todos os envolvidos⁷⁰.

O resultado do processo restaurativo, por via de regra, deve ter um acordo estabelecido, quer seja por meio da mediação, conciliação, reunião familiar/comunitária ou de círculos decisórios, através de reparação, restituição e serviço comunitário, com objetivo de atender as necessidades no âmbito individual e coletivo concedendo responsabilidade entre as partes, assim como promoção da reintegração da vítima e do ofensor⁷¹.

Todas as pessoas envolvidas em um conflito são convidadas a participar de uma prática restaurativa, pois, de alguma forma elas foram afetadas e, portanto, todas precisam falar e serem ouvidas para a promoção da restauração, do empoderamento e da autonomia para gestar de forma positiva os conflitos. No Ministério Público Estadual, por exemplo, as práticas restaurativas costumam ser recomendadas em situações para as quais seja viável a busca da reparação dos efeitos da infração por intermédio da harmonização entre os envolvidos, visando restaurar o convívio social e a pacificação dos relacionamentos.

Na Instituição, a prática restaurativa é aquela em que o autor, a vítima, e apoiadores (pessoas da comunidade dos envolvidos, que foram afetadas indiretamente pelo conflito), com a ajuda de um facilitador, participam conjuntamente de encontros, chamados “Círculos Restaurativos”, com o intuito de formular um plano restaurativo para a reparação ou redução dos danos, a reintegração de relações sociais antes esgarçadas pelo conflito. O processo restaurativo deverá sempre ser conduzido por um facilitador qualificado, por meio de curso específico.

⁷⁰ MOTTER, Adriana Marceli; ZILIO, Flávia Palmieri; BIAMBERARDINO, Pedro Ribeiro. Ob.cit. p. 59.

⁷¹ VIEIRA, Tatiana Belons. **Justiça Restaurativa: uma nova forma de se pensar a justiça**. Da teoria à realidade. In: Revista Especial da Defensoria Pública de São Paulo. 2ª edição. 2010 p. 101-112.

2.4 Das Convenções Processuais

Entende-se por convenções processuais aquelas situações em que o procedimento deve ser adaptado ou flexibilizado para permitir a tutela jurisdicional adequada e efetiva conforme os interesses materiais subjacentes, bem como para resguardar os direitos fundamentais processuais. Para Arenhart⁷²:

Nas causas que versem sobre direitos que admitam autocomposição é permitido às partes capazes a celebração de convenções antes (em contrato) ou durante o processo sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. O juiz está vinculado ao que decidiram as partes em contrato, já que as convenções sempre terão eficácia no processo, salvo nas hipóteses de nulidade ou de desigualdade flagrante entre os contratantes, consubstanciada na formação da convenção em contrato de adesão ou se flagrante a situação de vulnerabilidade de algum dos litigantes. Destarte, por imposição legal, presumem-se válidas e eficazes as convenções processuais, mas podem ser consideradas nulas se violarem a ordem pública processual, ou seja, se impedirem o exercício de defesa, ou se não respeitarem a coisa julgada ou a garantia do juiz natural, por exemplo.

No novo CPC (2015) houve reformulação das convenções processuais com objetivo de otimizar os períodos corridos do processo, podendo assim tornarem-se eficazes para a prevenção de riscos provenientes de litígios contratuais de diferentes espécies, por proporcionar aos contratantes a realização de alterações a fim de facilitar o processo judicial para a solução do conflito.

As convenções processuais visam a disposição de algum direito processual ou a alteração do procedimento previsto abstratamente em lei.

Para Almeida⁷³, nas causas que versem sobre direitos que admitam autocomposição é permitido às partes capazes a celebração de convenções antes (em contrato) ou durante o processo sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. O juiz está vinculado ao que decidiram as partes em contrato, já que as convenções sempre terão eficácia no processo, salvo nas hipóteses de nulidade ou de desigualdade flagrante entre os contratantes, consubstanciada na formação da convenção em contrato de adesão ou se flagrante a situação de vulnerabilidade de

⁷² ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Os "acordos processuais" no novo CPC: aproximações preliminares. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, PR, v. 4, n. 39, p. 103-117, abr. 2015. Edição especial.

⁷³ ALMEIDA, Diogo A. Rezende de. **As convenções processuais e o calendário do novo CPC**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/222821/as-convencoes-processuais-e-o-calendario-no-novo-cpc>>. Acesso em: 05.dez.2021.

algum dos litigantes. Destarte, por imposição legal, presumem-se válidas e eficazes as convenções processuais, mas podem ser consideradas nulas se violarem a ordem pública processual, ou seja, se impedirem o exercício do direito de defesa, ou se não respeitarem a coisa julgada ou a garantia do juiz natural, por exemplo.

Prossegue o autor afirmando que o novo CPC traz algumas convenções específicas, como eleição de foro, delimitação consensual do objeto do processo, nomeação de perito por escolha das partes, redistribuição consensual do ônus da prova, eleição contratual de bem a ser penhorado em caso de execução, e até a alteração de prazo processual pelas partes. O novo CPC disciplina também o calendário processual, que tem como escopo a criação de um cronograma para o processo, estipulando datas para a prática de atos processuais - contestação, réplica, perícia, audiências, sentença etc. - e pode advir de convenção processual ou de provimento judicial, pouco importa. Em qualquer dos casos, como abriga atos a serem praticados pelas partes e pelo juiz, todos devem a ele aderir para que se torne eficaz.

A respeito, os artigos 190 e 191 do Código de Processo Civil:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

§ 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados.

§ 2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.

Para Almeida⁷⁴, o estabelecimento de calendário no início do processo é eficiente maneira (i) de adequação do rito às idiosincrasias do conflito, em especial ao tempo necessário para a produção de provas; (ii) de enfrentamento da morosidade do processo civil; e (iii) de garantia da segurança jurídica, decorrente da elevada

74 ALMEIDA, Diogo A. Rezende de Ob.cit.

previsibilidade da duração do processo neste modelo. Por outro lado, pode enfrentar o obstáculo cultural da sociedade brasileira e, principalmente, da comunidade jurídica, de pouco ativismo por parte dos jurisdicionados e menor propensão à resolução do conflito por decisões consensuais dos litigantes. Somente a vigência do novo CPC poderá revelar se as convenções e o calendário tornar-se-ão mecanismos processuais aplicados pelos operadores do direito ou se serão relegados como outras ferramentas processuais promissoras, pouco adotadas na prática.

Ainda sobre a temática, no que tange à aplicabilidade do instituto ao Ministério Público, o art. 17 da Resolução CNMP nº 118/2014⁷⁵ preconiza que:

As convenções processuais devem ser celebradas de maneira dialogal e colaborativa, com o objetivo de restaurar o convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos por intermédio da harmonização entre os envolvidos, podendo ser documentadas como cláusulas de termo de ajustamento de conduta.

Conforme o art. 16 da Lei processual, no Ministério Público, o membro pode celebrar acordo em qualquer fase do processo, com objetivo de constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais.

2.5 Da Arbitragem

Para Gonçalves⁷⁶ a arbitragem pode ser vista como um tipo de acordo de vontades entre os sujeitos que devem ser maiores de idade e capazes, que, se não quiserem ser submetidos à decisão judicial, podem conceder aos árbitros a solução de litígios, desde que sejam de cunho patrimonial e direitos disponíveis.

Para Luiz Antônio Scavone Júnior⁷⁷:

A arbitragem pode ser definida, assim, como o meio privado, jurisdicional e alternativo de solução de conflitos decorrentes de direitos patrimoniais e disponíveis por sentença arbitral, definida como título executivo judicial e prolatada pelo árbitro, juiz de fato e de direito, normalmente especialista na matéria controvertida.

⁷⁵ BRASIL. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **RESOLUÇÃO Nº 118, DE 1º DE DEZEMBRO DE 2014**. Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências.

⁷⁶ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. Pedro Lenza (Coord.) 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. (Coleção Esquematizado)

⁷⁷ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. **Manual de arbitragem: mediação e conciliação**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.2

Com essas definições fica claro que a arbitragem tem como características principais: o árbitro, como a pessoa que produz a decisão final do conflito, e a escolha pelas partes por esse método de solução em vez de recorrerem à jurisdição estatal comum.

A Lei da Arbitragem (Lei nº 9.307/1996) determina que pessoas capazes possam contratar a arbitragem para dirimir litígios relativos a direito patrimonial disponível ficando a critério das partes a livre escolha das regras de direito que serão aplicadas, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

A arbitragem é considerada técnica de solução de conflitos mediante a qual os conflitantes buscam em uma terceira pessoa, de sua confiança, a solução amigável e "imparcial" (porque não feita pelas partes diretamente) do litígio. É, portanto, heterocomposição. Para Didier, essa interferência, em geral, era confiada aos sacerdotes, cujas ligações com as divindades garantiam soluções acertadas, de acordo com a vontade dos deuses; ou aos anciãos, que conheciam os costumes do grupo social integrado pelos interessados⁷⁸.

O conceito de arbitragem é criticado por alguns autores, que vislumbram que o correto seria a denominação "meio adequado de solução de controvérsias"⁷⁹.

A Lei da Arbitragem (nº 9.307/1996), afirma, logo no seu art. 1º, que "as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis". Segundo Marinoni,

Esses litígios, segundo essa lei, podem ser julgados por "qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes" (art. 13, caput). Diz essa mesma lei, ainda, que "as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral" (art. 3.º). Além disso, tal lei deixou claro que a decisão do árbitro não precisa ser homologada pelo Judiciário e não pode ser nele novamente posta em discussão⁸⁰.

Não há qualquer vício de inconstitucionalidade na instituição da arbitragem, que não é compulsória; trata-se de opção conferida a pessoas capazes para solucionar problemas relacionados a direitos disponíveis. Não se admite arbitragem em causas penais. Ademais, a Emenda Constitucional nº 45/2004 consagra a

⁷⁸ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**, ed.19, Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017, p.192.

⁷⁹ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. Ob.cit. p.6.

⁸⁰ MARINONI; Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Ob.cit. p.137.



arbitragem em nível constitucional, no âmbito trabalhista (art.114, §§ 1º e 2º, CF/1988).

O tratamento de conflitos através do processo junto ao Poder Judiciário aponta para a presença de uma terceira pessoa: o juiz que, mesmo não sendo escolhido pelas partes, julga o processo, pondo fim ao litígio. As partes praticamente não se comunicam entre si e nem com o juiz. Ao contrário, o juiz comunica-se com as partes, colhe informações para formar sua convicção e, finalmente, julga. O resultado do processo judicial é a sentença, que define um vencedor e um perdedor. A presença dos envolvidos é quase supérflua já que a função principal é desenvolvida pelos advogados e pelo juiz, que debatem o problema em termos técnicos. O procedimento é formal e heterônomo; a sentença foge ao controle das partes⁸¹.

Diferentemente, na arbitragem, as partes elegem um árbitro para solucionar as divergências. O árbitro é o juiz de fato e de direito e deve ser um técnico ou um especialista no assunto em discussão para dar um parecer e decidir a controvérsia. A decisão arbitral não está sujeita à homologação ou passível de recurso ao Poder Judiciário. O cumprimento é obrigatório.

O método da arbitragem soluciona conflitos através do posicionamento de um árbitro que intermedeia o caso, podendo tomar decisão diante de problemas de terceiros que integram o litígio, assemelhando-se assim à função judicial para a tomada de decisão. Entretanto, dentre os aspectos que fazem da arbitragem diferente de uma função judicial, citam-se o fato de que possui mais agilidade, sigilo e acarreta menos gastos, vislumbrando assim uma possibilidade de não haver necessidade de recorrer ao poder judiciário, que, na maioria das vezes, é lento e gera elevados gastos⁸².

Ainda de acordo com o autor supracitado, a arbitragem pode ser considerada um método heterocompositivo, pois cabe ao terceiro julgar o caso, atuação semelhante ao magistrado. A conciliação e a mediação são meios classificados no âmbito da autocomposição, quando as partes apresentam solução para os litígios.

⁸¹ BOLZAN DE MORAIS, Jose Luís; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!** 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

⁸² KLUNK, Luzia. **O conflito e os meios de solução:** reflexões sobre mediação e conciliação. In: SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo (Orgs.) **Mediação enquanto política pública: o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas.** Santa Cruz do Sul: EDUNISC –UNISC, 2012. p. 63-77.

No âmbito jurídico brasileiro, a arbitragem pode somente ser destinada ao acertamento de direitos patrimoniais. O árbitro não pode ser o juiz, sob pena de confundir-se com a jurisdição, não sendo o mais adequado caminho de implementação do instituto. A arbitragem tem como objetivo cumprir o papel de efetivo concorrente jurisdicional. É de se ressaltar que a lei de arbitragem não prevê a hipótese de juiz de carreira atuando como árbitro (Lei nº 9.307/96). E a Lei nº 9.099/95, em seu art. 24, § 2º, prevê que os árbitros, nos Juizados Especiais, serão escolhidos entre os juízes leigos.

Conforme Didier Jr⁸³ são consideradas características da arbitragem no direito brasileiro:

a) há a possibilidade de escolha da norma de direito material a ser aplicada (art. 2º, §§ 1º e 2º, Lei n. 9.307 /1996): as partes podem escolher qual a regra a ser aplicável, podendo ainda convencionar que o julgamento se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio; b) árbitro (art.13, Lei n. 9.307 /1996): dois são os requisitos exigidos pela lei para o exercício das funções de árbitro: ser pessoa natural e ser capaz. Os árbitros têm o status de juiz de direito e de fato, sendo equiparados aos servidores públicos para efeitos penais; c) desnecessidade de homologação judicial da sentença arbitral (art. 31, Lei n. 9.307 /1996), que produz efeitos imediatamente; d) a sentença arbitral é título executivo judicial (art. 31, Lei n. 9.307 /1996; art. 515, VII, CPC): o árbitro pode decidir, mas não tem poder para tomar nenhuma providência executiva; e) possibilidade de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais produzidas no exterior (art. 34 e segs., Lei n. 9.307 /1996).

A arbitragem assemelha-se ao papel do poder judiciário, baseado na Lei nº 9307/96, que preconiza os requisitos em que pode ocorrer e como deve acontecer.

O poder judiciário reconhece e aceita a arbitragem, diante do preenchimento de certos requisitos que a abrangem, como, por exemplo, a impossibilidade de o árbitro ser escolhido por apenas uma das partes, como explanado abaixo.

OGMO. ARBITRAGEM. Não se pode admitir que a escolha do árbitro fique a cargo apenas de uma das partes envolvidas. O legislador estabeleceu o critério da concordância de ambos os interessados, de sorte que a não observância desse preceito importa inválido o procedimento de arbitragem adotado. Inteligência do parágrafo 3º, do art. 37, da Lei nº 12.518/2013. Recurso ordinário a que se nega provimento. (TRT-2 - RO: 8972120135020 SP 00008972120135020445 A28, Relator: NELSON NAZAR, Data de Julgamento: 11/02/2014, 3ª TURMA, Data de Publicação: 19/02/2014).

⁸³ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, ed.19, Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017.

É importante ressaltar que embora existam espécies como estas, ainda subsiste a necessidade de disseminação da cultura dos métodos complementares de tratamento dos conflitos, tornando-os públicos, para que a sociedade seja conhecedora de suas vantagens, tendo em vista seus benefícios de auxiliar a atuação do judiciário e as partes envolvidas.

Na arbitragem prevalece a autonomia da vontade das partes já que elas definem os procedimentos que disciplinarão o processo, estipulam o prazo final, não superior a seis meses, admitindo prorrogação pelas próprias partes, indicam o árbitro e, de comum acordo, podem estipular regras. Tem a vantagem de ser sigiloso já que os atos no processo comum ou ordinário são públicos, exceto os que correm em segredo de justiça⁸⁴.

Trata-se de procedimento mais econômico por contemplar apenas os honorários do árbitro, enquanto no processo judicial, além dos honorários advocatícios e custas judiciais, há custos indiretos com citação, oficial de justiça, edital entre outras despesas. Há também maior certeza quanto à eficácia do julgamento, por ser este realizado por pessoas com conhecimento específico sobre o assunto em questão.

Vale ressaltar que a decisão arbitral fica imutável pela coisa julgada. Poderá ser invalidada a decisão, mas, ultrapassado o prazo de noventa dias, a coisa julgada torna-se soberana. É por conta desta circunstância que se pode afirmar que a arbitragem, no Brasil, não é equivalente jurisdicional: é propriamente jurisdição, exercida por particulares, com autorização do Estado e como consequência do exercício do direito fundamental de autorregramento (autonomia privada)⁸⁵.

Portanto, não há como deixar de destacar a diferença qualitativa entre a jurisdição e a arbitragem. Se a arbitragem pode ser preferida por contar com árbitros conhecedores de técnicas específicas relacionadas a determinados conflitos, cuja legitimidade decisória deriva da autonomia das partes, além de ser sigilosa e mais rápida, não há como esquecer que a jurisdição é marcada, além de outras, pelas regras da investidura, da indelegabilidade e do juiz natural, cujo fundamento de validade deriva da soberania estatal e da observância das normas constitucionais⁸⁶.

⁸⁴ KLUNK, Luzia. Ob.cit.. p. 63-77.

⁸⁵ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil**, parte geral e processo de conhecimento, ed.19, Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017.

⁸⁶ MARINONI; Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Ob.cit. p.137.

A sentença arbitral forma título executivo judicial, nos termos do art. 475-N, IV do CPC⁸⁷ e art. 31 da Lei nº 9.307/96⁸⁸. Nesse sentido o reconhecimento pela jurisprudência nacional, conforme excertos de ementas abaixo colacionados:

EXECUÇÃO. SENTENÇA ARBITRAL. TÍTULO EXECUTIVO. Tendo a lei conferido à sentença arbitral força de título executivo judicial (CPC, art. 584, VI; L. 9.307/96, art. 31), possível a execução com base nela. Apelação provida. (TJDFT 6ª. T. processo n. 2005.01.1.138941-8, Rel. Dês. Jair Soares, em 20.09.2006).

“CIVIL. PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FUNDADA EM TÍTULO JUDICIAL (SENTENÇA ARBITRAL). DECISÃO MONOCRÁTICA QUE EXTINGUIU LIMINARMENTE O FEITO, AO FUNDAMENTO DE QUE A SENTENÇA JUNTADA NÃO CONSTITUI TÍTULO EXECUTIVO, SENDO O EXEQUENTE CARECEDOR DE AÇÃO. ALEGAÇÃO DO JUIZ, DE QUE HOUVE VÍCIO DE VONTADE E AUSÊNCIA DE FORMALIDADE LEGAL NA FORMAÇÃO DO TÍTULO. MATÉRIA QUE ENVOLVE O MÉRITO, DEVENDO SER DISCUTIDA EM SEDE PRÓPRIA. SENTENÇA CASSADA. 1. Não se pode falar em carência de ação, por impossibilidade jurídica do pedido, se a pretensão do autor em promover a execução de título judicial, consistente em sentença arbitral, é amparada expressamente pela lei processual civil (artigos 566, I e 584, VI, do CPC). 2. Defeitos na formação do título, ou até possível nulidade, por vício de vontade ou não cumprimento de formalidade legal, são questões que envolvem o mérito, e devem ser alegadas pela parte adversa a tempo e modo, ou seja, em sede de embargos, não se confundindo com as condições da ação”. (TJDFT. APC/05-8229-5, Rel. Jesuíno Aparecido Rissato, DJU 30/06/06, pág. 101).

Não obstante suas vantagens e contribuição para o descongestionamento da justiça, trata-se de método de heterocomposição em que a decisão é imposta por um terceiro, com muito pouca aplicabilidade no Brasil.

A atividade da arbitragem é jurisdicional e resulta de um negócio jurídico no qual as partes optam pela solução arbitral. A natureza jurídica da arbitragem é de jurisdição. O árbitro exerce jurisdição porque aplica o direito ao caso concreto e coloca fim à lide que existe entre as partes. A arbitragem é instrumento de pacificação social. Sua decisão é exteriorizada por meio de sentença, que tem qualidade de título judicial, não havendo necessidade de ser homologada pela jurisdição estatal [...]⁸⁹.

A decisão na arbitragem é imposta da mesma maneira de uma sentença judicial, entretanto o árbitro não tem poderes de executá-las, o que não lhe retira o

87 Art. 475-N. São títulos executivos judiciais: I – a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia; II – a sentença penal condenatória transitada em julgado; III – a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo; IV – a sentença arbitral;

88 Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

89 SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. Ob. cit. p. 4

caráter jurisdicional. O Código de Processo Civil prevê expressamente sobre a dualidade de jurisdição:

Art. 3º - Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º. É permitida a arbitragem, na forma da lei. [...]

Art. 42. As causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir júízo arbitral, na forma da lei. (BRASIL, 2015)⁹⁰.

Uma das grandes vantagens da solução arbitral é a agilidade, quando comparada à sentença judicial.

Na arbitragem, as partes podem escolher livremente a norma aplicável à solução de seus conflitos, já que se trata de direitos patrimoniais e disponíveis. Podem escolher:

- a) leis internacionais de comércio; b) *lex mercatoria*, ou seja, de acordo com Irineu Strenger, “o conjunto de regras emanadas de entidades particulares, organismos internacionais, ou de origem convencional, de natureza ‘quase legal’, que atua desvinculada das jurisdições específicas ou de sistemas legais de qualquer país”; c) leis internacionais; d) leis corporativas; e) equidade, ou seja, o que parecer coerente e justo ao árbitro; e f) princípios gerais do direito⁹¹.

Não obstante a sua pouca utilização no Brasil, não há como desconsiderar a importância do instituto.

2.6 Da Conciliação

Conciliar, em vernáculo, significa por em acordo, harmonizar, congraçar⁹². Desde a primeira Constituição Brasileira (1824), é possível enxergar-se a busca pela solução pacífica dos conflitos, mediante a técnica da conciliação prévia. Com efeito, rezava o art. 161 daquele diploma: “Sem se fazer constar que se tem intentado o meio de reconciliação, não se começará processo algum”. Inúmeros diplomas legais que se seguiram dispuseram sobre a conciliação, ganhando destaque, porque inserida na terceira onda renovatória, a criação dos juizados de pequenas causas pela Lei n. 7.244/84, transformando de maneira positiva a justiça civil no país, desburocratizando-a e agilizando-a.

⁹⁰ BRASIL. REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código DE Processo Civil)**. 2015.

⁹¹ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio Ob.cit. p. 11.

⁹² In: Dicionário online de português. Extraído do sítio: <http://www.dicio.com.br/conciliar/>

Trata-se de método que faz uso de terceiros e não impõe e não vincula as partes, sendo necessário um conhecimento prévio e aprofundado do caso em questão e dos indivíduos do litígio, a fim de solucionar o conflito, evitando qualquer tipo de demanda.

De acordo com Cândido Rangel Dinamarco, a conciliação “consiste na intercessão de algum sujeito entre os litigantes, com vista a persuadi-los à autocomposição”⁹³.

A conciliação é usada de forma preferencial nos casos em que uma das partes conflitantes não apresenta qualquer tipo de aborrecimento passado com a parte contrária. Deste modo, a ligação entre os sujeitos seria somente decorrente do litígio em questão.

Sobre o surgimento da conciliação, nos explica a professora Fabiana Miranda Muniz⁹⁴

A conciliação já estava prevista nas Ordenações Manuelinas (1514) e Filipinas (1603), e continuou presente no art. 161 da primeira Constituição Imperial, ao proclamar que “Sem se fazer constar que se tem intentado o meio da reconciliação não se começará processo algum”. Entretanto, apesar de já estar prevista há centena de anos, apenas na década de 90 através de leis que alteraram o Código de Processo Civil de 1973 se deu mais notoriedade a este meio de solução de conflito. Em 1995 foi publicada a lei dos Juizados Especiais Cíveis - Lei 9.099/95 incluindo a fase de conciliação no processo judicial, e em 2001 a conciliação foi introduzida nos Juizados Especiais Federais através da Lei 10.259/2001 (MUNIZ, 2017, p. 101).

Na conciliação a preocupação do facilitador consiste apenas na resolução do conflito, ou seja, chegar a um acordo, enquanto na mediação, como já dito, a preocupação é com o contexto do conflito que, além da solução do caso, busca restabelecer a paz social e de convívio.

Para Carlos Eduardo de Vasconcelos⁹⁵, a conciliação é uma forma de mediação, porém com o traço distintivo dado por particularidades em seu procedimento:

A primeira é a de que se trata de procedimento adotado em complemento ao processo judicial, pelo próprio julgador ou por pessoa autorizada, a serviço daquele juízo. A segunda particularidade está no dado de que se trata de

⁹³ ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos, GRINOVER, Ada Pelegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**, São Paulo, Editora Malheiros Editores, 2014.

⁹⁴ MUNIZ, Joaquim de Paiva. **Disposições gerais da Lei de Arbitragem**. Reforma da Lei de Arbitragem: comentários ao texto completo. Brasília: CEMCA/COPREMA, 2015

⁹⁵ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Ob.cit p. 40.



modelo focado no acordo, aproximando-se, neste aspecto, da mediação satisfativa. A terceira está na circunstância de que os mediadores não são escolhidos ou, de algum modo, submetidos a um juízo de aceitação pelas partes envolvidas, pois já estão pré-determinados naquela função. A quarta está em exercerem uma ascendência hierárquica durante as sessões, reduzindo as possibilidades do protagonismo. A quinta particularidade é que a conciliação não prevê entrevistas prévias ou incidentais, em separado. Finalmente, porque os conciliadores – naquela situação de ascendência hierárquica do ambiente judicial – aconselham, advertem e induzem as partes ao acordo (g.n.).⁹⁶

O conciliador nesses casos une as partes para solucionar os conflitos sem intervir, apenas auxiliando na aproximação dos indivíduos interessados sem apresentar decisões elaboradas, permanecendo em posicionamento neutro. Diante disso, usa um posicionamento triangular, auxiliando na composição apenas, sem a necessidade de ter um conhecimento prévio e aprofundado do assunto em questão, pois cabe aos litigantes a resolução consensual.

A jurisprudência abaixo remete a uma situação de conciliação no âmbito jurídico⁹⁷.

RECURSO DE REVISTA. COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. CONCILIAÇÃO EXTRAJUDICIAL. EFICÁCIA LIBERATÓRIA GERAL. AUSÊNCIA DE RESSALVA. Dispõe o art. 625-E, parágrafo único, da CLT que o termo de conciliação firmado perante a Comissão de Conciliação Prévia é título executivo extrajudicial e terá eficácia liberatória geral, exceto quanto às parcelas nele expressamente ressalvadas. Na hipótese dos autos, o Tribunal Regional não registra a existência de ressalvas no termo de conciliação lavrado, tampouco lhe atribuiu eficácia liberatória geral. Esse entendimento conflita com a norma inserta no mencionado art. 625-E, parágrafo único, da CLT. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 18165320115040403, Relator: Walmir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 17/02/2016, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/02/2016).

No exemplo acima existe respeito na conciliação extrajudicial frente a comissão de conciliação prévia. Esse tipo de modalidade no judiciário predomina como forma de confirmar sua aceitação no âmbito jurídico.

O termo conciliação deriva do latim “*conciliabulum*”, que significa “buscar um acordo”. Sendo assim, o vocabulário sugere sua própria função, solucionar conflitos por meio de um acordo entre as partes.

No exterior a conciliação é usada em sinonímia a mediação, entretanto, no Brasil são termos intimamente relacionados ao procedimento judiciário, exercido por

⁹⁶ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Ob.cit. p. 42.

⁹⁷ BRASIL. Apelação Cível 1.0024.13.248143-3/001 - Rel. Des.(a) Alexandre Santiago, 2016.

juízes, conciliadores e leigos. O conciliador não fica limitado a auxiliar as partes na construção de um acordo, oferecendo também soluções e aconselhando para a resolutividade do processo⁹⁸.

O artigo 125 do CPC, apregoa que a conciliação deve ser buscada pelo juiz do processo, podendo ser levada ao conciliador, caso o processo ainda não tenha sido instaurado, denominada fase pré-processual, ou, se já instaurado, a conciliação já passa a ser processual. O juiz não fica impedido de suspender o processo em nenhum momento, podendo encaminhar as partes para a conciliação ou mediação. A conciliação tem enfoque no acordo, independente do grau de relacionamento entre as partes e da carga emocional que envolve o conflito. O que importa de fato para a conciliação é a solução dada ao litígio no intuito de prevenir a demanda judicial⁹⁹.

O judiciário brasileiro entende que a conciliação é uma alternativa de saída para a quantidade de processos acumulados e permite a eliminação de diversos conflitos a serem tratados, diminuindo de modo significativo o tempo de duração da lide e o rol de processos e busca disseminar essas práticas em todas as instâncias processuais.

A fim de recomendar aos tribunais superiores a darem continuidade ao Movimento Permanente pela Conciliação, o CNJ também publicou a Recomendação nº 50, de 08 de maio de 2014¹⁰⁰. O Código de Processo Civil, por sua vez, priorizou a conciliação em seus artigos. *In verbis*:

Art. 334. 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 de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. [...] § 8º. O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

⁹⁸ SOUZA, Victor Roberto Corrêa de. **O novo código de processo civil brasileiro e a audiência de conciliação ou mediação como fase inicial do procedimento**. In: MALLART, Adriana Silva; DIZ, Jamile Bergamaschine Mota; GAGLIETTI, Mauro José. (Orgs.) Justiça mediática e preventiva. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 262.

⁹⁹ CABRAL, Marcelo Malizia. **Os meios alternativos de resolução de conflitos: instrumentos de ampliação do acesso à justiça**. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2013.

¹⁰⁰ Recomenda aos Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunais Regionais Federais realização de estudos e de ações tendentes a dar continuidade ao Movimento Permanente pela Conciliação.

Para o CNJ a conciliação tem como sua principal missão a realização do acordo podendo ser aplicada nos casos que envolve pensão alimentícia, divórcio, desapropriação, inventário, partilha, guarda de menores, acidentes de trânsito, dívidas em bancos e financeiras e problemas de condomínio, entre vários outros, excetuando-se os casos envolvendo crimes contra a vida (homicídios, por exemplo) e denúncia de agressões entre marido e mulher prevista na Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006).

O método considerado mais eficaz nesses casos é a mediação, pois a conciliação tende a ser destinada a causas puramente materiais, indenizatórias ou de proteção insuficientes, configuradas por desequilíbrio, como exemplo as relações trabalhistas e de consumo, que não são configuradas por carga emocional. Dessa forma, os conflitos em comunidades, principalmente as desfavorecidas, não são tratados por meio da conciliação, pois os relacionamentos e sentimentos são intensos e autônomos, sendo assim, relação mecânica, distanciando-se de algo humanizado¹⁰¹.

A conciliação não é um instrumento técnico e frio, se comparada à solução adjudicada, contudo, pode ser considerada como última possibilidade antes do exercício da jurisdição estatal efetiva.

Carta Política de 1988 previu, no seu art. 98¹⁰², a criação dos Juizados Especiais e a Lei nº 9.099/95 os instituiu, objetivando sempre a agilização da justiça e sua desburocratização. Guiados pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, os Juizados têm competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade (arts. 2º e 3º).

A legislação supra criou, destarte, a figura dos conciliadores e dos Juízes leigos. Eis a íntegra do seu art. 7º:

Art. 7º. Os conciliadores e Juízes leigos são auxiliares da Justiça, recrutados, os primeiros, preferentemente, entre os bacharéis em Direito, e os segundos, entre advogados com mais de cinco anos de experiência.

¹⁰¹ BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti; MELLO, Kátia Sento Sé. Mediação e Conciliação no Judiciário: Dilemas e significados. **Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, v. 4, 2010.

¹⁰² Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

Há quem critique a previsão legal de que os conciliadores devam ser, preferentemente, bacharéis em direito. Segundo Fernanda Baeta Vicente e Luís Fernando Nigro Corrêa¹⁰³, o dispositivo

Encerra equívoco, na medida em que a formação jurídica é absolutamente dispensável à atividade exercida pelo conciliador que tem por objetivo aproximar as partes, diluindo a pretensão e sua resistência, num ofício em que a psicologia pautada no bom senso parece muito mais útil que o conhecimento jurídico.

Respeitada a opinião dos eminentes doutrinadores, há de se entender que o trabalho de conciliação atinge índices mais satisfatórios quando conduzido por pessoa com conhecimento jurídico. Isto porque pode melhor esclarecer as partes sobre seus reais direitos, sobre a ocorrência das condições da ação, a plausibilidade dos pedidos, a possibilidade de êxito ou insucesso em face de julgamentos anteriores de casos semelhantes.

Tal formação ganha relevo quando os jurisdicionados não estão assistidos de advogados e precisam ser esclarecidos quanto à viabilidade do acordo, o trâmite do processo junto ao Juizado, as fases que o processo tem de percorrer caso seja frustrada a conciliação, o tempo médio que se leva para o alcance do direito pleiteado, as chances de não ser alcançado esse direito em cada caso concreto, e ainda que estejam as partes assistidas por advogado, a formação do conciliador assegura o cumprimento da ordem e da legislação em audiência. Inibe, destarte, a utilização de argumentos falaciosos, mister quando uma das partes se encontra desassistida. Aumenta, sem dúvida, o grau de confiabilidade do jurisdicionado, na certeza de que a condução do acordo está ocorrendo dentro dos parâmetros de legalidade.

A Conciliação, não se confunde com a mediação. Embora possuam semelhanças (ambos são métodos consensuais de resolução dos conflitos, caracterizam-se pela ausência de um poder de decisão por parte dos mediadores e conciliadores, bem como pela informalidade e pela possibilidade de atuação de pessoas leigas), tratam-se, com efeito, de institutos diversos.

Como as características da mediação foram analisadas em tópico próprio, ater-nos-emos às peculiaridades da Conciliação. Ao conciliador compete sugerir a solução consensual dos conflitos, após ouvir as partes, intervindo no sentido de propor

103 VICENTE, Fernanda Baeta; CORREIA, Luis Fernando Nigro. **Lei dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais Comentada**. Minas Gerais: Del Rey, 2007.



o acordo para se evitar o processo judicial. Cumpre reiterar, devido à sua importância, que tem como finalidade a realização do acordo entre as partes, como forma de pôr fim a um litígio. Ademais é indicada para a resolução de conflitos em que não haja vínculos entre as partes, sendo as relações meramente circunstanciais. Não almeja a pacificação social, mas tão-somente a resolução do litígio mediante acordo entre as partes.

Trata-se de instituto bastante disseminado no Brasil, tanto no âmbito dos Juizados Especiais como na Justiça Comum.

O Conselho Nacional de Justiça, que surgiu por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, criou, no ano de 2006, o Movimento pela Conciliação. Tratou-se de uma grande mobilização nacional de iniciativa do Conselho em parceria com órgãos do Judiciário, Ordem dos Advogados do Brasil e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), além de associações de magistrados, entidades, universidades, escolas de magistratura e outros setores da sociedade civil. O movimento, sob o slogan “Conciliar é legal” objetivou promover, através da cultura da conciliação, a mudança de comportamento dos agentes da Justiça, de todos os seus usuários, dos operadores de Direito e da sociedade. Objetivou-se, destarte, mudar comportamentos e inculcar na sociedade a cultura de que um entendimento entre as partes e a conciliação é sempre o melhor caminho para o encerramento de um processo jurídico.

A criação do movimento teve por base a conclusão de que o entendimento traz inúmeros benefícios para todos os envolvidos, como uma maior satisfação do usuário, diminuição do tempo do processo, economia de recursos, integração entre a Justiça e a sociedade civil, pacificação social e construção de um Judiciário mais acessível, eficiente e rápido. Por ocasião de seu lançamento, a taxa de conciliação no país girava em torno de 30% e 35%, frente a um índice de cerca de 70% nos países desenvolvidos. Desde então são realizados mutirões em todos os Estados brasileiros, geralmente por ocasião do Dia Nacional da Justiça, ocorrido no mês de dezembro.

No ano de seu lançamento foram realizadas 80.000 audiências em tribunais de todo o país. Em 2007, no período de 3 a 8 de dezembro, foram atendidas 330.000 (trezentos e trinta mil) pessoas, realizadas 174.855 (cento e setenta e quatro mil oitocentos e cinquenta e cinco) audiências, nas quais 74.167 (setenta e quatro mil cento e sessenta e sete) acordos foram obtidos, sendo que o valor total de



pagamentos foi de R\$340.000.000 (trezentos e quarenta milhões)¹⁰⁴. No ano de 2009 foram realizadas 260.000 (duzentas e sessenta mil) audiências, das quais 123.000 (cento e vinte e três mil) resultaram em algum tipo de acordo¹⁰⁵. No ano de 2010 estes números foram superados, com a celebração de acordos que alcançaram mais de R\$750.000.000 (setecentos e cinquenta milhões de reais).

No ano de 2019, foram 813.299 (oitocentas e treze mil e duzentas e noventa e nove) pessoas atendidas, com 321.095 (trezentas e vinte e uma mil e noventa e cinco) audiências realizadas, 148.086 (cento e quarenta e oito mil e oitenta e seis) acordos celebrados envolvendo o montante de R\$1.993.360.029,44 (um bilhão, novecentos e noventa e três milhões, trezentos e sessenta mil e vinte e nove reais e quarenta e quatro centavos)¹⁰⁶

Estudo realizado pela professora Leslie Shérica Ferraz aponta que o acordo é a principal forma de solução dos conflitos pelos Juizados Especiais Cíveis (cerca de 40% dos casos). Nos casos em que o acordo não é celebrado, o litígio é necessariamente decidido pelo Juiz, o que ocorre em aproximadamente 30% do acervo. Entre as sentenças judiciais (30%), um pequeno percentual (5%) é composto por decisões desfavoráveis ao autor. Assim, conclui a autora, pode-se dizer que na grande maioria dos casos a parte que procura os Juizados Especiais tem uma sentença proferida em seu favor (ainda que de forma parcial)¹⁰⁷.

Vê-se, portanto, que a conciliação configura uma importante ferramenta para agilizar a Justiça, tão criticada por seu alto custo, burocratização e ineficiência. Apesar de fenômeno recente, é possível observar que se está criando aos poucos no País uma cultura de conciliação. A facilidade de acesso aos meios de comunicação de modo geral, as campanhas realizadas pelos tribunais pátrios, o lento, mas gradual, preparo dos operadores (conciliadores e árbitros), a cobrança de eficiência por parte do importante Conselho Nacional de Justiça, dentre outras, são circunstâncias que têm colaborado para a disseminação do instituto e para melhorar os índices de satisfação do usuário do sistema.

104 Publicado no Boletim Semanal – AMB Informa, edição n. 100, de 1º a 31 de dezembro 2007.

105 Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2487457/primeiro-dia-de-conciliacao-registra-mais-de-r-7-milhoes-em-acordos>>”.

106 <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/02/Semana-concilia%C3%A7%C3%A3o-total.pdf> (corrigir citação)

107 *Ob cit.* Pág. 164

3. DOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS EM PORTUGAL

O Estado tem desenvolvido uma nova arquitetura da justiça em Portugal, de modo a construir um sistema jurídico multifacetado e heterogêneo. No que tange aos mecanismos de resolução de conflitos, além dos tribunais judiciais, administrativos e fiscais, existem outros meios facultativos para a resolução de litígios entre os cidadãos, empresas e Estado, onde a figura do Estado tem buscado arrumar os meios, conforme apregoa Giannini (2014, p.3)¹⁰⁸:

[...] la preocupación principal del Estado no es la de asegurar que el ciudadano tenga un mecanismo de “escape” o “fuga” a un proceso lento y oneroso, sino la de garantizar la tutela judicial efectiva, para que, sabiendo que tiene en el servicio jurisdiccional una forma adecuada de remediar sus conflictos, el interesado pueda además contar con instrumentos de autocomposición eficientes, a los que acuda voluntariamente (y no huyendo de un sistema de Justicia que no lo satisface).

Os Centros de Arbitragem institucionalizados funcionam como centro de informação aos cidadãos¹⁰⁹, onde podem dispor de meios alternativos de resolução de conflito. A arbitragem foi institucionalizada em Portugal, existindo desde 2015 um diploma de referência através da Lei nº 144¹¹⁰, implementada em 8 de setembro, que transpõe para a ordem jurídica nacional a Diretiva Europeia nº 11¹¹¹, sancionada em 2013, do Parlamento e Conselho Europeu sobre a Resolução Alternativa de Litígios de consumo, que estabelece regras e princípios que devem obedecer o funcionamento de entidades de meios alternativos de conflitos de bens de consumo e

¹⁰⁸ GIANNINI, Leandro. Experiencia Argentina en la Mediación Obligatoria. **La Ley**, ano LXXVIII, n. 25, Buenos Aires, p. 3, 2014

¹⁰⁹ O Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD), criado pelo Despacho n. 5097/2009, de 27 de janeiro, do Secretário de Estado da Justiça, alterado pelo Despacho n. 5880/2018, de 1 de junho, da Secretária de Estado da Justiça. A área administrativa é competente para julgar litígios que tenham por objeto quaisquer matérias jurídico-administrativas; há entidades pré-vinculadas, como é o caso dos Ministérios da Justiça, da Cultura, da Educação e de várias instituições do ensino superior, mas também pode julgar litígios com entidades que não estejam pré-vinculadas, mediante a celebração de compromisso arbitral. No que diz respeito à área tributária, o Regime Jurídico da Arbitragem Tributária (RJAT), aprovado pelo Decreto-Lei n. 10/2011, de 20 de janeiro, julga litígios relativos à apreciação da legalidade de atos tributários. Nesta vertente, a Autoridade Tributária e Aduaneira estava pré-vinculada à arbitragem tributária em litígios até aos dez milhões de euros.

¹¹⁰ Alterada pelo DL n. 102/2017, de 23 de agosto e pela Lei n. 14/2019, de 12 de fevereiro.

¹¹¹ Documento legal da União Europeia publicado no *Jornal Oficial* L 165, de 18 de junho de 2013, p. 63-79, que deveria ser transposto por cada Estado Europeu até 9 de julho de 2015.

o enquadramento jurídico das entidades em relação à resolução extrajudicial desses litígios.

Estes centros são considerados o meio de resolução alternativo com maior expressividade e representatividade social que tem beneficiado de forma positiva o âmbito do regime jurídico dos serviços públicos essenciais em Portugal.

3.1 Da Mediação em Portugal

A mediação é definida pela Lei dos Julgados de Paz, nº 78, publicada em 13 de julho de 2001, artigo 35, nº 1, como modalidade extrajudicial de resolução de litígios, caracterizada pela informalidade, privacidade, confidencialidade, voluntariedade e natureza não contenciosa, onde as partes participam ativamente e diretamente, com auxílio de um mediador que possa encontrar uma solução amigavelmente negociada para o conflito.

É indiscutível a grande influência dos Julgados de Paz como nova forma de administrar a justiça e resolver conflitos, fruto de um processo de desjudicialização. Essa nova forma de administração surgiu em meados do século XX, comportando uma justiça cujo desiderato era o de facultar uma maior proximidade ao cidadão (VARGAS, p.100), permitindo, assim, estudar e aplicar aspectos práticos da mediação à resolução de conflitos. Entendemos que o conceito de desjudicialização surge como resposta à incapacidade dos tribunais à procura (aumento de pendências), ao excesso de formalismo, ao custo, à irrazoável duração dos processos e ao difícil acesso à justiça.

A Diretiva 2008/52/CE, artigo 12, do Parlamento e Conselho Europeu, exortava os estados-membros a transporem a mediação para as legislações nacionais. Portugal adotou as disposições administrativas, legislativas e regulamentares e, em consonância com a Lei nº 29/2013, produziu os princípios gerais aplicáveis à mediação, regulamentando a mediação em Portugal com ênfase na autonomia. Em seu artigo 1º, determina quatro setores fundamentais para o estabelecimento das normas de mediação: princípios gerais da mediação; mediação civil e comercial; estatuto jurídico dos mediadores; sistemas públicos de mediação¹¹².

¹¹² CEBOLA, Cátia Marques. Regulamentar a Mediação: um olhar sobre a nova Lei de Mediação em Portugal. *Revista Brasileira de Direito*, v.11, n.2, jul.-dez/ 2015, p.61.

Com o estabelecimento dessas normas, o legislador português passou a concentrar em um único documento legal uma diversidade de aspectos relacionados à resolução de conflitos por meio da mediação, confirmados pela Lei nº 29, publicada no ano de 2016 como regime geral da mediação¹¹³.

A legislação criada não foi direcionada somente aos sistemas públicos, mas também aos sistemas de mediação privada. De modo efetivo no ordenamento jurídico português foram criados os serviços de mediação no âmbito público, responsáveis pelo recebimento e tratamento dos pedidos, assim como pela elaboração da lista de mediadores aptos para prestação de serviços e fiscalização de atividades.

O novo regime jurídico foi publicado no diário da República em novembro de 2013 atribuindo à Direção Geral de Política de Justiça (DGPJ), a função de organizar a lista de mediadores de conflitos a serviço do Ministério da Justiça, bem como a acessibilidade de informações relacionadas à inscrição e divulgação dos resultados (artigo 9). A Portaria nº 345/2013 definiu a DGPJ como autoridade competente para certificar as entidades responsáveis pela formação de cursos de mediação de conflitos.

Ao falar da mediação conforme a legislação portuguesa, deve-se falar do pleno domínio das partes e dos interesses, que pressupõe o princípio de que as partes são as pessoas que, quando melhor colocadas, são os principais elementos para a resolução do seu litígio (VARGAS, 2006). As partes têm domínio do problema e do processo, haja vista que são os sujeitos que melhor conhecem o objeto posto em litígio.

Deste modo, as partes possuem o domínio do processo em consonância com o livre arbítrio de poderem sair dele quando quiserem, sem obrigação, até chegarem a um acordo, necessitando de domínio do conteúdo. O acordo proveniente da mediação deve partir dos elementos envolvidos que devem aderir de forma plena ao acordo.

O segundo pilar da mediação concentra-se no seu fim, onde a medida de resolução de litígio escolhe como fim a pacificação social, no intuito de sanar o problema e restabelecer a paz social. A mediação não restringe-se somente ao objeto do processo, mas aprofunda-se verdadeiramente no conflito. O resultado da mediação

¹¹³ LOPES, Dulce; PATRÃO, Afonso. **Lei da Mediação Comentada**. Coimbra: Almedina, 2014, p. 24

concede vitória para ambos litigantes, não havendo um vencedor somente (VARGAS, 2006).

Os princípios gerais aplicáveis às mediações realizadas em Portugal foram reforçados na Lei nº 29, sancionada no ano de 2013 (artigo 3 a 9), capítulo 2, reforçando sobre a concretização da uniformização da mediação especializada no âmbito daquele país. O artigo 4 da referida Lei estabelece o princípio da voluntariedade, onde duas ou mais partes em situações de litígio devem voluntariamente procurar alcançar um acordo com auxílio de um mediador de conflitos¹¹⁴.

Dessa forma, o procedimento de mediação é um ato voluntário, consentimento esclarecido informado das partes responsáveis pelas tomadas de decisão durante a mediação. Sendo assim, a lei portuguesa não limita-se a consagrar a voluntariedade da mediação como requisito para assentimento de sua realização, exigindo uma necessidade de obter um consentimento esclarecido informado das partes para que assim ocorra a concretização do processo¹¹⁵. Portanto, evidencia-se que o legislador português não foi de acordo com a mediação obrigatória ao determinar a voluntariedade no processo¹¹⁶.

O princípio da confidencialidade¹¹⁷, determinado no artigo 5 da Legislação Portuguesa, apregoa a impossibilidade de valorização de conteúdo das sessões de mediação, devendo ceder somente em razões de caráter público, como nos casos de proteção aos interesses da criança, proteção da integridade física/psíquica do sujeito, aplicação de acordo obtido por meio da mediação quando se deseja proteger os interesses na medida do necessário. Embora o teor literal da norma afirme que deve existir a confidencialidade apenas na figura do mediador, ao contrário da lei de mediação civil e comercial na Espanha, que põe a obrigação de sigilo ao mediador, às associações de mediação e aos mediados.

¹¹⁴Disponível em: http://www.dgpj.mj.pt/sections/noticias/publicacaoda/downloadFile/attachedFile_f0/P_344_2013.pdf?nocache=1385548600.21 Acesso em: 31.ago.2021.

¹¹⁵ CEBOLA, Cátia Marques. Regulamentar a Mediação: um olhar sobre a nova Lei de Mediação em Portugal. **Revista Brasileira de Direito**, v.11, n.2, jul.-dez/ 2015, p.61.

¹¹⁶ Art. 3º da Diretiva 2008/52/CE: “Artigo 3.o Definições. Para efeitos da presente directiva, entende-se por: a) «Mediação», um processo estruturado, independentemente da sua designação ou do modo como lhe é feita referência, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo sobre a resolução do seu litígio com a assistência de um mediador. Este processo pode ser iniciado pelas partes, sugerido ou ordenado por um tribunal, ou imposto pelo direito de um Estado-Membro.”

¹¹⁷ Art. 5º da Lei nº 29/2013;

O Princípio da Igualdade¹¹⁸ está consagrado no artigo 6 da Diretiva 2008/52/CE, que estabelece tratamento em equidade durante todo o procedimento de mediação. Cabe ao mediador gerir o procedimento com equilíbrio entre as partes de participação e possibilidades. No mesmo dispositivo é determinado que o mediador de conflito não é a parte interessada no litígio, devendo participar de forma imparcial e equitativa.

A igualdade determinada pelo mediador de conflitos abrange a imparcialidade da sua conduta (artigo 6, n. 2), com imposição do dever de revelar qualquer circunstância que possa eventualmente influenciar na isenção de comportamentos que lhe são exigidos. A norma indica, além disso, algumas circunstâncias que podem afetar a independência do mediador: existência de relação familiar com as partes; interesse financeiro relacionado ao resultado da mediação; relação profissional entre as partes. Em algum desses casos cabe ao mediador recusar-se ao exercício de sua atividade¹¹⁹.

Por fim, é estabelecido no artigo 9 o princípio da executoriedade, que explana sobre os requisitos necessários para que o acordo alcançado pelas partes possa ter serventia de título executivo independentemente da homologação judicial, proporcionando redução dos recursos e de tempo para a satisfação dos interesses envolvidos na controvérsia.

Em relação ao critério de homologação do acordo obtido em mediação, o artigo 14, nº 3, prescreve que deve-se verificar o consenso alcançado pelas partes com respeito ao litígio para que possa ser objeto de mediação, a capacidade das partes, o respeito aos princípios gerais do direito, onde se respeita a boa-fé e não seja perpetrado o abuso ao direito e ao conteúdo que viole a ordem pública, requisitos eixos que não constam como aplicáveis a executoriedade do artigo 9.

A Lei de Mediação Portuguesa prevê um critério oposto ao da Lei da Arbitragem Voluntária (LAV) promulgada em 2011, para determinar quais litígios podem ser sujeitos à mediação civil e comercial: aqueles que respeitam as matérias comerciais e civis e que estejam relacionados aos interesses de natureza patrimonial ou interesses não patrimoniais onde as partes possam transigir sobre o direito em causa. As mediações que não cumprirem esta Norma são consideradas nulas.

¹¹⁸ Art. 6º da Lei nº 29/2013;

¹¹⁹ Art. 27 da Lei nº 29/2013;

A legislação em questão permite ainda o estabelecimento de acordo prévio entre as partes, por meio de cláusula compromissória efetivada em contrato, tendo o acordo contratual que assumir a designação de convenção de mediação, estabelecido em forma escrita assinado pelas partes, sob pena de nulidade da convenção. Os artigos 25 e 26 estabelecem os direitos e deveres do mediador de conflitos. Embora seja prematuro afirmar que o mediador seja considerado profissão, os profissionais que desempenham a função de mediador em Portugal complementam-se com outras atividades, não se dedicam exclusivamente à prática da mediação¹²⁰.

Em relação aos deveres do mediador, aplicam-se as normas éticas descritas na Lei nº 29/2013, embora ainda não tenha sido estabelecido um código deontológico na legislação portuguesa que possa ser aplicável a todos os mediadores. A lei é composta por diversas matérias de mediação com o objetivo de transpor a Diretiva nº 2008/52/CE. Contudo, não confere um tratamento completo das matérias que condizem à mediação, existindo a mediação laboral familiar e criminal com regulamentos separados, apesar de serem aplicados os princípios gerais elencados na Lei¹²¹.

O mediador também não tem de ser licenciado em Direito e, portanto, de conhecer o conceito de direito indisponível. Na mediação privada, as partes são livres para escolher o terceiro que entenderem para conduzir o processo de mediação, não existindo em princípio qualquer limitação da sua liberdade, com exceção de questões de capacidade desse terceiro para celebrar com elas o contrato. Na mediação pública, os requisitos relativos ao mediador dependem dos critérios definidos legalmente, mas a regra que tem sido seguida consiste em não se exigir uma licenciatura em Direito.

Neste sentido, a alínea “c” do artigo 31.º da Lei dos Julgados de Paz apenas exige que o mediador tenha “licenciatura adequada”¹²², o que não significa que não tenham de ter, por via do curso legalmente exigido, alguns conhecimentos jurídicos¹²³, nomeadamente para fazer um controle mínimo da disponibilidade do direito objeto da

¹²⁰ PINTO, Alexandre Mota; MENDES, João Pedro Castro. Os princípios gerais aplicáveis à mediação e o regime da mediação civil e comercial em Portugal. **Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez – Foro de Actualidad**, nº 35, septiembre-diciembre 2013, p. 144.

¹²¹ KNÖTZL, Bettina; ZACH Evelyn. Taking the Best from Mediation Regulations, **Arbitration International**, v. 23, n.º 4, 2007, p. 680.

¹²² JOÃO CHUMBINHO, **Julgados de Paz na Prática Processual Civil**, cit., p. 70, refere que, no Julgado de Paz de Lisboa, existem “mediadores com formação na área da gestão, direito, psicologia, serviço social, etc.”.

¹²³ CARDONA FERREIRA, J. O. **Julgados de Paz — Organização, Competência e Funcionamento**, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 49.

mediação, requisito de mediabilidade que, como já foi referido, se encontra previsto neste diploma.

Seguindo esta lógica, entende-se que, apesar de não dever controlar o conteúdo da mediação¹²⁴, o mediador, quando tenha capacidade para o fazer, presta melhor serviço às partes se as apoiar no sentido de que o acordo a obter seja válido¹²⁵, não afetando situação jurídica indisponível de uma delas ou de ambas. Assim, se o acordo violar uma norma jurídica no que respeita a uma situação de que uma parte não podia dispor, o mediador deve alertar as partes e trabalhar no sentido da sua alteração, para que o resultado da mediação seja um acordo não só satisfatório para as partes mas também eficaz.

A intervenção do mediador a este nível, para além de evitar que a mediação seja utilizada para legitimar um eventual acordo entre as partes em fraude à lei, permite encurtar o prazo para a resolução efetiva do litígio. Um acordo inválido poderá ser cumprido espontaneamente, solucionando-se a contenda (ainda que com a censura da lei), mas, se não o for, levará a um reinício do processo, uma vez que não poderá ser reconhecido e executado por um tribunal judicial, que o irá inevitavelmente controlar, pelo menos se tal for pedido por uma das partes.

A Lei da Mediação Portuguesa propõe incentivos para utilização da mediação em litígios de mediação civil e comercial: suspensão de prazos de caducidade e de prescrição; excecutoriedade imediata de acordos de mediação. É importante ressaltar que uma convenção de mediação quando válida deve ser respeitada pelos tribunais, aos quais compete remeter o litígio para mediação caso não tenha sido respeitada a convenção.

A mediação também tem alguma tradição no domínio das relações jurídicas do trabalho. No atual Código do Trabalho¹²⁶, a mediação encontra-se prevista nos artigos 526º a 528º. No que respeita ao contrato individual de trabalho¹²⁷, é necessário ter em

¹²⁴ MARCOS KEEL PEREIRA, **A Mediação nos Julgados de Paz no Contexto da «Crise da Justiça»**, Working Papers — Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, n.º 7, 2002 (policopiado), p. 9.

¹²⁵ VEZZULLA Juan Carlos, **Mediação: Teoria e Prática** — Guia para Utilizadores e Profissionais, cit., p. 92, entende que o mediador “avalia o acordo final para ver se é justo, equitativo e durável”. Ora, dificilmente um acordo inválido corresponderá a esta adjetivação.

¹²⁶ Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, retificada pela Declaração de retificação n.º 21/2009, de 18 de Março, e alterada pela Lei n.º 105/2009, de 14 de Setembro.

¹²⁷ Artigo 329.º, n.º 7 do Código do Trabalho;

conta o sistema de mediação laboral¹²⁸, tratando-se de uma das áreas em que a mediação pública se encontra mais desenvolvida.

Entretanto, o passo mais importante no que respeita à consagração legal da mediação em Portugal foi dado pelo artigo 79º da Lei n.º 29/2009, de 29 de junho, que aprovou o regime jurídico do processo de inventário¹²⁹, tendo aditado ao Código de Processo Civil os artigos 249º-A a 249º-C¹³⁰ e 279º-A, assim transpondo parcialmente a já referida Diretiva 2008/52/CE.

O artigo 249º-A do Código de Processo Civil estabelece que “as partes podem, previamente à apresentação de qualquer litígio em tribunal, recorrer a sistemas de mediação para a resolução desses litígios”, determinando que “a utilização dos sistemas de mediação pré-judicial previstos em portaria do membro do Governo responsável pela área da Justiça suspende os prazos de caducidade e prescrição a partir da data em que for solicitada a intervenção de um mediador”¹³¹, prazos que se retomam “a partir do momento em que uma das partes recuse submeter-se ou recuse continuar com o processo de mediação, bem como quando o mediador determinar o final do processo de mediação”.

O artigo 249º-B estabelece que o acordo obtido em mediação pode ser homologado por um juiz. Já o artigo 249º-C estatui que, “excepto no que diz respeito ao acordo obtido, o conteúdo das sessões de mediação é confidencial, não podendo ser valorado como prova em tribunal salvo em caso de circunstâncias excepcionais, nomeadamente quando esteja em causa a proteção da integridade física ou psíquica de qualquer pessoa”.

Igualmente importante, o novo artigo 279º-A estabelece que, “em qualquer estado da causa, e sempre que o entenda conveniente, o juiz pode determinar a remessa do processo para mediação, suspendendo a instância, salvo quando alguma das partes expressamente se opuser a tal remessa”, o mesmo podendo suceder por acordo das partes. Em qualquer dos casos, “verificando-se na mediação a

¹²⁸ VIANA Fernando, “**A Mediação no Direito do Trabalho**”, in <http://www.gral.mj.pt/userfiles/A%20Mediação%20em%20Direito%20do%20Trabalho.pdf> (texto publicado na Newsletter do GRAL de Março de 2011).

¹²⁹ VICENTE Dário Moura, “**A Diretiva sobre a Mediação em Matéria Civil e Comercial e a sua Transposição para a Ordem Jurídica Portuguesa**”, in Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, Ano II, 2009, pp. 125-148, p. 143.

¹³⁰ XAVIER Rita Lobo, “**Transação Judicial e Processo Civil**”, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 817-835, p. 832, também crítica “a opção subjacente à inserção sistemática” destes artigos.

¹³¹ Portaria n.º 203/2011, de 20 de Maio

impossibilidade de acordo, o mediador dá conhecimento ao tribunal desse fato, preferencialmente por via eletrônica, cessando automaticamente e sem necessidade de qualquer ato do juiz ou da secretaria, a suspensão da instância”. “Alcançando-se acordo na mediação, o mesmo é remetido ao tribunal, preferencialmente por via eletrônica, seguindo os termos definidos na lei para a transação”¹³².

Aproveitou-se, ainda, a oportunidade para esclarecer na Lei nº 29/2009 alguns aspectos relativos aos mediadores públicos, nomeadamente a inexistência de relação jurídica de emprego público (artigo 85º, n.º 2).

Refira-se, por fim, que o Decreto-Lei n.º 15/2011, de 25 de Janeiro, veio introduzir alterações ao Estatuto do Notariado e ao Estatuto da Ordem dos Notários, no sentido de permitir aos notários intervir em processos de mediação — artigo 4.º, n.º 2, alínea m), do Estatuto do Notariado — e de acrescentar às atribuições da Ordem dos Notários a constituição de um centro de mediação e arbitragem — artigo 3.º, n.º 1, alínea “r”, do Estatuto da Ordem dos Notários.

Atualmente, no ordenamento jurídico português, a matéria da mediação está contemplada num diploma de referência, designado Lei da Mediação¹³³, aprovada pela referida Lei nº 29/2009. Porém, ainda que a lei se assumia como sendo de carácter geral, o certo é que não trata exaustivamente todos os tipos de mediação e, por outro lado, apenas um capítulo é de aplicação geral. A matéria dos princípios gerais aplicáveis à mediação é a única que verdadeiramente se aplica a todas as mediações realizadas em Portugal, independentemente da natureza do litígio que seja objeto de mediação (civil e comercial, familiar, laboral, penal e administrativo-tributária), conforme dispõe o artigo 3º da LM.

A mediação realizada pelos serviços de mediação dos Julgados de Paz continua a existir, nos mesmos moldes, sendo que a Lei nº 78/2001 manteve a seção dedicada à pré-mediação e à mediação (artigos 49º a 56º) mas remete, quanto ao procedimento, para a Lei da Mediação (art. 53.º).

Nos seus traços gerais, a Lei dedica um capítulo à mediação civil e comercial, em que efetivamente é inovadora e assume a existência legal da mediação privada, aproveitando para concentrar e especificar os aspetos relacionados com o procedimento de mediação, cumprindo ainda a tarefa de transposição da Diretiva e

¹³² O artigo 5.º da Portaria n.º 203/2011 esclarece que “a remessa do acordo para o tribunal [...] é efetuada pelas partes”.

¹³³ Doravante abreviadamente designada LM.

trazendo ao ordenamento português os aspetos impostos pela União Europeia (artigos 10º a 22.º). Em especial, a executoriedade dos acordos obtidos por via de mediação (art. 9º), os efeitos da mediação na contagem dos prazos de prescrição e caducidade e o recurso à mediação em processos judiciais pendentes, bem como antes da propositura de ação judicial (artigos 13º a 15º da Lei da Mediação).

A Lei versa, ainda, sobre o estatuto do mediador de conflitos, de forma mais abrangente e completa do que anteriormente, à luz da Lei dos Julgados de Paz (artigos 23º a 29º da Lei da Mediação). Porém, continua a faltar um enquadramento profissional regulamentado para o exercício da profissão no setor privado. Além de que continua a haver normas especiais, nesta matéria do estatuto do mediador, para os mediadores que exercem funções nos sistemas públicos de mediação, designadamente nos requisitos de acesso à profissão e na sua remuneração.

Por fim, o regime dos sistemas públicos de mediação fazem parte, formalmente, da Lei da Mediação portuguesa, mas a verdade é que, majoritariamente, o regime é definido por remissão para os respetivos atos constitutivos ou regulatórios de cada sistema, assim se mantendo a dispersão que pretensamente se quis evitar com a dita Lei Geral da Mediação. Estes sistemas públicos de mediação foram surgindo já depois da existência dos serviços de mediação dos Julgados de Paz, que tratavam litígios de natureza civil e comercial, em áreas especializadas, e convivem com a mediação privada, não institucionalizada.

No sistema público de mediação, encontramos: o sistema público de mediação familiar criado pelo Despacho nº 18 778/2007, de 13 de julho, tem atualmente a sua regulamentação estabelecida no Despacho Normativo n. 13/2018, de 9 de novembro, em articulação com a Organização Tutelar de Menores, atualmente o Regime Geral do Processo Tutelar Cível, aprovado pela Lei nº 141/2015, de 8 de setembro (artigo 24º e artigo 39º), e com o Código Civil, na matéria do Divórcio e separação judicial de pessoas e bens;¹³⁴ o sistema de mediação laboral, criado através de Protocolo, celebrado em 5 de maio de 2006, entre associações patronais e sindicais; a mediação penal de adultos, introduzida pela Lei nº 21/2007, de 12 de junho, na sequência da Decisão Quadro nº 2001/220/JAI, do Conselho da União Europeia, relativa ao estatuto da vítima em processo penal, onde se prevê que os Estados-Membros promovam a

¹³⁴ Artigo 1774º – Mediação familiar;

Mediação em processos-crime. A mediação penal funciona ainda em termos experimentais.

Existe, ainda, a mediação administrativa, que passou a estar prevista, no ordenamento português, a partir de 2015. O Decreto-Lei n. 214-G/2015, de 2 de outubro, aditou o artigo 87º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (Lei n. 15/2002, de 22 de fevereiro), que dispõe sobre a “tentativa de conciliação e mediação”. À luz do nº 1 da referida norma, *quando a causa couber no âmbito dos poderes de disposição das partes, pode ter lugar, em qualquer estado do processo, tentativa de conciliação ou mediação, desde que as partes conjuntamente o requeiram ou o juiz a considere oportuna, mas as partes não podem ser convocadas exclusivamente para esse fim mais do que uma vez*. Prevê depois o nº 5 do citado art. 87º que esta mediação se processará *nos termos previstos na lei processual civil e no regime jurídico da mediação civil e comercial, com as necessárias adaptações*, reenviando o legislador para a citada Lei Geral de Mediação¹³⁵.

Pode também mencionar-se a previsão e a aplicação da mediação em âmbitos específicos como sejam o mediador do crédito, a funcionar junto do Banco de Portugal¹³⁶ ou o serviço de mediação de conflitos patrimoniais no âmbito dos mercados de valores mobiliários, criado no âmbito da CMVM¹³⁷.

3.2 Da Arbitragem portuguesa

Na Legislação Portuguesa e na própria Constituição da República de Portugal está expresso que a arbitragem possui poder jurisdicional de declarar o direito. Essa assertiva está descrita no artigo 209¹³⁸ onde afirma que "podem existir tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgados de paz". Assim como a jurisdição estatal, a arbitragem segue importante definição sobre a forma instrumental na qual é utilizada para a solução de uma controvérsia a fim de tornar um direito efetivo.

O instrumento na arbitragem denomina-se processo arbitral, que pode ser qualificado como um conjunto de regras e princípios que imprimem movimento e forma à arbitragem. O processo arbitral por meio do seu conjunto de peças, termos e atos,

¹³⁵ Redação introduzida pela Lei n. 118/2019, de 17 de setembro.

¹³⁶ DL n. 144/2009, de 17 de junho;

¹³⁷ Arts. 33.º e 34.º do Código de Valores Mobiliários, aprovado pelo DL n. 486/99, de 13 de novembro

¹³⁸ Art. 209, 2, da Constituição da República Portuguesa.

a capacidade de regular o modo e a causa instrumentalizada e conduzida na arbitragem. Sendo assim, a arbitragem pode ser comparada ao processo estatal, embora não o seja, onde nela devem ser aplicadas, quando necessário, todos os princípios e regras para compor o litígio.

Nos tempos antigos o critério para a arbitrabilidade em Portugal era o da disponibilidade dos direitos, entretanto a Lei nº 63, publicada no ano de 2011, alterou os critérios de arbitrabilidade, que deixa de depender do carácter disponível do direito em litígio¹³⁹.

A arbitragem, conforme as políticas públicas portuguesas, pode ser classificada de duas formas: Arbitragem Voluntária e Arbitragem Institucionalizada. Na primeira classificação predomina um acordo de vontades que é submetido à decisão dos árbitros pelas partes escolhidos e as sentenças são executadas pelos tribunais comuns diante destes. Na segunda forma de arbitragem, os Centros de Arbitragem, entidades autorizadas pelo Ministério da Justiça, atuam na resolução dos litígios. Um desses centros é o Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD), uma instituição que funciona derivada de uma associação privada sem fins lucrativos, com constituição promovida pelo Ministério da Justiça de Portugal e são competentes para resolução de conflitos por meios extrajudiciais de resolução como a mediação, a conciliação e a arbitragem.

O Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) em Portugal entrou em vigor no ano de 2004 consagrando a arbitrabilidade das questões administrativas atendendo aos dispostos no artigo 1, inciso 4, da Lei de Arbitragem Voluntária.

Manuel Pereira Barrocas apregoa que a arbitragem voluntária em Portugal atende duas proposições em conformidade ao artigo 1º da LAV: a primeira condiz à celebração das partes interessadas, que atribua aos árbitros a competência para resolução do conflito, mediante necessidade da Convenção da Arbitragem; a segunda proposição condiz ao objeto do direito controvertido, onde o conflito em questão deve ser relativo aos interesses patrimoniais ou, embora não envolva esse tipo de interesse, possa ser objeto de transação entre as partes¹⁴⁰.

¹³⁹ AGRELLOS, Miguel Durham. Portugal o regime de arbitragem tributária português. **Actualidad Jurídica Uría Menéndez**, v.29, 2011

¹⁴⁰ BARROCAS, Manuel Pereira. **Lei de Arbitragem Comentada**. Ob. cit. p.25

Diante disso, torna-se importante a experiência do ordenamento português ao afirmar a legitimidade do critério da disponibilidade, com diretivas necessárias que auxiliam a conformação da disponibilidade do objeto litigioso e a sujeição ao juízo arbitral.

A arbitragem tributária foi introduzida em Portugal conforme Decreto-Lei nº 10/2011¹⁴¹, justificado pelo elevado número de processos pendentes nos tribunais tributários, associado a consequências negativas para os contribuintes, para a própria administração fiscal e o Estado. O Decreto nº 10/2011 tem como objetivo reforçar a tutela eficaz dos direitos e interesses legalmente protegidos dos contribuintes oferecendo maior celeridade à resolução de litígios que opõe esses à administração fiscal e assim reduzir a pendência de processo nos tribunais tributários.

Em relação ao regime de arbitragem tributária, a arbitragem trata-se de uma forma de resolução de litígios por meio de um terceiro neutro e imparcial, o árbitro que seja na figura singular ou coletiva, escolhido pelo CAAD. Os Tribunais Arbitrais funcionam sob orientações do CAAD, que, por sua vez, funciona sob a égide do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais.

Visando garantir a celeridade, adota-se um processo sem formalidades especiais em conformidade com o princípio da autonomia dos árbitros, estabelecendo um prazo de seis meses, que pode ser prorrogado por dois meses consecutivos em até um máximo de seis meses para emissão da decisão arbitral. Sendo assim, a decisão arbitral deve ser emitida em no máximo doze meses.

Além disso, pode haver recurso para o tribunal constitucional em situações que a sentença arbitral recuse a aplicação de norma com fundamento inconstitucional ou aplique uma norma com constitucionalidade suscitada, embora possa haver recursos para o Supremo Tribunal Administrativo em situações de oposição da decisão arbitral, conforme decisão do Tribunal Central Administrativo.

A decisão da arbitrariedade pode ser anulada pelo Tribunal Central Administrativo baseada nos seguintes preceitos: ausência de especificação dos fundamentos de fato e de direito que justificam a decisão; oposição entre a decisão e fundamentos; omissão de pronúncia ou pronúncia indevida; violação dos princípios de igualdade das partes e princípio do contraditório.

¹⁴¹ Decreto-Lei nº 10/2011.



Conforme o regime de arbitragem tributária, a competência dos tribunais arbitrais abrangem as seguintes pretensões: declaração de ilegalidade de atos de liquidação de tributos, de retenção na fonte, auto liquidação de pagamento por conta; declaração da ilegalidade de atos de determinação da matéria imutável, matéria coletável e atos de fixação de valores patrimoniais; apreciação de qualquer fato ou direito relativo ao projeto de decisão de liquidação, em casos em que a lei não assegure a solicitação de declaração da ilegalidade anteriormente realizada.

Estão excluídos da competência dos tribunais arbitrais as pretensões relacionadas a execuções fiscais, atos de determinação da matéria coletável e matéria tributável, pretensões para reconhecimento de um direito e as pretensões relativas aos direitos aduaneiros.

O regime aprovado nos Tribunais Arbitrais funcionam mediante intervenção de árbitro, podendo atuar sozinho ou coletivamente com três árbitros. O único árbitro intervém quando o valor da pretensão é igual ou inferior a duas vezes o proposto pelo Tribunal Central Administrativo e o contribuinte desejar não nomear o árbitro. Em situações como essa o árbitro é nomeado pelo Conselho Deontológico do CAAD. Ao se tratar da coletividade arbitral, esta ocorre sempre que o valor do pedido de pronúncia permanece duas vezes o valor da alçada do Tribunal Central Administrativo ou quando o contribuinte escolhe o árbitro, independentemente do valor do pedido de pronúncia.

Vale ressaltar que os árbitros devem ser pessoas com comprovação de capacidade técnica, idoneidade moral e interesse público. Devem ser justas com no mínimo dez anos de experiência profissional comprovada na área do direito tributário, por meio do exercício de funções públicas, magistério, advocacia, consultoria ou docência no ensino superior. Em casos que demandam conhecimento especializado em outras áreas pode ser designado como árbitro indivíduos e licenciados na área de Economia ou gestão. Em situações em que o sujeito em dois anos anteriores tenha sido designado funcionário da administração fiscal, dirigente, membros de órgãos sociais, auditores, trabalhadores mandatários, que tenha prestado serviço ao sujeito passivo, encontra-se impossibilitado de exercer o cargo.

Uma inovação legislativa portuguesa, que passou a valer desde janeiro de 2018, veio a reboque do diploma legislativo que altera aspectos procedimentais e substanciais dos contratos públicos, prevista no Decreto-lei n. 111-B/2017, que trata sobre a previsão de recurso judicial contra determinadas sentenças arbitrais: “Nos

litígios de valor superior a € 500 000, da decisão arbitral cabe recurso para o tribunal administrativo competente, nos termos da lei, com efeito meramente devolutivo”. A justificativa para esta hipótese de recurso judicial obrigatório envolvendo decisão arbitral parece ser uma resposta direta ao alargamento das matérias passíveis de resolução de litígios por arbitragem, acima referida.

Ao Judiciário competiria um inédito papel de obrigatoriamente revisar o mérito de sentenças arbitrais que envolvam contratos públicos determinados. Ocorre que tal inovação vem provocando generalizada insatisfação na comunidade arbitralista portuguesa, que vê nesta regra um risco de tornar a arbitragem administrativa mais morosa – pois passa a depender do Judiciário para a sentença arbitral “transitar em julgado” – representando assim um retrocesso no tratamento normativo da arbitragem administrativa no país¹⁴².

A outra alteração digna de nota, também decorrente do Decreto-lei nº 111-B/2017, é que em Portugal “devem ser remetidas, periodicamente, à entidade diretamente incumbida de proceder ao acompanhamento do respetivo processo arbitral cópias dos atos processuais que sejam entretanto praticados por qualquer das partes e pelo tribunal, bem como dos pareceres técnicos e jurídicos e quaisquer outros elementos relevantes para a compreensão, desenvolvimento ou desfecho da lide” (art. 342º)¹⁴³.

Os artigos 1º e 2º da legislação portuguesa da arbitragem voluntária tratam da cláusula compromissória¹⁴⁴, que compõe os conflitos inerentes a uma determinada situação jurídica contratual ou extracontratual. Ou seja, condiz a um acordo de um conflito eventual por meio da Arbitragem¹⁴⁵. Sobre a cláusula compromissória, Manuel Pereira Barrocas enfatiza que esta medida pode fazer parte do contrato; pode estar presente em outro tipo de instrumento celebrado pelas partes; ou então pode ser utilizado de modo externo como referência à cláusula compromissória do regulamento da instituição arbitral¹⁴⁶.

¹⁴² OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Arbitragem administrativa no Brasil e em Portugal**. ADAM: o maior portal de conciliação, mediação e arbitragem. 2017. Disponível em: <<http://www.adambrasil.com/arbitragem-administrativa-no-brasil-e-em-portugal/>> Acesso em: 20.ago.2021. p.12.

¹⁴³ OLIVEIRA, ob.cit..p.14

¹⁴⁴ PORTUGAL. Lei 63/2011 – Artigo 1º. Convenção de arbitragem.

¹⁴⁵ GOUVEIA, Mariana França – **Curso de Resolução Alternativa de Litígios**. 3.ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2014. p. 49.

¹⁴⁶ BARROCAS, Manuel Pereira. **Lei de Arbitragem Comentada**. Ob. cit. p.23

Em Portugal, transitam princípios e regras específicas para determinadas áreas do direito, onde tais princípios são significativamente importantes para a harmonização e organização das relações sociais, e onde o direito alcança além dos limites expostos na lei¹⁴⁷. Os princípios estabelecidos nas legislações luso-brasileiras, condizentes à Arbitragem, são essenciais e garantem o cumprimento dos direitos consagrados em suas constituições, bem como validam publicamente o acordo estabelecido no processo privado da Arbitragem, possibilitando ao Estado que as decisões do âmbito jurídico privado sejam vinculadas caso cumpram as regras mínimas propostas em meio ao processo¹⁴⁸.

Na Constituição de Portugal, o artigo 20º, inciso número 4, trata sobre a acessibilidade do povo ao direito e aos tribunais para a defesa de seus interesses e direitos, protegidos legalmente, onde a justiça não pode denegar por insuficiência de respaldo econômico, sendo que todos possuem como direito diante de um objeto de decisão um prazo razoável mediante processo equitativo.

A legislação civil portuguesa, no artigo 762º, inciso número 2º, apregoa sobre o princípio da boa fé, exigido dentro do exercício do direito de todas as relações sociais e jurídicas. Esse princípio está inserido desde a escolha do árbitro e durante o curso da arbitragem, onde espera-se que a conduta dos sujeitos seja colaborativa, sem argumentos infundados, e a liberdade e autonomia da vontade devem atender a cláusula da boa fé e probidade¹⁴⁹.

Segundo Menezes Leitão, os ditames da boa fé devem ser praticados, na intenção de satisfazer os interesses dos princípios da correção e colaboração recíprocas, sem incidência de sacrifícios em excesso para nenhuma das partes envolvidas¹⁵⁰.

Sendo assim, durante a adoção da Arbitragem voluntária devem ser observados o princípio do processo legal, com enfoque no princípio da boa fé e autonomia da vontade das partes, tendo em vista que com exceção da arbitragem obrigatória, as partes podem optar ou não por este meio de composição de conflitos.

¹⁴⁷ BARROCAS, Manuel Pereira. **Lei de Arbitragem Comentada**. Ob. cit. p.25

¹⁴⁸ GOUVEIA, Mariana França – **Curso de Resolução Alternativa de Litígios**. Ob. cit. p.45

¹⁴⁹ NAGAO, Paulo Issamu. **Notas sobre a efetividade da prestação jurisdicional e vícios na arbitragem**. In Estudos Avançados de mediação e Arbitragem. 1.ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014

¹⁵⁰ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. **Direito das Obrigações**. 9ª ed. vol II. Coimbra: Livraria Almedina, 2014, p.130.

Nas leis portuguesas, além deste princípio, os princípios da imparcialidade do arbitro, igualdade das partes, contraditório e livre convencimento também estão explícitos.

Sobre o princípio do contraditório, este deve basear-se na observância fiel da garantia do direito das partes de participarem de modo efetivo no desenvolvimento da solução de conflitos, no sentido de que ambos os sujeitos possam ter a possibilidade de influenciar acerca da tomada de decisão, em matéria de prova ou fato, ou ainda mesmo em matéria de direito¹⁵¹. Neste âmbito, devem ser garantidas às partes, a disponibilização de todas as informações e atos praticados, para que possam se manifestar. Sendo assim, em todos os atos processuais, a arbitragem deve ser comunicada, possibilitando aos litigantes a boa tomada de decisão e boa manifestação¹⁵².

O princípio de igualdade das armas tem como objetivo oferecer o equilíbrio entre as partes, por meio da arbitragem. Para Mariana França Gouveia, a igualdade das partes deve ser vislumbrada como algo material, que foge da formalidade, sem necessidade de identidade absoluta durante os atos do processo, com equilíbrio entre as partes envolvidas¹⁵³. Luiz Antônio Scavone Junior, corrobora ao afirmar que “o equilíbrio em razão da não obrigatoriedade do procedimento, que decorre da vontade das partes, significa que se uma oportunidade for dada a um dos contendores de produzir provas, aduzir suas razões e indicar árbitro ou advogado, a mesma oportunidade deve ser concedida ao outro”¹⁵⁴.

Em relação à figura do árbitro, a legislação portuguesa preconiza que seu perfil deve ser demarcado por imparcialidade e independência durante o processo arbitral¹⁵⁵. A imparcialidade trata de uma postura ética, adequada à satisfação dos interesses e objetivos do sujeito, elemento importante para a manutenção da paz e bom convívio social. Além disso, a imparcialidade é considerada uma condição indispensável que deve ser validada juntamente com a autonomia privada das partes. Dessa forma, é dever de todo julgador agir com imparcialidade, sem estabelecimento de juízo prévio contra ou a favor de coisas ou pessoas, sem interesse indireto ou direto na causa¹⁵⁶.

151 GOUVEIA, Op. cit., p. 48.

152 SCAVONE JUNIOR, Op. cit. p. 02.

153 GOUVEIA, Op. cit. p. 49.

154 SCAVONE JUNIOR, Op. cit.p.02.

155 BRASIL. Lei 9.307/96. Art. 14.

156 ELIAS, Carlos Eduardo Stafen. **Imparcialidade dos Árbitros**. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014. pp. 14-16

Os princípios do livre convencimento do árbitro e imparcialidade inerentes ao plano jurídico, devem ser respeitados no mesmo patamar dos demais princípios aplicados à arbitragem: princípio da igualdade das partes e o princípio do contraditório, que visam à garantia do processo legal estabelecido na constituição dos Estados¹⁵⁷, possibilitando assim ao julgador a apreciação das provas propostas para que possa proferir sua decisão¹⁵⁸.

É importante destacar o princípio do livre convencimento do árbitro ligado à permissão estabelecida na legislação, tendo em vista que lhe confere o direito na sentença de apreciar de forma livre as provas produzidas pelas partes para que posteriormente possam fundamentar sua decisão. Sendo assim, pode efetuar a livre apreciação das provas produzidas, com argumentos trazidos pelas partes e com outras formas que julgar oportunas para firmar sua convicção a respeito da demanda¹⁵⁹.

No direito português existe o princípio da autonomia da vontade privada, que atua na esfera dos particulares e a liberdade do agente no âmbito privado¹⁶⁰. Neste aspecto faz-se necessário evidenciar as diferenças existentes entre autonomia privada e autonomia da vontade.

No entendimento de Francisco dos Santos Amaral Neto¹⁶¹, autonomia da vontade é o princípio do direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando o seu conteúdo, formas e efeitos, com campo de aplicação voltado para o direito obrigacional e pode dispor como lhe aprouver, salvo disposição cogente em contrário. A autonomia privada tem de estabelecer as regras jurídicas de seu próprio comportamento, bem como criar normas jurídicas nos limites

¹⁵⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. **Breves observações sobre o procedimento arbitral**. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Arenhart%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em: 31.ago.2021.

¹⁵⁸ VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Os princípios norteadores do direito e a Arbitragem**. p.14. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/arbitragem.pdf>>. Acesso em: 31.ago.2021.

¹⁵⁹ LEMES, Selma M. Ferreira. **Arbitragem**. Princípios Jurídicos fundamentais. Direito Brasileiro e comparado. p. 32. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri20.pdf>. Acesso em: 31.ago.2021.

¹⁶⁰ CARVALHO, Jorge Morais. **Os limites à liberdade contratual**: comentário ao art. 280º do código civil. Coimbra: Almedina, 2016, p.8.

¹⁶¹ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, ano 26, nº 102. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas.

da lei. A autonomia da vontade trata-se de uma manifestação de liberdade individual no âmbito jurídico.

Jorge Morais Carvalho complementa afirmando que autonomia privada condiz a qualquer possibilidade de livre conformação das relações jurídicas entre as partes, permitindo a celebração de contratos ou negócios jurídicos¹⁶².

No que tange à convenção de arbitragem, ninguém é obrigado a submeter-se a jurisdição estatal, devendo buscar meios alternativos para solução de conflitos, no caso da adoção do método da arbitragem.

Os Estados utilizam o princípio da inafastabilidade da jurisdição estatal como princípio elementar em suas constituições. Desse modo, em virtude da autonomia privada das partes através de um comum acordo e sem qualquer coerção, pode ser facultado aos envolvidos em um conflito submeter a controvérsia à solução de uma terceira pessoa através de uma cláusula que determina "quando a existência dessa controvérsia não passa de uma possibilidade futura" ou por meio do compromisso arbitral nas situações em que "o litígio já se configurou"¹⁶³.

Em relação à arbitragem, a autonomia privada das partes encontra-se presente na legislação portuguesa na possibilidade dada pelo legislador de utilizar ou não este meio alternativo diante da solução judicial de conflitos. Quando esta medida é excluída, a autonomia também se faz presente em virtude de ser um critério particular, onde ambas as partes têm o poder de definir se a arbitragem será de direito ou de equidade.

Conforme Carlos Alberto Carmona¹⁶⁴, quando a solução arbitral é definida pelas partes pode ser que ainda o árbitro julgue por equidade, sem a implementação de normas de direito positivo, possibilitando que os árbitros dirijam a controvérsia conforme o ordenamento jurídico, escolhido previamente pelos litigantes, sem prejuízos às partes.

Em relação aos limites da autonomia privada na arbitragem, estes devem ser justificados pela lei por meio do intérprete, com referência ao interesse determinado¹⁶⁵.

¹⁶² CARVALHO, Jorge Morais. Ob.cit., p.8.

¹⁶³ ZERBINI, Eugenia C.G. de Jesus. **Cláusulas Arbitrais**: transferência e vinculação de terceiros à arbitragem. In Arbitragem no Brasil: Aspectos Jurídicos Relevantes. 1.ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008, pp.142-143.

¹⁶⁴ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

¹⁶⁵ CARVALHO, Jorge Morais. Op. cit. p.8.

Nessa linha de pensamento Francisco dos Santos Amaral Neto¹⁶⁶ assevera sobre os limites da autonomia privada determinando o que são a ordem pública e os bons costumes sendo que a primeira pode ser considerada como um conjunto de normas jurídicas que regulam e protegem os interesses fundamentais da sociedade do Estado, já os últimos são considerados um conjunto de regras morais que formam a mentalidade do povo e exprime os princípios jurídicos da lealdade contratual, proibição do lenocínio, jogo, contratos matrimoniais e etc.

Em Portugal a legislação permite no artigo 1, o uso da arbitragem voluntária para a solução de litígios de interesse patrimonial e não patrimoniais, desde que possam celebrar transação sobre o direito controvertido. Quando não patrimoniais os direitos controvertidos e não susceptíveis de transação, não podem ser submetidos à arbitragem por simples decisão das partes expressas numa convenção arbitral. Sendo assim, o critério da patrimonialidade transaccional do direito deve ser verificado quando já pertence à esfera jurídica do titular¹⁶⁷.

Conforme Joaquim de Paiva Muniz¹⁶⁸, a legislação brasileira expressa no artigo 1º sobre a arbitrabilidade, que trata dos litígios relativos aos direitos patrimoniais disponíveis, enfatizando sobre a disponibilidade dos direitos patrimoniais inerentes a cada pessoa em conjuntura com os direitos de valor econômico.

Em outra linha de pensamento, entende-se que os direitos patrimoniais indisponíveis são aqueles que não podem ser objeto de alienação, renúncia ou transação.

Em Portugal, baseado nas normas existentes e segundo magistério de Bernardo da Gama Lobo e Pedro Furtado Martins, os direitos indisponíveis são aqueles que incidem sobre coisas que se encontram fora da linha comercial e os direitos de família¹⁶⁹. Torna-se importante salientar que a legislação portuguesa e brasileira não definem com clareza quais são os direitos denominados indisponíveis.

¹⁶⁶ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Autonomia Privada. **Revista CEJ**, n. 09, dezembro/1999. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero9/artigo5.htm>> Acesso em: 31.ago.2021

¹⁶⁷ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo; MARTINS, Pedro Furtado. **A transação em direito do trabalho**: direitos indisponíveis, direitos inderrogáveis e direitos irrenunciáveis. In: Liberdade e compromisso: estudos dedicados ao Professor Mário Fernando de Campos Pinto. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009, pp. 449-450.

¹⁶⁸ MUNIZ, Joaquim de Paiva. Ob.cit..p 151.

¹⁶⁹ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo; MARTINS, Pedro Furtado. Ob. cit., p. 449-450.

Nos Códigos Civil e Processual Civil em Portugal predomina a vedação às partes de transacionarem direitos que não podem dispor¹⁷⁰, evidencia a isenção da prescrição¹⁷¹ dos direitos indisponíveis¹⁷².

Pedro Furtado Martins e Bernardo da Gama Lobo Xavier¹⁷³, conforme a doutrina portuguesa, e embasados no ensinamento de Cunha Gonçalves salientam que se inclui na categoria dos direitos indisponíveis no direito de família, o direito de natureza pessoal e aqueles direitos que tratam sobre coisas que se encontram fora do comércio ou em que esteja em jogo o estado das pessoas.

A arbitragem nos conflitos laborais em Portugal compõe-se de fatores endógenos e exógenos ao sistema estatal de resolução de conflitos. Ferreira¹⁷⁴ considera que existe pouca utilização dos meios alternativos de resolução de conflitos no âmbito laboral em Portugal em virtude dos tribunais do trabalho estarem no topo da pirâmide da litigação.

No estado português observa-se a centralidade da gestão dos conflitos laborais com a adoção das medidas de conciliação, mediação e jurisdição.

Um ponto que merece destaque no direito laboral português é a regulação das relações empregatícias por meio de acordos setoriais e acordos empresariais com características próprias. No que tange a essas características destacam-se os tipos de negociações coletivas entre os setores tradicionais e os novos setores, além da predominância da adoção do acordo setorial para evitar a competição com fixação dos mesmos salários mínimos¹⁷⁵.

Desde 2009 por meio da Lei nº 7, promulgada como Novo Código do Trabalho¹⁷⁶, a arbitragem passou a ser adotada nos conflitos coletivos, embora existam controvérsias no que diz respeito à aplicabilidade desta medida, verificada pela indisponibilidade do direito dos trabalhadores que não podem ser transacionados somado à inafastabilidade da jurisdição estatal, tendo em vista que o trabalhador

¹⁷⁰ Código Civil Português - Artigo 1249.º

¹⁷¹ Código Civil Português - Artigo 298.º

¹⁷² XAVIER, Bernardo da Gama Lobo; MARTINS, Pedro Furtado. Ob. cit., p. 447-449

¹⁷³ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo; MARTINS, Pedro Furtado. Ob. cit. p 450.

¹⁷⁴ FERREIRA, António Manuel Carvalho de Casimiro. **Trabalho procura justiça**: os Tribunais de Trabalho na sociedade portuguesa. Coimbra: Almedina, 2005, p.402.

¹⁷⁵ LIMA, Maria da Paz Campos. **A negociação coletiva setorial**: a perda de centralidade na regulação laboral? In: Cadernos Sociedade e Trabalho: Trabalho e Relações Laborais, 1. Lisboa: DEPP- MTS, 2001, p.237.

¹⁷⁶ PORTUGAL. **Lei n.º 7/2009 de 12/02/2009** - Novo Código do Trabalho. Artigo 529.º - Arbitragem.

encontra-se em situação menos favorável quando em comparação ao empregador, sendo necessária a manutenção da tutela pelo Estado.

A legislação em Portugal que trata da arbitragem não afasta a possibilidade da adoção do meio pelas partes na jurisdição estatal, contudo a própria legislação possibilita que as partes façam a opção de utilizar ou não a arbitragem como meio para solução dos conflitos em virtude das vantagens da adoção deste instrumento alternativo.

O mecanismo de arbitragem foi impulsionado após os problemas de ordem estrutural e conjectural evidenciados nos tribunais administrativos do Estado, fazendo com que fosse regulamentada a arbitragem tributária por meio da criação da Lei da Arbitragem Tributária (LAT) – Decreto-Lei nº 10/2011, que entrou em vigor em 1º de Julho de 2011, com objetivo de assegurar de forma simples e rápida, a resolução dos conflitos entre os contribuintes e as Finanças. É aparente a evolução dos sistemas legais portugueses para com o tratamento da desjudicialização da resolução dos litígios, onde deixara de ser um modelo de carácter institucional, imposto e adverso, para uma conjuntura negociada e de proximidade.

É possível afirmar que as conquistas históricas, o pluralismo cultural e jurídico contemporâneo presentes na sociedade europeia, capacitou os legisladores portugueses a definirem formas mais sustentáveis de solução dos conflitos, com intuito de satisfação do desejo e aplicação de outros campos do conhecimento humano, como psicologia, sociologia, semiótica, matemática aplicada, administração, do que propriamente a interpretação e a aplicação do direito.

3.3 Da Conciliação Portuguesa

Essa medida de resolução de conflitos diante do judiciário português refere-se ao ato de ambas as partes tentarem encontrar a solução para o seu conflito por meio da intervenção de um terceiro, denominado conciliador, que conduz o processo juntamente com as partes, salienta os objetivos do conflito e convida os sujeitos a discutirem as opiniões divergentes, incentivando-os a chegarem a um livre acordo. As Comissões de Conciliação e Julgamento (CCJ) foram criadas por meio do Decreto-Lei nº 463/75¹⁷⁷, com o objetivo de oferecer maior celeridade aos processos,

¹⁷⁷ Este diploma foi regulamentado pela Portaria n.º 280/76, de 4 de Maio.

absorvendo as funções das antigas comissões corporativas no que respeita à realização da tentativa de conciliação pré-judicial nos litígios individuais emergentes da aplicação de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho.

Para além desta e tendo-se então reconhecido a necessidade de se estabelecer um mecanismo processual simplificado para o julgamento das questões de menor valor, foram-lhes atribuídas funções jurisdicionais relativas a pleitos que não excedessem 20000\$00 ou, independentemente deste valor, a todos aqueles que as partes, por acordo prévio, lhes submetessem a julgamento. As atribuições de julgar cometidas às CCJ foram, entretanto, retiradas pela Lei nº 82/77, de 6 de dezembro, em obediência aos princípios constitucionais¹⁷⁸.

Ou seja, anteriormente a conciliação podia existir desde a fase pré-judicial, ou posteriormente à fase essencial, assegurada pelo código de processo do trabalho aprovado pelo Decreto Lei nº 272-A/81 (artigos 49 e 50), entretanto após a extinção das CCJ, conforme Decreto-Lei nº 115/85¹⁷⁹, a conciliação prévia deixa de ter caráter obrigatório e passa a ficar sob o domínio da vontade das partes.

As competências do CCJ foram alteradas pelo Decreto-Lei nº 736/75, de 23 de dezembro, dado terem surgido dúvidas sobre a limitação das competências das CCJ e dos tribunais do trabalho. O novo diploma revogou o Decreto-Lei nº 463/75, de 27 de Agosto, e atribuiu competências às CCJ para “julgar as questões emergentes das relações individuais de trabalho cujo valor não exceda o da alçada dos tribunais de primeira instância, bem como aquelas que, independentemente do valor, lhes sejam submetidas por acordo das partes”.

Com estas Comissões pretendia-se, de acordo com o teor do preâmbulo do Decreto-Lei nº 736/75, de 23 de dezembro, reconhecer as vantagens de órgãos diretamente ligados ao contexto real dos litígios, uma vez que “parece, ainda, particularmente oportuno experimentar um novo tipo de órgão jurisdicional em que se achassem representados os trabalhadores e as empresas”, além das vantagens quanto à celeridade processual e à autenticidade dos resultados aí obtidos. De forma a atingir estes objetivos, as CCJ foram criadas com âmbito distrital e com uma composição tripartida (um presidente, nomeado pelo Ministério do Trabalho, e dois

¹⁷⁸ Decreto-Lei nº 115/85. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/324319/details/normal?l=1>>. Acesso em: 25.ago.2021

¹⁷⁹ Decreto-Lei nº 115/85. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/324319/details/normal?l=1>>. Acesso em: 25.ago.2021



membros designados pelas partes signatárias das convenções coletivas correspondentes).

Apesar disto, apenas um par de anos mais tarde, as CCJ foram extintas enquanto órgão jurisdicional, pela Lei n.º 82/77, de 6 de dezembro, que aprovou a Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais, em obediência aos princípios consagrados constitucionalmente. Com efeito, os arts. 205º e 206º da CRP estabelecem que a função jurisdicional é da exclusiva competência dos tribunais. De igual forma, a alínea “j”, do art. 167º, da CRP, estabelece a competência exclusiva da Assembleia da República para legislar sobre a organização e competência dos tribunais. Embora perdendo competências, as CCJ continuaram a efetuar a conciliação e a arbitragem de litígios individuais de trabalho, vindo esta prática a ser reconhecida e consagrada pelo Decreto-Lei nº 328/75.

Não obstante esta reestruturação de competências, foi sendo defendida a extinção das CCJ, o que acabou por suceder quando da publicação do Decreto-Lei nº 115/85, de 18 de abril. A sua extinção acabou por se verificar uma vez que, apesar do elevado número de processos entrados nas CCJ relativos a conflitos emergentes de contrato de trabalho a sua taxa de sucesso foi reduzida (FERREIRA, 2005).

Atualmente, a conciliação no contexto jus-laboral encontra-se regulada no art. 523º e seguintes do Código do Trabalho (CT)¹⁸⁰ e é obrigatória nos termos do nº 1, do art. 51º, do Código de Processo do Trabalho (CPT)¹⁸¹.

¹⁸⁰ Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro.

¹⁸¹ Vide Decreto-Lei n.º 480/99, de 9 de Novembro.

4. DO USO EFICAZ DOS MÉTODOS ALTERNATIVOS

Os métodos alternativos de conflito, em regra, podem ser exercidos em duas fases: num momento pré-processual ou no curso de um processo em trâmite.

Na primeira acepção, quando exercidos de forma pré-processual, a solução do conflito se dá de forma prévia sem a necessidade de ingresso com uma ação judicial. Destacam-se na prática dessa modalidade o Ministério Público, os advogados, a defensoria, os assistentes sociais e membros de conselhos tutelares, que se esforçam em compor amigavelmente as partes envolvidas em diversas espécies e níveis de conflito.

Merece destaque e análise mais detalhada o trabalho desenvolvido pelo Ministério Público e pelas Defensorias.

O Ministério Público brasileiro não possui similar em qualquer outra parte do mundo. Alçado à condição de Defensor do Povo (*ombudsman*) pelo Constituinte, foram conferidas aos seus membros inúmeras garantias e prerrogativas para o fiel desempenho desse mister. Variadas conquistas marcaram o advento da nova ordem constitucional instaurada com a promulgação da Carta Política de 1988: houve pela primeira vez a conceituação da Instituição no art. 127, *caput*, e a definição de suas funções no art. 129, I a IX; procederam-se grandes modificações no plano organizacional, com a criação do Ministério Público da União ao lado dos Ministérios Públicos dos Estados, conforme o art. 128; foram asseguradas aos promotores de Justiça as garantias da inamovibilidade, vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos; acabou-se com a figura do promotor *ad hoc*; procedeu-se à explicitação, em sede constitucional, dos princípios fundamentais que regem a Instituição etc.

Enfim, houve a diluição dos vínculos outrora existentes entre o Ministério Público e o Poder Executivo, sendo vedada a representação judicial deste e asseguradas garantias idênticas àquelas outorgadas aos magistrados, do que resultou sua posição de órgão verdadeiramente independente.

Nesse contexto, que se quer irreversível, a indisponibilidade fundamenta a atuação do Ministério Público, cabendo-lhe a precípua função de defesa dos interesses indisponíveis em Juízo. De “Procuradores do Rei” os membros do Ministério Público passaram a ser defensores intransigentes da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

No que tange à atividade conciliatória, vários diplomas legais contêm previsão no sentido de que cabe ao Promotor de Justiça, dentre outras funções, proceder o atendimento ao público dando os encaminhamentos devidos.

A respeito o art. 34 da Lei Complementar Estadual nº 13/1991, que dispõe sobre o estatuto, organização e atribuições do Ministério Público do Estado do Maranhão:

Art. 34 – Além de outras funções cometidas nas Constituições Federal e Estadual, nesta e demais leis, compete aos Promotores de Justiça, dentro de sua esfera de atribuições:

I – exercer as funções institucionais do Ministério Público;

II – impetrar “habeas-corpus”, mandados de segurança e requerer correição parcial, inclusive perante os Tribunais competentes;

III – ajuizar mandado de injunção;

IV – *atender a qualquer do povo, tomando as providências cabíveis;*

V – *prestar assistência judiciária aos necessitados, onde inexistir serviço organizado para esse fim;*

VI – officiar perante a Justiça Eleitoral de primeira instância, com as atribuições do Ministério Público Eleitoral previstas na Lei Orgânica do Ministério Público da União que forem pertinentes, além de outras estabelecidas na legislação eleitoral e partidária;

VII – officiar nos processos trabalhistas em Comarcas que não tenham Junta de Conciliação e Julgamento instalada, na forma da lei. Grifou-se

O Promotor de Justiça atua, no mais das vezes, como verdadeiro mediador, tentando fazer a pacificação social, mister quando realiza audiências em matéria de direito de família e de vizinhança, quando são mais duradouros os laços que ligam as partes.

A Defensoria Pública, de igual maneira, possui relevantíssimo papel em matéria conciliativa. Reza o art. 134 da Constituição de 1988, *verbis*:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

§ 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. (Renumerado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

§ 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).



Em que pese a previsão de autonomia funcional e administrativa, o que se observa país afora é que são inúmeras as dificuldades enfrentadas pelas Defensorias Públicas, ainda possuindo pequeno quadro funcional e poucas estruturas físicas. A realidade maranhense não destoaria desse triste quadro.

Emerge cristalina, como se vê, a necessidade urgente de melhor aparelhar essa Instituição, de modo a levar justiça à camada hipossuficiente da população que tanto necessita de um atendimento adequado, inculcando-lhe a cultura da conciliação, do entendimento, desburocratizando o sistema judicial de modo a torná-lo mais célere e eficaz.

Também os advogados têm papel importante nos meios alternativos de solução dos conflitos, em que pese sua participação seja facultativa na arbitragem (art. 21, §3º, da Lei n. 9.307/96). Também sobrelevam em importância no que tange à redação dos acordos na mediação forense ou paraprocessual. Sua presença é dispensada nos Juizados Especiais Cíveis quando o valor da causa não ultrapassar 20 salários mínimos, podendo participar como juízes leigos e árbitros. Por fim, há de se ressaltar que, nos termos do art. 2º, parágrafo único, VI, do Código de Ética e Disciplina da OAB, é dever dos advogados incentivar a conciliação entre os litigantes, prevenindo os litígios sempre que possível.

Importante destacar que essa atividade conciliatória, por vezes, e sabidamente, também tem sido aplicada em escritórios de advocacia, nos quais o pretendo demandado ou réu é chamado a ouvir uma proposta que evite uma contenda judicial.

Inúmeros fatores dificultam o processo conciliatório. Inicialmente a postura das partes que vêm o Judiciário como um 'campo de batalha' do qual uma das partes deve se consagrar vitoriosa. Esse tipo de comportamento advém, muitas vezes, do pouco grau de instrução da maioria dos jurisdicionados e, nesse caso, é reversível com uma abordagem por parte do conciliador que deve alertar para as vantagens de se conciliar e as conseqüências que podem decorrer da continuidade do litígio.

Dificuldade maior se encontra quando a postura intransigente é apresentada pelas empresas demandadas. Na maioria das vezes, nas audiências, são enviados prepostos que não têm conhecimento dos fatos, que não são orientados a debater sobre o assunto, não trazendo sequer propostas que possam ser analisadas, problema a ser contornado com a percepção e paciência do conciliador, que pode estimular os prepostos a entrarem em contato com as empresas, mesmo no



curso da audiência, para transmitirem as propostas apresentadas e tentar a viabilização de um acordo.

Em regra, quando se compõe um acordo de forma extraprocessual é redigido um termo entre as partes, o qual é levado ao judiciário para homologação, assegurando sua eficácia executiva.

4.1 Os fundamentos das atividades da chamada ‘Justiça Conciliatória’

Segundo Venti-Vigoriti *apud* Ada Pellegrini Grinover¹⁸², pode-se falar nos dias atuais numa “cultura de conciliação” que conheceu impulso crescente na sociedade pós-industrial, mas que tem, nos países em desenvolvimento, importantes desdobramentos, não apenas indicando a institucionalização de novas formas de participação na administração da justiça e gestão racional dos interesses públicos e privados, mas também assumindo relevante papel promocional de conscientização política.

Enquanto nas sociedades primitivas o processo jurisdicional configurava conquista da civilização, é possível observar nos dias atuais o crescente interesse pelos métodos complementares, com destaque para as técnicas da mediação e da conciliação.

É de conhecimento comum a imensa dificuldade que tem o Poder Judiciário em dar vazão célere e satisfatória à imensa carga de demandas que lhe chegam para apreciação. Problemas de todos os matizes contribuem para a formação desse quadro preocupante, como o custo dos processos, a burocratização na gestão, complicação procedimental, falta de informação e orientação para os detentores dos interesses em conflito, deficiência do patrocínio gratuito, bem como a necessidade de se compatibilizar o elevado grau de litigiosidade da sociedade moderna e os esforços rumo à universalidade da jurisdição. O sobrecarregamento gerou crise na justiça e proporcionou aquilo que Cappeletti e Garth alcunharam de terceira onda renovatória, dando ensejo aos hoje denominados métodos complementares de solução dos conflitos.

O primeiro fundamento, portanto, da Justiça Conciliatória tem como pano de fundo a crise da justiça em face, principalmente, de sua morosidade, alto custo e

182 GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os fundamentos da Justiça Conciliativa**. Ob.cit. p. 01.

inacessibilidade: trata-se do fundamento funcional, onde se busca a autocomposição como forma de alcançar a racionalização na distribuição da justiça e desobstruir os tribunais. Busca-se, destarte, dar vazão a controvérsias que na técnica tradicional se mostravam de difícil solução.

A este, seguem-se os fundamentos social e político. O primeiro consiste na realização da missão do Poder Judiciário que é a pacificação social. O segundo diz respeito à participação popular, mediante a intervenção de leigos na função conciliativa.

Paradigmático sobre o assunto o texto da insigne Professora Ada Pellegrini Grinover¹⁸³:

A justiça conciliativa não atende apenas a reclamos de funcionalidade e eficiência do aparelho jurisdicional (...). Releva, assim, o *fundamento social* das vias conciliativas, consistente na sua função de pacificação social. Esta, via de regra, não é alcançada pela sentença, que se limita a ditar autoritativamente a regra para o caso concreto, e que na grande maioria dos casos, não é aceita de bom grado pelo vencido, o qual contra ela costuma insurgir-se com todos os meios na execução; e que, de qualquer modo, se limita a solucionar a parcela da lide levada a juízo, sem possibilidade de pacificar a lide sociológica, em geral mais ampla, da qual aquela emergiu, como simples ponta do *iceberg*. Por isso mesmo, foi salientado que a justiça tradicional se volta para o passado, enquanto a justiça informal se dirige ao futuro. A primeira julga e sentencia; a segunda compõe, concilia, previne situações de tensões e rupturas, exatamente onde a coexistência é um relevante elemento valorativo.

Vê-se que pela sua função social, a justiça conciliativa preocupa-se mais com os problemas que estão na base do conflito do que simplesmente em amenizar os seus efeitos aparentes. Mas prossegue a eminente processualista, desta feita discorrendo sobre o terceiro fundamento¹⁸⁴:

A participação popular na administração da justiça não é senão um capítulo do amplo tema da democracia participativa. A exagerada centralização a que foram conduzidos os Estados Modernos, quando o homem se encontrou isolado perante o Estado pelas concepções individualistas, limitou a vida social ao jogo das competições interindividuais. De outro lado, as tendências coletivistas impuseram autoritativamente as decisões políticas aos indivíduos. E, de um modo ou de outro, só restava a autoridade estatal para ordenar a sociedade. Com a manifestação da crise e a comprovada insuficiência das estruturas políticas, econômicas e sociais, as instâncias de participação propuseram uma alternativa ao poder único do Estado, ou seja, ao poder exercido por poucos, ainda que em nome de todos. E acentuaram a necessidade de submeter a delegação das vontades a efetivos controles populares. Nasceu, assim, o princípio participativo, cujo núcleo se desdobra

183 *Ob.cit.* Pág. 03.

184 *Ob.cit.* pág.03.

em dois momentos principais: o primeiro, consistente na intervenção na hora de decisão; o segundo, atinente ao controle sobre o exercício do poder. Mas o princípio manifesta-se, na verdade, numa imensa variedade de formas, desde a simples informação e tomada de consciência, passando pela reivindicação, as consultas, a co-gestão, a realização de serviços, até chegar à intervenção nas decisões e ao controle, como a caracterizar graus mais ou menos intensos de participação. O princípio participativo também exerce sua influência em relação à atividade jurisdicional. Na esteira do disposto na Constituição italiana, a doutrina debruçou-se sobre os diversos aspectos da participação popular na justiça. Participação esta que pode manifestar-se em dois sentidos: participação na administração da justiça e participação mediante a justiça. Esta – a participação mediante a justiça – significa a própria utilização do processo como veículo de participação democrática, quer mediante a assistência judiciária, quer mediante os esquemas de legitimação para agir. Aquela – a participação na administração da justiça – desdobra-se em diversas facetas. Inseridos os procedimentos conciliativos, ainda que de natureza não jurisdicional, no quadro da política judiciária, a intervenção de leigos na função conciliativa também se coloca no âmbito da participação na administração da justiça.

Feito o breve esboço sobre os fundamentos da justiça conciliativa, passa-se à análise das técnicas necessárias para a efetividade do objetivo maior de qualquer método, qual seja, atingir a pacificação do conflito.

4.2 Técnicas de pacificação de conflitos

Conciliar significa pôr termo a um litígio de maneira célere, eficaz, e o mais importante, é a forma mais indicada para se alcançar a melhor solução de um conflito. Na medida em que é estabelecido um mediador diante do interesse de duas partes que acordam livremente dando-se por satisfeitas e com o compromisso de nada mais reclamarem sobre os pedidos dos autos. Para o conciliador, por sua vez, o conceito de conciliar deve tomar outra faceta, sendo a tarefa árdua e delicada de encontrar a pacificação entre partes que a princípio se colocam de lados opostos. Passa a ser o dever de, tendo o conhecimento da demanda, esclarecer as partes sobre as vantagens de ceder a plenitude de suas pretensões e encontrar um meio termo para por fim ao litígio que se apresenta.

A tentativa de criar uma cultura de conciliação no Brasil é relativamente nova, como se viu, embora desde a Constituição de 1824 possamos encontrar previsão que estimulava os Juízes a sempre tentarem a conciliação antes do prosseguimento de um processo judicial.

Cumprindo obter que também os Tribunais brasileiros somente mais recentemente passaram a implementar políticas institucionais que estimulassem o

movimento conciliatório, tudo a partir do nascimento do Conselho Nacional de Justiça no ano de 2004. Até então, o País amargava números bem distantes daqueles alcançados por países desenvolvidos na matéria.

Os números friamente postos, contudo, podem não representar o grau de confiabilidade e satisfação dos jurisdicionados, o que pode gerar efeitos perversos mais adiante quando do cumprimento dos acordos homologados.

Seguem abaixo alguns elementos cuja observância ajuda de maneira decisiva a alcançar resultados satisfatórios na atividade conciliatória, seja qual for o método alternativo. Trata-se do que chamamos de 'técnicas de conciliação'.

Do ambiente: a sala de audiência deve possuir cores leves, com propriedades calmantes, estrutura arejada e salubre, proporcionando bem-estar aos jurisdicionados. A mesa deve ser, preferentemente, redonda de modo a desestimular qualquer espírito de antagonismo ou beligerância. Assentos confortáveis e, se possível, música ambiente que afaste o temor natural que acomete aqueles que se dirigem aos fóruns, principalmente as pessoas de baixa renda ou de pouca instrução.

Do conciliador judicial: o elevado número de processos, conseqüentemente a sobrecarga de trabalho e de audiências tem feito com que os julgadores deixem de analisar de modo mais adequado relevantes fases do processo. Atividades de suma importância, como despachar a inicial e fazer a triagem dos processos nos quais possa efetivamente caber uma composição passaram a ser delegadas a servidores que acabam agindo por puro automatismo, recebendo todas as iniciais e designando sempre audiências de conciliação, sendo certo que muitas das vezes as iniciais se mostram absolutamente ineptas.

Para o julgador, ou conciliador, valer-se das técnicas conciliatórias e dos benefícios da obtenção de um acordo - dentre os quais otimizar sua carga de trabalho -, é necessário, antes de mais nada, estabelecer essa proximidade com o processo, o que só é possível ser alcançado por pessoas graduadas que possuam conhecimento jurídico e técnico para conduzir uma audiência.

O Juiz, ao conciliar, ou o conciliador de algum dos métodos alternativos designado, devem primeiramente ter conhecimento da matéria sobre a qual se demanda, mediante uma leitura simples das teses de forma que saiba de antemão sobre qual assunto versará a audiência e quais os esclarecimentos que indispensavelmente deverão ser dados às partes.



Com a leitura é possível observar quais são as partes, se estão acompanhadas por advogado nos casos de juizados e observar, ainda, o grau de instrução e os documentos juntados à exordial.

Sem dúvida, o conhecimento prévio dos fatos facilita a obtenção da conciliação. Demonstra compromisso com os litigantes, transmitindo às partes segurança para abordagem direta do assunto. Dinamiza a audiência demonstrando ao demandante em especial que seu problema foi previamente analisado e que pode vir a ter solução, transmitindo-lhe confiança e proporcionando um maior domínio da audiência e, por via de consequência, maiores possibilidades de se compor um acordo.

Com o conhecimento prévio do assunto, feito o pregão, apresentadas as partes, antes de qualquer formalismo jurídico processual é de suma importância a sensibilidade do conciliador para arrefecer as adversidades existentes entre as partes, desfazendo emoções negativas, pré-conceitos, próprios de leigos que se encontram numa zona desconhecida e que adentram a sala de audiência, não raras vezes, com medo e desconfiança, o que de antemão gera uma postura de defesa e de hostilidade altamente prejudiciais a qualquer negociação.

Criado um clima favorável, ou ao menos afável em relação ao conciliador, importante esclarecer que a possibilidade do acordo oportuniza, sobretudo, um meio de satisfazer os interesses de ambos os lados e que, vencido o ceticismo, a controvérsia existente pode ser resolvida através de um acordo mutuamente satisfatório. Passado o primeiro momento, estando as partes esclarecidas sobre como será conduzida a sessão da qual irão participar, explicado o papel do conciliador, a sua imparcialidade e equidistância, ouvidas as propostas, é hora de intensificar o poder de negociação.

Havendo proposta, deve a outra parte ser esclarecida sobre os seus termos de forma que manifeste sua aceitação ou recusa. Ao conciliador cabe não se contentar com um simples não, devendo detectar qual o ponto de resistência e tentar contorná-lo, apresentado, se for o caso, opções alternativas. Exemplificando. No caso concreto a parte pode estar propensa a aceitar uma composição, mas encontrar-se insatisfeita com o valor oferecido, com a forma de pagamento, o prazo, ou até mesmo descrente de que a proposta será efetivamente cumprida. Cabe ao conciliador em casos tais tentar elaborar novas opções, esclarecer que a conciliação é a forma mais célere de se alcançar o fim do processo, que o termo ajustado entre as partes constituirá um

título executivo judicial passível de execução, cientificando-as da segurança de estarem firmando um acordo.

Deve ser esclarecido que a presença das partes, mais que uma obrigatoriedade, em caso de conciliação judicial, é uma chance de parar de agir e reagir para começarem a pensar em ceder mutuamente em troca de uma quantia determinada, da certeza de resolução do problema, da celeridade que pode ser proporcionada, enfim seja qual for o argumento, necessário que seja introduzida na negociação a inevitabilidade de ceder em algum ponto do direito que a parte possa imaginar ter.

Conduzir as partes a uma análise objetiva da situação alertando sobre as consequências positivas e negativas de suas escolhas têm que ser uma tarefa incessante do aplicador das técnicas, competindo-lhe vislumbrar cada processo individualmente, lembrando que, ainda contendo matérias repetitivas, são protagonizados por personagens diferentes que necessitam de sua orientação.

A tarefa conciliatória, exercida em todos os métodos estudados, demanda tempo e esforço, devendo ser praticada por pessoa hábil e dedicada, em ambiente adequado e agradável.

Segundo Juliana Dermachi¹⁸⁵:

A fim de realizar seu trabalho, o conciliador deve estimular as partes a falarem sobre o conflito, provocando a escuta recíproca e a identificação das posições e interesses das partes. A retomada da comunicação permite o esclarecimento mútuo das partes acerca do conflito, dos seus anseios e perspectivas, assim como a percepção de pontos comuns que podem auxiliar na obtenção do acordo. (...) Incumbe ao conciliador procurar fazer com que as partes abandonem suas visões parciais do problema e passem a dotar uma postura mais cooperativa, voltada para a solução do conflito, por meio de perguntas que levem à reflexão e da valorização de pontos convergentes. O conciliador deve estimular as partes a formularem propostas e opções de acordo para debate. Nos casos em que as partes mostram-se reticentes à formulação de propostas, pode o próprio conciliador sugerir soluções, ressaltando, ao fazê-lo, que não está tomando partido de uma ou de outra parte, mas apenas visando à solução do problema.

Outros fatores devem ser considerados para facilitar o processo conciliatório, tais como: demonstração de domínio sobre a matéria versada no caso concreto e sobre os direitos dele decorrentes de forma que as partes se sintam mais

185 DERMACHI, Juliana. **Técnicas de Conciliação e Mediação**. In: Mediação e Gerenciamento do processo – revolução na prestação jurisdicional (Coordenação: Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Caetano Lagrasta Neto). São Paulo: Atlas, 2008, pág. 58.

seguras e abertas à abordagem do assunto. Ter uma postura apaziguadora, conduzindo os trabalhos de forma tranquila de modo a transmitir essa tranquilidade aos mediados e desarmá-los da postura de litigância. Possibilitar que o jurisdicionado seja ouvido, estar aberto a debater as questões jurídicas apresentadas ainda que não se alcance o seu mérito. Dispensar a devida atenção às partes. O conciliador, enfim, deve conduzir seus trabalhos de forma serena, tranquila e acessível, mantendo, entretanto, uma postura firme e de seriedade, demonstrando a autoridade de estar presidindo a audiência de modo a evitar que os ânimos se exaltem e possibilitar que a urbanidade entre as partes seja mantida.

Ultrapassada a fase de negociação, logrando-se êxito na obtenção do acordo, é momento de proceder-se à lavratura da respectiva Ata de Audiência, a qual deve representar com fidedignidade tudo o que se passou em audiência, de modo a não deixar quaisquer dúvidas sobre o que foi efetivamente avençado. Para tanto, devem ser desprezados maiores rebuscamentos, utilizando-se linguagem simples, acessível ao público em geral, de modo que as partes possam compreender os direitos e deveres a que, espontaneamente, se comprometeram. Há de haver menção expressa a prazos, possível aplicação de multa e forma de execução. Imprescindível, destarte, a assinatura dos presentes, sob pena de configurar ato inexistente.

4.3 O papel do agente pacificador

Analisa-se a importância do Ministério Público, da Defensoria, dos advogados, assistentes sociais, conselheiros tutelares, dentre outros agentes empenhados nessa tarefa de desburocratizar a Justiça, diminuir os seus custos, reduzir o prazo de duração processual, ou mesmo evitar a deflagração da contenda, dando-se ênfase ao pleno acesso ao Poder Judiciário, acesso este que deve ocorrer com qualidade.

O conciliador no antigo CPC de 1973 não estava no rol exemplificativo dos auxiliares da justiça (art. 139). No CPC 2015 tanto o conciliador quanto o mediador encontram-se presentes no art. 149, inseridos como auxiliares do juízo para o desempenho das atividades jurisdicionais.

Conforme o art. 165 do referido diploma legal, os próprios tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de

programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. Os tribunais estão incumbidos da organização e composição dos centros judiciários, sempre atentos às normas do CNJ, principalmente a Resolução nº 125/2010.

Diante das diversas confusões sobre o papel do conciliador, o Novo CPC deixa claro a maneira de atuação de cada um. O conciliador, de um lado, atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, sendo assim, poderá sugerir soluções garantindo a liberdade para o acordo.

Esses agentes pacificadores devem intervir analisando o conflito conjuntamente com as partes, propondo soluções, estimulando a realização do acordo, intervindo nas controvérsias com suas opiniões, sendo importante anotar que “o conciliador aponta soluções, porém cabe às pessoas aceitar ou não”¹⁸⁶.

A Conciliação tem um objetivo claro e pré-estabelecido: chegar a um acordo através do entendimento das partes. Cada parte faz concessões para a outra e a conciliação representa o acordo que põe fim à controvérsia¹⁸⁷.

Em suma, consolida-se o entendimento que com a aplicação de métodos alternativos, há um ganho em relação à pacificação social, que passa a ser material e não simplesmente formal, como nos processos jurisdicionais¹⁸⁸. De resto conclui-se que há redução de custo tanto financeiro quanto emocional e uma maior efetividade, sem considerar o relevante ganho de tempo.

A atuação dos agentes pacificadores deve estar norteada pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada (CPC, art. 166). Para amparar essa atuação, técnicas negociais podem ser empregadas para proporcionar um ambiente mais favorável à solução consensual. O art. 167 apresenta como o cadastro nacional deve ser feito e mantido atualizado pelos tribunais, deixando disponível o registro de profissionais habilitados.

Os interessados para exercer esses papéis devem ter uma capacitação mínima que é possível através da realização de curso por uma entidade credenciada que segue os parâmetros estabelecidos pelo CNJ em conjunto com o Ministério da

¹⁸⁶ SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediação de conflitos: Família, Escola e Comunidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 43.

¹⁸⁷ BUTTONI, Ademir. Mediar e conciliar: as diferenças básicas. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2707, 29 nov. 2010

¹⁸⁸ RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. Teoria Geral do Processo. 4. ed. **rev. atual. e ampl.** São Paulo: Atlas, 2016. p. 5.



Justiça, somente com este certificado o mediador e conciliador poderão se cadastrar no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal. Após ser registrado, poderá ser feito um concurso público de provas e títulos. O tribunal vai enviar ao diretor do foro da comarca ou seção judiciária onde os facilitadores atuaram. Inscritos na lista, será observado o princípio da igualdade e ocorrerá uma distribuição alternada e aleatória. No caso destes profissionais serem advogados, não vão poder exercer a advocacia nos juízos em que estão desenvolvendo tal função. Além de credenciar e enviar os profissionais para os locais de atuação, o Tribunal vai buscar deixar nos cadastros informações que acha relevante, como por exemplo, o número de processos que participou, quais audiências de mediação e conciliação resultaram em um acordo, quais as matérias comuns, entre outros. Tais dados serão publicados, pelo menos anualmente, para dar publicidade e mostrar os resultados desses métodos complementares.

Segundo o art. 168 é facultado às partes escolher o conciliador, mediador ou a câmara em que vai ser realizada a sessão, não é necessário o cadastro no tribunal. Quando não é possível escolher amigavelmente, haverá a distribuição dos que já estão cadastrados. No §3º, o legislador deu uma opção para estar presente mais que um mediador e conciliador, para reforçar e ajudar na condução da sessão.

No art. 169 encontramos previsão sobre a remuneração de tais profissionais, conforme parâmetros estabelecidos pelo CNJ. A mediação e a conciliação podem ser realizadas como trabalho voluntário, observada a legislação pertinente e a regulamentação do tribunal.

De acordo com a legislação e regulamentação do próprio tribunal, essas atividades poderão ser realizadas como trabalho voluntário. Os tribunais vão determinar um percentual para que as câmaras forneçam essa atividade não remunerada para que os processos em gratuidade da justiça sejam atendidos.

A respeito dos impedimentos desses agentes, podem ocorrer tanto antes como depois do procedimento. No primeiro caso a comunicação deve ser imediata, preferencialmente por meio eletrônico; no segundo caso, quando se tratar de mecanismo endoprocessual, a atividade será interrompida e deverá ser solicitada uma nova distribuição.

O art.172 traz uma regra para evitar a captação indevida de clientes: pelo período de um ano, contado do término da última audiência, os facilitadores ficam impedidos de assessorar, representar ou patrocinar tais partes. No caso do

conciliador, ele possui limitações no exercício das suas atividades, e não agem livremente. O art. 173 destaca as hipóteses em que o cadastro será excluído, sendo elas: quando agem com dolo ou culpa na condução da conciliação, quando violam a confidencialidade e o sigilo das informações. Todas as hipóteses deverão ser apuradas por processo administrativo. Quando encontramos situações que não são passíveis de exclusão do cadastro, ou seja, por uma atuação inadequada, há a opção de afastamento de até 180 dias.

Além dos conflitos entre particulares, o art. 174 traz uma inovação sobre a criação pela União, Estados, Distrito Federal e os municípios, de câmaras de mediação e conciliação para solucionar conflitos no âmbito administrativo. Os dispositivos apresentados aplicam-se para os meios judiciais e, no caso dos extrajudiciais, os dispositivos aplicam-se no que couber, sendo que estes órgãos institucionais ou atividades realizadas por profissionais independentes poderão ser regulamentados por lei específica.

Analisando a fundo, no desenrolar do processo, encontramos no capítulo II, art. 250, que na própria citação que é feita através do mandado, se for o caso, estará presente também a citação para comparecer à audiência de conciliação ou mediação, com data, hora e lugar estabelecido acompanhado de advogado ou de defensor público, esta hipótese não foi recepcionada pelo antigo código de processo civil. No procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente o réu será citado e intimado para audiência de conciliação ou mediação e no caso do procedimento da tutela cautelar as partes também serão intimadas.

Após a petição inicial ser apreciada e não for o caso da improcedência liminar do pedido, o juiz designará a audiência com 30 dias de antecedência, e o réu será citado pelo menos com 20 dias de antecedência e o autor será intimado na pessoa de seu advogado. O conciliador estará presente atuando na audiência e as partes deverão estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos. A sessão não é única, poderá ocorrer outras se for necessário, não podendo passar de 2 meses da data da primeira sessão. A audiência possui pauta, e o intervalo obrigatório deverá acontecer por no mínimo 20 minutos entre o início da primeira e o início da seguinte.

No §4º há hipóteses da não realização da audiência de conciliação ou mediação, que são: se ambas as partes manifestarem expressamente desinteresse ou quando não se admitir a autocomposição. O autor, na petição inicial deve indicar



pela opção da realização da audiência ou pelo seu desinteresse; no caso do réu, o seu desinteresse deve estar na petição, apresentada com 10 dias de antecedência da data da audiência.

O §7º traz uma grande inovação ao permitir a realização das audiências de conciliação e mediação pelo meio eletrônico. A intimação, tendo força obrigatória, acarreta consequências para aqueles que não comparecem injustificadamente, no caso da audiência de conciliação o não comparecimento é visto como um ato que atenta a dignidade da justiça, ou seja, prejudica a outra parte, prejudica o bom andamento do processo e a possibilidade de uma solução consensual. A consequência será a aplicação de multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, valores estes que serão revertidos em favor da União ou do Estado. Após a realização das audiências necessárias, com o êxito da conciliação ou mediação, através da autocomposição, esta será reduzida a termo e será homologada por sentença.

O novo CPC traz além da própria audiência de conciliação e mediação, a inserção destes métodos na audiência de instrução e julgamento, na qual o juiz tentará conciliar as partes, mesmo que os meios consensuais já tenham sido tentados. Outro aspecto que trará mudanças significativas é a presença dos meios consensuais nas ações de família: de acordo com o previsto nos artigos 694 e 696, todos os esforços serão utilizados para uma solução consensual, o juiz vai dispor do auxílio de profissionais e outras áreas de conhecimento para a conciliação e as sessões serão tantas quantas sejam necessárias.

5. CONCLUSÃO

Como se viu, a burocratização da máquina jurisdicional, o alto custo dos processos, a dificuldade de acesso por parte de uma camada considerável da população e a eterna morosidade, são circunstâncias que criaram o ambiente propício para o surgimento do que Cappelletti e Garth alinham de 'terceira onda renovatória'.

Nesse movimento, somente recentemente experimentado pelo Brasil, foi possível identificar-se o surgimento dos Juizados de Pequenas Causas e, posteriormente, os Juizados Especiais Cíveis. Também foi possível inferir a necessidade da criação de meios complementares à cansada técnica processual ordinária de resolução dos conflitos, surgindo institutos como a mediação, arbitragem e conciliação, a título exemplificativo.

A atividade conciliatória possui ao menos três fundamentos: um funcional, que busca a racionalização na distribuição da justiça e a desobstrução dos tribunais; um social, que consiste na realização da missão do Poder Judiciário que é a pacificação social; e um político que diz respeito à participação popular, mediante a intervenção de leigos na função conciliativa.

Num país que até pouco tempo amargava baixos índices de composição, exsurge imperiosa a necessidade de se criar uma cultura da conciliação. A criação do Conselho Nacional de Justiça, através da emenda constitucional nº 45, de 2004, representou um grande avanço para que se possa, paulatinamente, alcançar esse resultado. Desde o lançamento da campanha 'conciliar é legal', já foram milhares de audiências e acordos celebrados, e milhões de reais envolvidos nas composições. No ano de 2019 ultrapassou a cifra do bilhão. As vantagens do instituto, a importância do conciliar, tem se espalhado de modo positivo país a fora, cabendo aos juízes e conciliadores das mais diversas comarcas trabalharem agora para aprimorar e elevar a qualidade dos acordos celebrados, de modo a sempre otimizar a atividade jurisdicional.

Também foi analisada a importância do Ministério Público, da Defensoria, dos advogados, assistentes sociais, conselheiros tutelares, dentre outros agentes empenhados nessa árdua, mas gratificante tarefa de desburocratizar a Justiça, diminuir os seus custos, reduzir o prazo de duração processual, ou mesmo evitar a



deflagração da contenda, dando-se ênfase ao pleno acesso ao Poder Judiciário, acesso este que deve ocorrer com qualidade.

Buscou-se, ainda, fazer um paralelo sobre como a matéria é tratada em Portugal. Tratou-se sobre a mediação, a arbitragem e a conciliação, com enfoque nas suas particularidades e pontos coincidentes e divergentes com a legislação brasileira.

Foi demonstrado durante o trabalho que a adoção de algumas providências contribui de modo decisivo para o maior grau de satisfação das partes na celebração do acordo. Trata-se de uma melhor qualidade da composição, de modo a evitar dificuldades futuras para a obtenção real do bem da vida.

A esses aspectos foi dado o nome de 'técnicas de conciliação', as quais dizem respeito ao ambiente (aspectos da sala, da mesa, dos assentos, som ambiente etc.); ao conciliador; ao acordo (que deve ser exequível, preservando-se sempre a qualidade); à Ata de Audiência (que deve representar com fidedignidade tudo o que se passou em audiência, de modo a não deixar quaisquer dúvidas sobre o que foi efetivamente avençado). Dizem, respeito, destarte, à atuação dos órgãos: os Tribunais devem implementar programas de incentivo aos servidores, conciliadores e magistrados, ou mesmo às varas judiciais e juizados especiais como um todo, que atingirem níveis satisfatórios de realização de acordos, bem como realizar com mais frequência cursos de capacitação e de reciclagem; o Ministério Público deve ser fortalecido e melhor aparelhado na sua precípua função de atendimento ao público, mister em Estados onde praticamente inexistente serviço prestado pela Defensoria Pública; quanto às Defensorias, há de se implementar de forma urgente, e efetiva, a autonomia financeira consagrada pela Carta da República, a fim de que esta possa ter em seus quadros membros e funcionários em número suficiente para dar vazão à imensa quantidade de demandas que lhes chegam ao conhecimento

Tentou-se demonstrar, ainda, os benefícios da utilização dos meios complementares de tratamento dos conflitos e um dos principais óbices encontrados para sua maior aplicabilidade, qual seja, a mentalidade dos operadores do direito e da sociedade que está adstrita à chamada 'cultura da sentença'.

Espera-se que o trabalho some aos esforços dos diversos operadores no sentido de auxiliar na consolidação de uma nova visão pacificadora, desburocratizada e desjudicializante.

BIBLIOGRAFIA

ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de; BARBOSA, Joyce de Matos. O instituto da mediação (parte II). **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

AGRELLOS, Miguel Durham. Portugal o regime de arbitragem tributária português. **Actualidad Jurídica Uría Menéndez**, v.29, 2011

AGUIAR, Roberto A.R. de. **O que é Justiça. Uma abordagem dialética**. São Paulo: Alfa ômega, 1995.

ALMEIDA, Diogo A. Rezende de. **As convenções processuais e o calendário do novo CPC**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/222821/as-convencoes-processuais-e-o-calendario-no-novo-cpc>>. Acesso em: 05.dez.2021

AMARAL, Márcia Terezinha Gomes. **O direito de acesso à Justiça e a Mediação**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Autonomia Privada. **Revista CEJ**, n. 09, dezembro/1999. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero9/artigo5.htm>> Acesso em: 31.ago.2021

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos, GRINOVER, Ada Pelegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**, São Paulo, Editora Malheiros Editores, 2014. p.01 e 501.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Breves observações sobre o procedimento arbitral**. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Arenhart%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em: 31.ago.2021.

ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano. **O que são, afinal, negociação, mediação, conciliação e justiça restaurativa?**. In: Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Edição Autocomposição, 2018, pág.10.

AVELAR, Matheus Rocha. **Manual de Direito Constitucional**. 4 ed. Curitiba, Juruá, 2008.

BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti; MELLO, Kátia Sento Sé. Mediação e Conciliação no Judiciário: Dilemas e significados. **Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, v. 4, 2010.

BARROCAS, Manuel Pereira. **Lei de Arbitragem Comentada**. 1.^a ed. Coimbra: Almedina, 2013, p.25



BEZERRA, Paulo César Santos. **Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pág. 94.

BITTAR, Eduardo C.B. **A justiça em Aristóteles**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luís; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!** 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05.10.1988**. Organização do texto Juarez de Oliveira. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2020: ano-base 2019**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%Bameros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>>. Acesso em: 24 de maio de 2021

BUITONI, Ademir. A ilusão do normativismo e a mediação. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 87, p.109 114, 2006.

CABRAL, Marcelo Malizia. **Os meios alternativos de resolução de conflitos: instrumentos de ampliação do acesso à justiça**. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 176 p. (Coleção administração judiciária, v. 14), 2013.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

CARVALHO, Jorge Moraes. **Os limites à liberdade contratual: comentário ao art. 280º do código civil**. Coimbra: Almedina, 2016, p.8.

CARVALHO FILHO, Antônio. **Gratuidade judicial, sua presunção, sua comprovação e o novo CPC**. 2015.

CEBOLA, Cátia Marques. Regulamentar a Mediação: um olhar sobre a nova Lei de Mediação em Portugal. **Revista Brasileira de Direito**, v.11, n.2, jul-dez/ 2015, p.61.

DALLEFI, Nayara Maria Silvério da Costa. **O Acesso à Justiça e a Defensoria Pública Como Forma de Solução de Conflitos, Prestando Assistência Jurídica a Todos Necessitados**. Faculdade Toledo: Presidente Prudente. 2008.

DERMACHI, Juliana. **Técnicas de Conciliação e Mediação**. In: Mediação e Gerenciamento do processo – revolução na prestação jurisdicional (Coordenação: Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Caetano Lagrasta Neto). São Paulo: Atlas, 2008.



DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**, ed.19, Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017.

ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. **Imparcialidade dos Árbitros**. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014. pp. 14-16

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 9. ed. rev. e atual - Salvador: Ed JusPodivm, 2016.

FERRAZ, Leslie Shérída. **Acesso à Justiça – uma análise dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.

FERREIRA, António Manuel Carvalho de Casimiro. **Trabalho procura justiça: os Tribunais de Trabalho na sociedade portuguesa**. Coimbra: Almedina, 2005, p.402.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. Pedro Lenza (Coord.) 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. (Coleção Esquematizado)

VIEIRA, Tatiana Belons. **Justiça Restaurativa: uma nova forma de se pensar a justiça**. Da teoria à realidade. In: Revista Especial da Defensoria Pública de São Paulo. 2ª edição. 2010 p. 101-112.

GIANNINI, Leandro. Experiencia Argentina en la Mediación Obligatoria. **La Ley**, ano LXXVIII, n. 25, Buenos Aires, p. 3, 2014

GICO JUNIOR, I. T. **A Tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário**. Tese de Doutorado. (P. d.-G. Departamento de Economia, Ed.) Brasília, DF, 2012.

GOUVEIA, Mariana França – **Curso de Resolução Alternativa de Litígios**. 3.ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2014, pp. 45,48 e 49

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os fundamentos da Justiça Conciliativa**. In: Mediação e Gerenciamento do Processo: revolução jurisdicional (coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Caetano Lagrasta Neto), São Paulo: Atlas, 2008.

KLUNK, Luzia. **O conflito e os meios de solução: reflexões sobre mediação e conciliação**. In: SPLENGER, Fabiana Marion; SPLENGER NETO, Theobaldo (Orgs.) Mediação enquanto política pública: o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas. Santa Cruz do Sul: EDUNISC –UNISC, 2012. p. 63-77.

KNÖTZL, Bettina; ZACH Evelyn. Taking the Best from Mediation Regulations, **Arbitration International**, v. 23, n.4, 2007, p. 680.

LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. **Direito das Obrigações**. 9ª ed. vol II. Coimbra: Livraria Almedina, 2014, p.130.

LEMES, Selma M. Ferreira. **Arbitragem**. Princípios Jurídicos fundamentais. Direito Brasileiro e comparado. p. 32. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri20.pdf>. Acesso em: 31.ago.2021.

LIMA, Maria da Paz Campos. **A negociação coletiva setorial: a perda de centralidade na regulação laboral?** In: Cadernos Sociedade e Trabalho: Trabalho e Relações Laborais, 1. Lisboa: DEPP- MTS, 2001, p.237.

LOPES, Dulce; PATRÃO, Afonso. **Lei da Mediação Comentada**. Coimbra: Almedina, 2014, p. 24

MARCOS KEEL PEREIRA, **A Mediação nos Julgados de Paz no Contexto da «Crise da Justiça»**, Working Papers — Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, n.º 7, 2002 (policopiado), p.

MARINONI; Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil**, v.1. 3ed. Rev. Atual Ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p.137.

MOTTER, Adriana Marcelli; ZILLOTTO, Flávia Palmieri; BIAMBERARDINO, Pedro Ribeiro. **Cadernos de socioeducação: práticas restaurativas e a socioeducação / redação e sistematização - 2. ed. rev. e ampl. - Curitiba, PR: Secretaria de Estado da Justiça, Trabalho e Direitos Humanos, 2018. p.58 e 59.**

MUNIZ, Joaquim de Paiva. **Disposições gerais da Lei de Arbitragem**. Reforma da Lei de Arbitragem: comentários ao texto completo. Brasília: CEMCA/COPREMA, 2015.

NAGAO, Paulo Issamu. **Notas sobre a efetividade da prestação jurisdicional e vícios na arbitragem**. In Estudos Avançados de mediação e Arbitragem. 1.ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014

NASCIMENTO, Meirilane Santana. **Acesso à Justiça: Abismo, população e Judiciário. Âmbito Jurídico**. 2015, p. 1. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-74/acesso-a-justica-abismo-populacao-e-judiciario/amp/>>. Acesso em: 05.set.2021.

NAZARETH, E.R. **Mediação, um novo tratamento do conflito**. Nova realidade do direito de família, tomo I, COAD, Rio de Janeiro, 1998.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Arbitragem administrativa no Brasil e em Portugal**. ADAM: o maior portal de conciliação, mediação e arbitragem. 2017. Disponível em: <<http://www.adambrasil.com/arbitragem-administrativa-no-brasil-e-em-portugal/>> Acesso em: 20.ago.2021.



PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Ano 4. v.5. jan-jun, 2010. p. 63-94,.

PINTO, Alexandre Mota; MENDES, João Pedro Castro. Os princípios gerais aplicáveis à mediação e o regime da mediação civil e comercial em Portugal. **Revista Actualidad PORTUGAL. Lei n.º 7/2009 de 12/02/2009** - Novo Código do Trabalho. Artigo 529.º - Arbitragem.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. Teoria Geral do Processo. 4. ed. **rev. atual. e ampl.** São Paulo: Atlas, 2016. p. 5.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediação de conflitos: Família, Escola e Comunidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 43.

SATHLER, Ana Cristina. **Mediação de conflitos e negociação**. Editora Senac. 2018.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. **Manual de Arbitragem: mediação e conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 11.

SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa E Mediação Penal**. O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p, 24-25.

SLAKMON, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto. **Justiça Restaurativa**. Coletânea de Artigos. Rio de Janeiro, PNUD, 2005. P. 20.

SOUZA, Victor Roberto Corrêa de. **O novo código de processo civil brasileiro e a audiência de conciliação ou mediação como fase inicial do procedimento**. In: MALLART, Adriana Silva; DIZ, Jamile Bergamaschine Mota; GAGLIETTI, Mauro José. (Orgs.) **Justiça mediática e preventiva**. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 262.

WACHOWICZ, Marta Cristina. **Conflito e negociação nas empresas**. Curitiba: IBPEX, 2012.

WATANABE, Kazuo. Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 36, n. 195, 2011.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. Imprensa: Rio de Janeiro, Forense, São Paulo, Método, 2017.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Mediação: Teoria e Prática** — Guia para Utilizadores e Profissionais, cit., p. 92.

VIANA, Fernando. **“A Mediação no Direito do Trabalho”**, in <http://www.gral.mj.pt/userfiles/A%20Mediação%20em%20Direito%20do%20Trabalho.pdf> (texto publicado na Newsletter do GRAL de Março de 2011).



VICENTE, Fernanda Baeta; CORREIA, Luis Fernando Nigro. **Lei dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais Comentada**. Minas Gerais: Del Rey, 2007.

VICENTE, Dário Moura. **A Diretiva sobre a mediação em matéria civil e comercial e a sua transposição para a ordem jurídica portuguesa**. Separata da Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação. Coimbra: Almedina, 2009, p. 136

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Os princípios norteadores do direito e a Arbitragem..** Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/arbitragem.pdf>>. Acesso em: 31.ago.2021. p.14

XAVIER, Rita Lobo. **“Transação Judicial e Processo Civil”**, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 817-835, p. 832, também critica “a opção subjacente à inserção sistemática” destes artigos.

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo; MARTINS, Pedro Furtado. **A transação em direito do trabalho: direitos indisponíveis, direitos inderrogáveis e direitos irrenunciáveis**. In: Liberdade e compromisso: estudos dedicados ao Professor Mário Fernando de Campos Pinto. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009, pp. 449-450.

ZERBINI, Eugenia C.G. de Jesus. **Cláusulas Arbitrais: transferência e vinculação de terceiros à arbitragem**. In Arbitragem no Brasil: Aspectos Jurídicos Relevantes. 1.^a ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008, pp.142-143.



--



Universidade Portucalense Infante D. Henrique | Rua Dr. António
Bernardino de Almeida, 541 4200-072 Porto | Telefone: +351 225 572
000 | email: upt@upt.pt