



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DIREITO, NEGÓCIOS E COMUNICAÇÃO
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
MONOGRAFIA JURÍDICA

MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO: E A ATUAÇÃO DO ADVOGADO
ECONOMIA E CELERIDADE PROCESSUAL

ORIENTANDO (A): DANIELLE PINA DE ARAUJO
ORIENTADOR (A): PROF. (A) MESTRE CARMEM DA SILVA MARTINS

GOIÂNIA-GO

2022

DANIELLE PINA DE ARAUJO

MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO: E A ATUAÇÃO DO ADVOGADO

ECONOMIA E CELERIDADE PROCESSUAL

Projeto de Monografia Jurídica apresentado à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito Negócios e Comunicação, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS). Prof. (a) Orientador (a) – Ma. Carmem daSilva Martins.

GOIÂNIA-GO

2022

DANIELLE PINA DE ARAUJO

MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO: E A ATUAÇÃO DO ADVOGADO

ECONOMIA E CELERIDADE PROCESSUAL

Data da Defesa: _____ de _____ de _____

BANCA EXAMINADORA

Orientador (a): – Ma. Carmem da Silva Martins.

Nota

Examinar (a) Convidado (a):

Nota

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus pais Marcio e Miriam, que dão todo suporte necessário para concretização dos meus sonhos e objetivos, transmitindo amor, segurança, fé e coragem; e a minha irmã Isabelle que sempre esteve ao meu lado, demonstrando todo apoio e torcida pelo meu sucesso. À todos meus amigos que me acompanharam durante essa jornada, e em especial meus colegas e professores que contribuíram para a realização deste trabalho, e também para meu crescimento individual.

AGRADECIMENTOS

Na oportunidade, agradeço a Deus pela minha vida, por guiar e cuidar para que eu possa seguir o melhor caminho na concretização dos meus sonhos, e por todas bênçãos concedidas para a concretização desta etapa. À minha orientadora Prof^a. Carmem da Silva Martins, pela paciência e dedicação em todo processo de construção deste trabalho, e por todas orientações prestadas para que meu esforço resultasse em bons frutos. A todos os demais professores que contribuíram para meu crescimento acadêmico, pois não pouparam esforços para o engrandecimento pessoal e profissional de seus alunos.

SUMÁRIO

RESUMO	7
INTRODUÇÃO.....	9
1. O CONTRATO SOCIAL E O ESTADO COMO PRECURSOR DA DISTRIBUIÇÃO DO DIREITO	11
1.1 O PROCESSO DE INTEGRAÇÃO DA CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NO BRASIL	13
1.2.. CONCEITOS NORTEADORES DOS MÉTODOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS.....	16
2. SOBRECARGA DO PODER JUDICIÁRIO NA COMPOSIÇÃO DA LIDE.....	19
2.1 O PRINCÍPIO DO ACESSO A JUSTIÇA E EFETIVIDADE ATRAVÉS DOS MEIOS AUTOCOMPOSITIVOS	21
2.2 ECONOMIA E CELERIDADE PROCESSUAL COMO CONSEQUÊNCIA DA FUNCIONALIDADE DA CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO	23
3. PRINCÍPIOS ÉTICOS QUE ORIENTAM A ATUAÇÃO DO CONCILIADOR E MEDIADOR.....	26
3.1 OS DESAFIOS NA FORMAÇÃO TRADICIONAL DOS PROFISSIONAIS DO DIREITO EM EVITAR A JUDICIALIZAÇÃO DA DEMANDA	29
3.2 BUSCA PELA EFETIVIDADE DOS MEIOS CONSENSUAIS NA QUALIDADE DE ADVOGADO	31
CONCLUSÃO	35
REFERÊNCIAS	36

RESUMO

A Mediação e a Conciliação possuem importante aplicabilidade diante do atual cenário do Poder Judiciário em crise, devido à excessivas demandas que ocasionam a sobrecarga de suas atribuições. A questão principal refere-se a autocomposição de litígio como instrumentos que viabilizem a celeridade e economia processual e, principalmente o efetivo acesso à justiça. Outrossim, diante das transformações sociais, que resultam nas alternativas não adjudicatórias, como ferramentas de pacificação social, destaca-se o papel fundamental exercido pelos Conciliadores e Mediadores, na concretização das vias consensuais de composição da lide. Nesse sentido, além da aplicabilidade desses institutos, discute-se as formas como os métodos alternativos de conflitos atuam com maior efetividade na satisfação de interesse das partes e concretização dos preceitos constitucionais de pacificação social. Não obstante, observa-se o papel dos operadores do direito na sistemática de funcionalidade e estímulo aos meios consensuais, em especial a atuação do advogado, e as possibilidades que suas atribuições oferecem de forma positiva para os interessados e ao Poder Estatal.

Palavras chave: Mediação. Conciliação. Pacificação social. Acesso à Justiça.

Celeridade. Economia Processual.

ABSTRACT

Mediation and Conciliation have important applicability given the current scenario of the Judiciary in crisis, due to excessive demands that cause the overload of its attributions. The main issue refers to the self-composition of litigation as instruments that make possible the celerity and procedural economy and, mainly, the effective access to justice. Furthermore, in the face of social transformations, which result in non-adjudicatory alternatives, as tools for social pacification, the fundamental role played by the Conciliators and Mediators, in the consensual ways of composition of the dispute, stands out. In this sense, in addition to the applicability of these institutes, the ways in which alternative conflict methods work more effectively in satisfying the interests of the parties and implementing the constitutional precepts of social pacification are discussed. Nevertheless, it is possible to observe the role of legal operators in the system of functionality and stimulus to consensual means, especially the lawyer's performance, and the possibilities that their attributions offer in a positive way for the interested parties and the State Power.

Keywords: Mediation. Conciliation. Social pacification. Access to justice.

Celerity. Procedural Economics.

INTRODUÇÃO

A Conciliação e a Mediação como métodos alternativos de resolução de conflitos, são reflexos da evolução das relações sociais e da ciência jurídica, resultado da concretização da busca pela harmonia e funcionalidade do Poder Judiciário, na organização Estatal de forma equilibrada, igualitária, comprometida com a ordem, e consequentemente com o verdadeiro significado de Justiça.

Nesse contexto, os métodos consensuais estão inseridos na Constituição Federal de 1988 como meios para alcançar a pacificação social, oportunizando aos interessados em determinada demanda, encontrarem soluções conjuntas no lugar de se subordinarem à intervenção imperativa de terceiros. Dessa forma, a história jurídica caminha para o ápice do funcionamento pleno equilíbrio social, onde a subordinação dos interesses das partes para que o Estado diga o direito, resultante de processo de constitucionalização, deixa de ser a única via resolutiva das lides cotidianas, tendo as partes autonomia no encerramento de seus conflitos.

Por conseguinte, o presente estudo tem como objeto a evolução dos fatos sociais, e o processo de formação das constituições, oportunizando o entendimento da inclusão dos métodos alternativos de resoluções de conflitos no sistema legal, e os conceitos norteadores desses meios consensuais para a aplicabilidade prática.

Concomitantemente, o segundo capítulo aborda sobre os desafios que o Poder Judiciário encontra com as excessivas demandas, e as falhas resultantes dessa sobrecarga com a grande procura em pleitear direitos pela via contenciosa. Nessa perspectiva, reconhece os meios consensuais como via ideal para o acesso à justiça, garantindo a efetividade de princípios essenciais de economia e celeridade processual para o funcionamento jurisdicional eficiente.

No terceiro momento, aprofunda-se na atuação dos Conciliadores e Mediadores, e a importante participação e qualificação destes agentes, para o sucesso das sessões consensuais, de forma harmônica e eficiente. Ademais, busca analisar a cultura do litígio, principalmente pelos operadores do direito, em buscarem sempre a via contenciosa, descumprindo papel importante de estímulo aos meios autocompositivos.

Por fim, destaca-se a atuação do advogado como instrumento essencial para a efetividade dos meios alternativos de resolução de conflitos, orientando as partes sobre às vias disponíveis e dispendo sobre a melhor maneira de atender os interesses dos litigantes. Dessa forma, busca proporcionar significativas transformações sociais para o acesso à justiça.

1. O CONTRATO SOCIAL E O ESTADO COMO PRECURSOR DA DISTRIBUIÇÃO DO DIREITO

Este capítulo abordará os fatos iniciais das relações sociais primitivas conhecidas pelo estado de natureza, que são definidas pelo homem livre, objetivando a melhor compreensão da formação do contrato social, no decorrer do desenvolvimento humano. O estado de natureza segundo Hobbes (1651), é definido pelo homem livre e têm o direito natural de autoproteção, isto é, a liberdade de usar seu próprio poder, da forma que preferir para a preservação de sua vida.

Nessa perspectiva social, não há que se falar em justo ou injusto, bem ou mal, pois inexiste definições de subordinação das ações humanas, além daquilo que se deseja fazer ou ter. Hobbes (1974, p.79):

[...] Durante o tempo em que os homens vivem sem um poder comum capaz de mantê-los a todos em respeito, eles se encontram naquela condição a que se chama guerra; e uma guerra que é de todos os homens contra todos os homens.

Nesse sentido, é que a humanidade para que pudesse evoluir e transformar a sobrevivência humana em vivência social, chegou ao ponto no qual os obstáculos de conservação do estado de natureza, não mais poderiam ser superados, e a soma de forças em comum acarretou na questão trazida por Rousseau (1789, p.27):

[...] encontrar uma forma de associação que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e por meio da qual cada um, ao se unir a todos, somente obedeça a si mesmo e permaneça tão livre quanto antes. Tal é o problema fundamental a que o contrato social oferece a solução.

A passagem do estado de natureza para o estado civil faz com que o homem substitua sua conduta de instinto, pela justiça, e dá a suas ações a moralidade que lhe faltava anteriormente. Dessa forma, é justamente o processo de racionalização que afasta o homem de suas inclinações individuais e a perda da liberdade natural, para que possa desfrutar da liberdade civil estruturada pela vontade geral fundando-se em um título positivo. A sociedade civil ou política, é a definição da vida em comum e coletiva do ser humano, resultado do processo de racionalização dos instintos onde

a força desregrada se transforma na liberdade regulada, sendo o Estado recebido como produto da razão.

Nesse sentido, é por meio do pacto social na formação da sociedade civil que se dá a existência do corpo político que agirá por meio da legislação, sendo os membros desse corpo os governantes. Dessa forma, o governo passa a ter exercício legítimo do poder executivo, Rousseau (1789, p.64):

[...] recebendo do soberano as ordens que dá o povo, e para que Estado esteja em um bom equilíbrio é necessário, uma vez que tudo esteja equilibrado, que haja igualdade entre o produto ou o poder do governo, tomado em si mesmo, e o produto ou poder dos cidadãos, que são soberanos, por um lado, e súditos, por outro.

Nesse aspecto, o processo de evolução social e os movimentos intelectuais tornaram possíveis a limitação de poderes e o estabelecimento de direitos fundamentais. Esse movimento, do século XVII e XVIII conhecido como Iluminismo, permitiu com que houvesse uma supremacia parlamentar, a declaração de direitos e a formação das Constituições, para reger, garantir e proteger o Estado Democrático, fruto do avanço das relações sociais e políticas. Dessa forma, o processo constitucional se concretiza na consolidação das leis, legislando a liberdade civil comum a todos, em detrimento da liberdade natural instintiva irracional.

Progressivamente a Jurisdição ganhou forma, como poder, dever, função e atividade estatal, em dizer o direito ao caso concreto, objetivando a pacificação social, que afirma o seu poder. Desse modo, partindo dos pressupostos e dos conhecimentos filosóficos e políticos, a materialização evolutiva do contrato social resulta na criação de uma Carta Magna, limitando poderes e estabelecendo direitos e garantias fundamentais ao povo. Não obstante, o preâmbulo da Constituição Da República Federativa do Brasil (1988), prevê:

[...] assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias [...].

Desde então, as relações humanas continuam a se modificar e evoluir acompanhando a modernidade e as novas demandas que cada realidade social exige. Nesse sentido, o processo evolutivo da comunidade tornou possível a criação da Jurisdição, como poder Estatal em dizer o direito ao caso concreto, de forma imparcial,

seguindo o devido processo legal, na busca pela pacificação social, resguardando direitos e deveres.

Tal subordinação estatal, possibilitou o desenvolvimento do Direito em uma relação circular, em servir o povo e ser ao mesmo tempo servido pelas demandas sociais. A Constituição Federal em seu artigo 1º parágrafo único, legisla “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Dessa forma, o povo é o titular responsável pelo funcionamento do estado civil e político, dotado de legitimidade para escolher e guiar as relações sociais em um Estado democrático de Direito.

Portanto, as Constituições são instrumentos que ao longo da história proporcionam as mudanças e inserções das regras necessárias à organização e estruturação dos contratos sociais, e o poder constituinte originário que é o poder instituído pelo povo, assegura a liberdade de mudança se assim for a vontade geral, através de limites impostos e reconhecidos pela constituição, e a história caminha em direção ao que se denomina hoje Estado de Direito.

1.1 O PROCESSO DE INTEGRAÇÃO DA CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NO BRASIL

Ao ser abordada a evolução das relações humanas, torna-se necessário destacar as mudanças na forma de resolverem conflitos de interesses, até chegarem à subsunção dos cidadãos de suas vontades e vingança, para o que é denominado hoje como Justiça. Dessa forma, um terceiro imparcial dotado de legitimidade e competência, investido por uma estrutura jurisdicional, substitui a vontade das partes, para resolução da lide, e de reconhecimento de direitos e garantias constitucionais, através do seu compromisso com a sociedade.

Não obstante, a Jurisdição também se modernizou para servir da melhor forma as necessidades das demandas atuais, legislando e incentivando cada vez mais em consonância com o preâmbulo da Constituição Federal de 1988, que descreve como objetivo maior a instituição de “um Estado Democrático [...] de uma sociedade fraterna

comprometida com a solução pacífica das controvérsias”. Desse modo, o Direito caminha empregando esforços contínuos na valorização do uso de métodos alternativos de conflitos. No Brasil, o Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), a Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015), a Resolução CNJ n. 125/2010 e a Resolução CJF n. 398/2016, são exemplos que preveem a adoção dessas técnicas.

O Código de Processo Civil de 2015 estabelece como um de seus pressupostos o incentivo ao uso de formas autocompositivas de solução de conflitos, como a mediação e a conciliação. Esses métodos autocompositivos, buscam a quebra de paradigmas sociais, como a cultura da litigiosidade e a necessidade em levar ao Poder Judiciário lides que poderiam ser solucionadas em um ambiente mais oportuno, e com mecanismos mais apropriados.

A evolução da conciliação e mediação é evidente na jurisdição brasileira, tanto na parte legislativa, quanto na parte prática. Sendo que, a conciliação tem um papel bastante difundido no ordenamento jurídico, pois este instituto ganhou forças com a criação dos Juizados Especiais Cíveis, sendo uma etapa necessária para o procedimento, buscando-se a autocomposição e o encerramento de determinada disputa. Por sua vez, a mediação ganhou força normativa apenas em 2015, quebrando resistências e se inserindo no ordenamento jurídico, mudando as formas tradicionais de resolução de controvérsias.

Hoje é possível notar uma maior tendência mundial em evitar na resolução de conflitos, a imposição de um provimento judicial. No Brasil, o incentivo aos mecanismos adequados de solução de controvérsias, são extraídos de diversos preceitos legais, a começar pela Constituição de 1988. Ademais, tanto o Judiciário quanto os Poderes Executivo e Legislativo, são igualmente responsáveis pela harmonia social, tendo como base a Carta Magna. Não obstante, o Artigo 4º inciso VII da Constituição Federal prevê a solução pacífica de conflitos na condução da política externa, além da conciliação e mediação serem inseridos entre os mecanismos de acesso à justiça, previsto no Artigo 5º inciso XXXV, também da Constituição Federal.

Por sua vez, o Segundo Pacto Republicano colocou a conciliação e a mediação como temática importante a ser abordada, assinado em 13 de abril de 2009, pelos três poderes da Federação, assumiram o compromisso de fortalecer esses meios autocompositivos, promovendo assim o estímulo aos métodos alternativos de

resolução de conflitos, voltados a maior pacificação social e menor judicialização. Concomitantemente, O Conselho Nacional de Justiça empregou esforços contínuos no mesmo sentido, com a criação da Semana Nacional da Conciliação, o Prêmio Conciliar é Legal e a própria Resolução CNJ n 125, em seu Artigo 1º que institui a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse:

Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334 do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 27 da 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.

Ademais, os métodos autocompositivos de resolução de controvérsias mostram-se importantes complementos ao conjunto de instrumentos que atendem a jurisdição e as demandas sociais. Com efeito, a nova codificação processual de 2015, deixa clara a intenção do legislador em fomentar a utilização de vários métodos alternativos de resolução de conflitos, como se vê no artigo 3º § 3º, no capítulo inicial que trata das normas fundamentais do processo civil. Além disso, o novo Código trata dos auxiliares de justiça, incluindo os mediadores e conciliadores judiciais (Artigo 149), destinando também a Seção V, do Capítulo III, para regulamentar as atividades dos conciliadores e mediadores.

Concomitantemente, o Código de Processo Civil, prevê a criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos pelos tribunais, destinados à realização de audiências e de desenvolvimento de programas para auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. Nesse sentido, trata sobre os princípios que informam a conciliação e a mediação, o cadastro e a capacitação dos mediadores e conciliadores, e o poder das partes em decidirem de comum acordo o conciliador e mediador, entre outras ferramentas em prol dos jurisdicionados.

Dessa forma, o intuito legislativo é de que o ingresso de uma demanda judicial, proporcione uma diversidade de opções de resolução de controvérsias, de acordo com suas peculiaridades, e de relação existente entre as partes, ficando o Judiciário à disposição em resolver conflitos por meio de decisão adjudicatória, arbitragem ou pela conciliação e mediação.

Por sua vez, o objetivo em promover ações de incentivo à autocomposição de litígios e a pacificação social por meio da conciliação e mediação, visam implementar essas atividades junto das entidades públicas e privadas, onde todos os Órgãos do Poder Judiciário participem. Dessa forma, o Novo Código de Processo Civil depositou grande expectativa de mudança de comportamento dos litigantes, no sentido de que repensem as possíveis resoluções para o conflito judicializado, passando a adotar mecanismos mais adequados para resolução da disputa, por meio de estrutura apta para tal finalidade.

1.2 CONCEITOS NORTEADORES DOS MÉTODOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Para abranger as peculiaridades e produzir com efeito a sistemática em torno dos métodos autocompositivos, é necessário discorrer sobre as características e princípios que norteiam as ferramentas consensuais de resolução de conflitos. Dessa forma, visa-se enunciar as definições que a mediação e a conciliação trazem, tanto pelo meio legislativo quanto pelo meio doutrinário, na perspectiva de aplicação nas lides cotidianas.

Concomitantemente, o processo estruturado no qual duas ou mais partes em litígio tentam, voluntariamente, alcançar por si mesmas um acordo sobre a resolução de seu litígio, com a ajuda de um mediador, é definido como mediação. Em outras palavras, a mediação pode ser entendida como forma de abordagem consensual de controvérsias, no caso em que uma pessoa isenta e capacitada atua através de mecanismos técnicos buscando facilitar a comunicação entre os envolvidos, que preferencialmente tenham algum vínculo anterior existente, para que eles possam encontrar formas produtivas de lidar com a disputa, Artigo 1º Lei 13.140/2015:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas

partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Nesse sentido, a atuação do mediador consiste de modo imparcial promover a reflexão das partes sobre pontos relevantes da controvérsia de modo a viabilizar a restauração produtiva do diálogo. Ademais, a Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015), trata de princípios e garantias básicas que devem ser resguardadas, como a imparcialidade do mediador, a autonomia da vontade, confidencialidade, informalidade, dentre outros previstos no Artigo 2º da Lei de Mediação e Artigo 166 do Código de Processo Civil, vejamos:

Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

§ 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

§ 2º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

§ 3º Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.

§ 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.

Em consonância, a lógica consensual conciliatória institui-se em clima colaborativo, onde as partes se dispõem a dialogar sobre a controvérsia e a abordagem não é centrada apenas no passado, mas inclui um futuro como perspectiva a ser avaliada. Dessa forma, prevalece a autonomia dos envolvidos, e os terceiros não intervêm para decidir, mas para facilitar a comunicação e viabilizar resultados produtivos, podendo na perspectiva de conciliador atuar de forma mais ativa, sugerindo soluções para lidar com a disputa, nos casos em que não exista qualquer relacionamento anterior entre as partes.

Com efeito, ainda que escolhida inicialmente a judicialização da demanda, as partes podem de forma autônoma decidirem pelo tratamento consensual, bastando a disposição dos envolvidos em querer evitar a via contenciosa, buscando-se assim saídas conjuntas. Com a inserção sobre a mediação e a ampliação de previsões sobre a conciliação, dois modos diferentes de lidar com as controvérsias passam a conviver mais intensamente no Código de Processo Civil. Nessa medida, a mediação e a conciliação constituem pressupostos de relativização da relação de dicotomia

certo/errado, que funda o sistema legal, focando-se na harmonia, onde todos os envolvidos podem ganhar com a criação de uma solução alternativa, tendo em vista a disputa única, não sendo necessariamente governada por uma solução pré-definida.

2. SOBRECARGA DO PODER JUDICIÁRIO NA COMPOSIÇÃO DA LIDE

Ao abordar sobre os aspectos gerais da conciliação e mediação torna-se oportuno discorrer sobre os problemas enfrentados pela sobrecarga do poder judiciário, e a ligação direta dos meios autocompositivos como solução para a litigiosidade excessiva dependente da judicialização de demandas. Nesse sentido, através da valorização dos princípios democráticos e o fortalecimento da cidadania, foi o que tornou possível a grande reivindicação de direitos pelo povo, ocasionando um “congestionamento” de processos, desequilibrando o acesso por decisões judiciais e a capacidade de proferi-las.

Em tal cenário, a garantia do direito em oferecer as partes o devido processo legal junto aos princípios necessários para a efetivação do serviço jurisdicional, se desestruturam com a excessiva demanda, de modo a não oferecerem para a sociedade uma segurança jurídica do poder Estatal em dizer o direito ao caso concreto. Além disso, essa reivindicação de direitos só se torna útil quando se é possível garantir o acesso a um processo equitativo, e a uma tutela jurisdicional justa, gerando assim resultados efetivos dentro de um prazo razoável.

Junto a Constituição de 1988, nos termos do Artigo 5º, inciso XXXV, os direitos fundamentais foram enfatizados, principalmente o de acesso à justiça no plano constitucional e processual. Concomitantemente, nas últimas décadas houve um grande aumento na litigiosidade buscando-se a solução definitiva de um conflito. Diante disso, o Estado tem buscado através do processo legislativo, fazer correções nos códigos que disciplinam os procedimentos judiciais, afim de dar maior celeridade ao trâmite processual. Nesse sentido, destaca-se a Emenda Constitucional 45/2004, que trouxe ao ordenamento jurídico o princípio da celeridade processual, sem afastar, entretanto, a efetividade da satisfação do direito.

Desde então, o Conselho Nacional de Justiça realiza pesquisas e elabora planos, na busca por um melhoramento da atividade jurisdicional e o aperfeiçoamento do serviço público de prestação da justiça. Porém, o problema do Poder Estatal frente às excessivas demandas em não conseguir solucionar com celeridade, eficiência e dinamismo jurídico as controvérsias judiciais, tornou necessária a adoção de novas formas de resolução de conflitos, visando viabilizar o acesso a uma ordem jurídica

justa, na tentativa em quebrar a “cultura do litígio”, buscando-se a prestação jurisdicional apenas como última alternativa. Afinal, proferir decisões justas seguindo todo o procedimento processual, mas de forma tardia, afasta a essência do que seria justo e eficiente na prestação Estatal de garantia de direitos.

Nessa perspectiva, a monopolização da jurisdição pelo Poder Judiciário é o que ocasiona a crise do Estado, diante da insatisfação social em não ter o cidadão suas expectativas alcançadas em conformidade aos direitos pleiteados pela Constituição de 1988. Dessa forma, a intensificação no número de demandas promove o acúmulo de processos, que deixam de ser apreciados de forma oportuna, adequada e efetiva, por aqueles que necessitam pleitear seus direitos, frente a jurisdição.

Concomitantemente, a sociedade junto ao Poder Estatal, buscam novas formas de resolução de conflitos de interesse, visando pleitear direitos em concordância com os preceitos da Carta Magna, em um movimento que utiliza da Mediação e a Conciliação como instrumentos essenciais para a efetividade do acesso à justiça. Nesse sentido, tem-se o entendimento da conselheira do CNJ Daldice Santana, presidente do Comitê Gestor da Conciliação:

Estamos trabalhando com uma mudança de cultura. A população está acostumada com a figura do juiz, que arbitra a decisão por ela. Mas a melhor decisão é aquela em que as partes participam e encontram a solução juntas.

Ademais, através das exigências sociais tornou possível que o Poder Judiciário abrisse espaço para as vias conciliativas, e hoje vive-se um processo de construção pelas alternativas democráticas, que satisfaça o cidadão e o reaproxime do Poder Judiciário. Dessa forma, abrindo-se o “leque” de opções assertivas para a resolução de uma demanda, tem-se a desconcentração em pleitear direitos apenas através da via contenciosa, sendo os meios autocompositivos uma opção para a partes.

2.1 O PRINCÍPIO DO ACESSO A JUSTIÇA E EFETIVIDADE ATRAVÉS DOS MEIOS AUTOCOMPOSITIVOS

De suma importância os princípios servem como norte para o Direito e na atuação prática da tutela jurisdicional, o que torna necessária a abordagem ampla desse tópico para melhor compreensão da temática que será aprofundada neste capítulo. Inicialmente, no capítulo do Direito e Garantias Fundamentais da Carta Magna, é onde se localiza os princípios que possuem aplicabilidade imediata pelo Poder Constituinte Originário. Ademais, os princípios pleiteados pelo Direito Constitucional oferecem ao cidadão uma série de garantias inerentes ao estado democrático, atribuindo enorme importância aos Direitos Fundamentais como resposta do poder Constituinte para as forças sociais e políticas que ele deve representar.

Nesse sentido, os valores fundamentais da ordem jurídica são resguardados por estes princípios, devendo esses sempre estarem em harmonia e conformidade pois suas premissas se materializam na ordem jurídica. Dessa forma, vários são os princípios que regem a organização jurisdicional, e concomitantemente, tem-se o princípio do devido processo legal, que abarca todos os outros princípios posteriores, já que é garantidor da base do regime democrático, e logo é concretizado a partir da prática dos outros princípios pleiteados pela Constituição de 1988.

Por conseguinte, tem-se o princípio do Acesso à Justiça, presente no Artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A inteligência desse artigo assegura o direito a proteção judicial efetiva, ou seja, o poder de exigir do Judiciário resposta aos requerimentos a ele dirigidos, onde a maior importância desse princípio, é em satisfazer a demanda de forma efetiva, justa, alcançando as expectativas protetivas do cidadão em relação ao Poder Estatal.

Ao pleitear-se um direito, é comum a angustiante demora por respostas e soluções pela via contenciosa, de forma a ser arraigado socialmente a visão do Poder Judiciário tardio, em que o próprio sistema cria impedimentos para o acesso à justiça. Nesse aspecto, as consequências da sobrecarga do judiciário, com o acúmulo de processos que não “evoluem”, ocasionam uma falha na tutela de interesses que

impossibilitam o cidadão a ter acesso a uma justiça efetiva com resultados satisfatórios.

Ademais, a morosidade tornou-se um aspecto marcante da tutela jurisdicional brasileira, prejudicando o cidadão em auferir direitos básicos, afastando do processo sua função Social de Direito. Dessa forma, o senso comum em fundamentar que “direito tardio não é justiça”, tem perfeita concomitância com os preceitos legais e principiológico da Constituição Federal de 1988. Por sua vez, o sistema judiciário tem buscado renovar seus preceitos, objetivando superar os obstáculos da crise que o Poder Judiciário enfrenta. Porém, medidas de emergências são ineficazes frente à busca em evitar o perecimento de direitos devido à demora da resposta estatal, como a antecipação de tutela, medida de segurança ou ação cautelar, onde mesmo sendo ferramentas processuais válidas, agem apenas remediando um problema, ao invés de efetivamente resolve-lo.

Nesse sentido, é que a opção por meios não adjudicatórios são de extrema importância para a concretização do princípio de acesso à justiça, pois oportuniza às partes um meio mais efetivo, célere e propício para o encerramento de uma demanda pelos próprios interessados. A conciliação e mediação, se apresentam como a concretização do acesso à uma ordem jurídica justa, pois segundo Watanabe, oportuniza à sociedade meios facilitadores para a resolução de seus conflitos, pois além da celeridade, tem-se uma preservação emocional dos litigantes frente as suas demandas, Watanabe (2011, p.383):

[...] um acesso qualificado que propicie aos indivíduos o acesso à ordem jurídica justa, no sentido de que cabe a todos que tenham qualquer problema jurídico, não necessariamente um conflito de interesses, uma atenção por parte do Poder Público, em especial do Poder Judiciário. Assim, cabe ao Judiciário não somente organizar os serviços que são prestados por meio de processos judiciais, como também aqueles que socorram os cidadãos de modo mais abrangente, de solução por vezes de simples problemas jurídicos, como a obtenção de documentos essenciais para o exercício da cidadania, e até mesmo de simples palavras de orientação jurídica. Mas é, certamente, na solução dos conflitos de interesses que reside a sua função primordial, e para desempenhá-la cabe-lhe organizar não apenas os serviços processuais como também, e com grande ênfase, os serviços de solução dos conflitos pelos mecanismos alternativos à solução adjudicada por meio de sentença, em especial dos meios consensuais, isto é, da mediação e da conciliação.

Afinal, justo é aquele processo que além de seguir o plano formal, também se desenvolve através dos parâmetros constitucionais observando os valores sociais, pois estes fatores são capazes de consumir o princípio do devido processo legal, através do acesso à justiça categórico e essencial para o funcionamento da relação política Estatal com o cidadão. Dessa forma, o acesso à justiça não deve ser visto apenas em sua interpretação restritiva, de simples capacidade postulatória, mas como garantia a uma ordem jurídica justa, ampliando sua visão para além da possibilidade do cidadão recorrer a uma tutela estatal, ele também pode ter acesso a uma via mais eficiente, que possibilite resultados satisfatórios à cada indivíduo, através dos meios consensuais.

2.2 ECONOMIA E CELERIDADE PROCESSUAL COMO CONSEQUÊNCIA DA FUNCIONALIDADE DA CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO.

Como observado nos capítulos anteriores, a crise jurisdicional decorre de diversos fatores, principalmente a sobrecarga de processos no sistema judiciário, ocasionada pela excessiva demanda e também pela burocracia formalista de procedimentos ultrapassados. Nesse sentido, a crise do Poder Judiciário com excesso de litigiosidade, procedimentos obsoletos e burocratizados, dão maior espaço para os métodos consensuais de resolução de conflitos, que demonstram clara maior eficiência.

Não obstante, o incentivo a autocomposição da lide se apresenta de forma tão crescente na atual legislação, pois quando a estrutura jurisdicional não consegue através de seus ditames alcançar todas as demandas garantindo a entrega de um direito certo e justo, outras alternativas tornam-se mais favoráveis. Ademais, o foco em se ter um processo célere, implica em diversas questões, pois, tendo em vista que a morosidade decorre da sobrecarga de lides e excessiva burocracia e formalidade, a solução não pode se confundir com julgamentos sem qualidade, que “atropelam” o devido processo legal.

Dessa forma, há uma grande diferença entre apenas se “livrar” de uma demanda e propriamente resolve-la, observando o procedimento e sua função social. E nessa perspectiva, é que tanto a celeridade processual quanto a economia, devem ser consequências da funcionalidade efetiva do sistema, concretizada pelos meios autocompositivos. Nesse sentido, a duração razoável do processo não deve ser alcançada apenas através de normas que objetivem a celeridade, pois são as garantias processuais estruturadas pelo Poder Judiciário, junto do conjunto de transformações normativas e sociais, que garantirão o bom andamento processual e o acesso à uma Ordem Jurídica Justa.

A celeridade oportunizada pelos meios autocompositivos, seguem uma estrutura organizacional mais apropriada às partes, em um ambiente que deve ser mais acolhedor e informal, na tentativa de aliviar uma possível tensão no procedimento. Dessa forma, as conduções destas sessões são flexíveis, buscando sempre viabilizar o diálogo entre os interessados, onde a única função do terceiro é em organizar e fomentar a comunicação.

Concomitantemente, iniciada a sessão de conciliação ou mediação em uma etapa preliminar, o terceiro ouve a narrativa das partes individualmente, e posteriormente explica como se dará o procedimento. Em seguida, presente todas as partes o conciliador e mediador se apresenta e também faz a apresentação dos interessados e seus representantes, identificando e diferenciando o papel de cada um dos envolvidos. Posteriormente, verifica-se a representação das partes (nos casos de processos já em curso, onde precisam estar assistidas de um advogado), e uma importante etapa é a de diferenciar o papel de conciliador do papel de juiz, tentando desconstruir a imagem formal e repleta de ritos.

Dando continuidade, o terceiro explicará em linhas gerais como se dará o procedimento, esclarecendo pontos importantes, como de oportunidade de fala de todos, respeitando o momento do outro, e também sobre o tempo previsto para aquela sessão e a possibilidade de realização de novas sessões. Passando para a etapa de investigação do conflito, as partes relatam o caso sob suas perspectivas, onde inicia-se o desenvolvimento da sessão em que os interessados passam a discutir a possibilidade de soluções, apresentando propostas estimuladas pelo conciliador e mediador. Após criadas e discutidas todas as questões apresentadas, as partes

podem chegar ao consenso, que através da redação de um acordo formalizado em um termo, será homologado pelo juiz.

Nesse sentido, se dá o encerramento de uma demanda de forma célere e econômica, evitando o provimento judicial, e todo o rito subordinado ao processo adjudicatório. A parte econômica, se relaciona não apenas com questões financeiras, mas também com a economia de tempo, pois a pendência em não se ter uma resposta Estatal, por diversas vezes é mais incômoda do que a decisão desfavorável, gerando uma ansiedade e insatisfação social que poderia ser evitada.

O princípio da economia processual objetiva principalmente que os atos processuais produzam o máximo de resultados possíveis com mínimos esforços, evitando justamente o gasto de tempo e dinheiro desnecessários, como custas processuais, honorários advocatícios, entre outros. Todavia, a crise sistêmica do Poder Judiciário não oferece eficácia e consonância aos princípios constitucionais de forma a satisfazer as expectativas sociais apenas pelo meio judicial, por isso a importante evolução jurídica e social em oferecer meios alternativos onde os mais interessados naquela demanda que são as partes, conseguem por meio de ato espontâneo de acordo, dar fim à lide existente consensualmente.

3 – PRINCÍPIOS ÉTICOS QUE ORIENTAM A ATUAÇÃO DO CONCILIADOR E MEDIADOR JUNTO ÀS PARTES

Para que o ato espontâneo de acordo se concretize, à disposição das partes pelas vias consensuais é um fator fundamental, tendo em vista que mesmo na obrigatoriedade da lei na realização da audiência de conciliação e mediação, de acordo com o caput do Artigo 334 do Código de Processo Civil, em seu parágrafo 4^a, inciso I, observa-se uma importante exceção:

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.

§ 4º A audiência não será realizada:

I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

Nesse sentido, após toda a abordagem sobre a funcionalidade e eficiência dos meios consensuais para as partes e para o Poder Judiciário como um todo, a atuação dos conciliadores e mediadores merece destaque importante, pois a validade e concretização das sessões conciliativas dependem deles. Dessa forma, o Conselho Nacional de Justiça em sua Resolução 125/2010, Artigo 1º anexo III, trata sobre o Código de Ética dos Conciliadores e Mediadores Judiciais, e concomitantemente, o Código de Processo Civil em seu Artigo 166 e a Lei de Mediação em seu Artigo 2º, tratam sobre os princípios que regem a estrutura normativa dos conciliadores e mediadores.

Por conseguinte, o primeiro princípio a ser abordado é o da Informalidade, pois refere-se à lógica conciliatória em querer evitar toda a rigidez burocrática do processo judicial, se apresentando de forma flexível, permitindo aos envolvidos uma maior liberdade para buscar uma solução conjunta. Ademais, ligado ao princípio da Informalidade, tem-se o da Oralidade, pois as vias consensuais valorizam as formas simples, onde o diálogo e a discussão da possibilidade de acordo entre as partes são feitas oralmente. Em seguida, o princípio da Confidencialidade é um dos mais abordados na temática conciliatória pois refere-se ao dever de sigilo, importante tanto para as partes para criarem um ambiente livre, quanto para os conciliadores e

mediadores, em preservarem sua imparcialidade em não serem testemunhas, ou ter vínculo com o caso.

Concomitantemente, o papel do terceiro está totalmente ligado em facilitar o entendimento entre as partes, dessa forma o princípio pela Busca do Consenso se faz extremamente necessário, pois objetiva a resolução do litígio, mas respeitando sempre o direito das partes em realizar ou não acordo. Ademais, uma das bases do meio consensual é o processo colaborativo presente no princípio da Boa-Fé, através de comportamentos éticos que auxiliem na comunicação das partes. Em continuidade, o terceiro facilitador deve ater-se ao princípio da Imparcialidade, de forma a seguir o inc. IV do art. 1º do Código de Ética da Resolução n. 125/2010:

Dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente.

Nesse sentido, o conciliador e mediador não deve manifestar preferência por qualquer das partes, conduzindo a sessão de forma respeitosa e imparcial. Outro ponto relevante traz o princípio da Independência e Autonomia, em que o terceiro facilitador deve atuar sem sofrer pressões indevidas, internas ou externas, respeitando sua liberdade de atuação. Os preceitos constitucionais estão previstos em todos os princípios, especialmente o princípio de Isonomia entre as partes, pois em decorrência do caput do Artigo 5º da Constituição Federal, todos são iguais perante a lei, devendo o terceiro imparcial garantir posições isonômicas durante a sessão.

Outrossim, uma característica importante dos meios consensuais que oferece maior vantagem em relação aos meios adjudicatórios, traz o princípio da Autonomia da vontade das partes, onde os interessados são protagonistas na construção da decisão do conflito, participando ativamente do procedimento. Ligado ao princípio anterior tem-se o princípio da Decisão informada, assim as partes tomam decisões de forma consciente, desde que tenham sido previamente informadas, com liberdade para tomar suas decisões. Por conseguinte, para que os meios consensuais se apresentem como uma via mais eficiente, o princípio do Empoderamento atua estimulando para que as próprias partes resolvam seus litígios, através do consenso entre os interessados em aprenderem solucionar conjuntamente dialogando.

Além da disposição pela via conciliativa, outro fator importante deve estar presente nas partes, de respeito recíproco buscando o reconhecimento mútuo de sentimentos e interesses, resguardado pelo princípio da Validação, assim, é dever dos conciliadores estimularem a humanização do processo, proporcionando um cenário colaborativo e respeitoso. Concomitantemente, a autonomia e liberdade das partes através da conciliação e mediação, devem respeitar certos limites trazidos pelo princípio de Respeito à ordem pública e às leis vigentes, o Artigo 1º do Código de Ética da Resolução 125/2010 em seu inciso VI prevê o “dever de velar para que eventual acordo entre os envolvidos não viole a ordem pública, nem contrarie as leis vigentes”. Dessa forma, os conciliadores e mediadores devem zelar pela aplicação das normas dentro do modelo liberal dos meios consensuais.

Por fim, o princípio da Competência, que se refere a necessidade de habilitação para a atuação judicial, onde os terceiros facilitadores devem ser devidamente capacitados na forma da lei, pois sua qualificação está diretamente ligada ao bom aproveitamento da sessão conciliativa. Sendo assim, os conciliadores e mediadores devem seguir todos os preceitos normativos na busca em efetivar os meios consensuais, oportunizando as partes uma estrutura adequada para o diálogo e soluções de litígios de forma harmônica, respeitosa e eficiente.

Concomitantemente, outro ponto importante dentro da logística do princípio da Competência, é abordar quais são os requisitos que um conciliador e mediador devem preencher para serem devidamente capacitados na forma da lei. Desse modo, o Conselho Nacional de Justiça, em sua resolução 125/2010 permite a atuação do estudante de ensino superior como conciliador desde que devidamente capacitado, cabendo ao Juiz Coordenador do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania, zelar para que esses conciliadores recebam casos compatíveis com suas experiências pessoais e profissionais. Nesse sentido, o Artigo 3º do Anexo III, do Código de ética dos Conciliadores e Mediadores prevê:

Art. 3º. Apenas poderão exercer suas funções perante o Poder Judiciário conciliadores e mediadores devidamente capacitados e cadastrados pelos tribunais, aos quais competirá regulamentar o processo de inclusão e exclusão no respectivo cadastro.

Em suma, O mediador deve ser formado em instituição de ensino superior há pelo menos dois anos para, então, submeter-se à capacitação de que trata a Resolução CNJ n. 125/2010, Artigo 11 da Lei de Mediação:

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

Por último, é necessário que o profissional atuante na conciliação e mediação tenha seu nome constando no Cadastro Nacional de Conciliadores e Mediadores Judiciais (ConciliaJud), observando as exigências necessárias do regulamento.

3.1 A CULTURA DO LITÍGIO NA FORMAÇÃO TRADICIONAL DOS PROFISSIONAIS DO DIREITO

As formações das Constituições deram ao Poder Judiciário um papel principal para a resolução de litígios, dessa forma a notável maior busca pelos meios adjudicatórios em detrimento dos meios consensuais acompanham a história do Estado democrático, na visão do juiz como terceiro imparcial unicamente capaz em dar encerramento a uma demanda. Sendo assim, a cultura litigiosa está bastante impregnada não só socialmente, mas também em toda estrutura do Direito, da formação de seus profissionais até a atuação destes nas lides cotidianas. Nesse sentido, todas as eficiências dos métodos consensuais se tornam inúteis, quando os agentes mais capazes, possuidores de conhecimento jurídico, não aplicam e estimulam a autocomposição de litígios na prática.

Os operadores do Direito, vem de uma formação acadêmica voltada para todas as complexidades normativas e processuais, onde o ensino por questões óbvias de complexidade, dão maior ênfase a judicialização de uma demanda, do que nas formas de evita-las. Ou seja, a detalhada estrutura jurisdicional e os procedimentos específicos para cada situação fática, as regras gerais e exceções de cada matéria, tem a devida exploração didática para a formação desses profissionais, enquanto os

métodos não adjudicatórios são comumente citados de forma geral, sem devidamente preparar os operadores do Direito para a realidade social, das falhas do sistema judiciário e as vantagens que um ato espontâneo de acordo pode gerar.

Além disso, o estímulo a autocomposição da lide deve se aproximar da realidade prática e não apenas normativa, pois de nada adianta a evolução do sistema jurisdicional, em adotarem técnicas mais efetivas, em um ambiente mais apropriado oportunizando o encerramento de uma demanda sem a necessária judicialização, quando esses aspectos são muito mais teóricos do que realmente aplicados. Por conseguinte, tanto no âmbito acadêmico quanto no profissional é comum a visão de acordos como uma falha na disputa judicial, um pensamento voltado à lógica de que quando uma parte ganha necessariamente a outra tem que perder, intrinsecamente ligado ao desejo de vingança e rivalidade, onde há uma necessária subordinação dos interesses individuais para o Poder Estatal.

Nesse sentido, por mais que a figura do juiz seja revestida de extrema competência, o sistema judiciário não consegue oferecer um ambiente eficaz para o encerramento de demandas junto a todos os litigantes que recorrem ao meio adjudicatório. Concomitantemente, essa consciência da falha da estrutura jurisdicional é necessária para que os operadores do direito priorizem a satisfação dos litigantes, e busquem meios alternativos para concretizar as expectativas das partes. Ademais, um dos maiores preceitos constitucionais é a busca pela pacificação social, onde os esforços para sua concretização, não devem encontrar impedimentos no comodismo prático, em não se incentivar os atos espontâneos de acordo, pelo costume litigioso.

Outro fator importante é o da credibilidade do advogado, onde ainda hoje o profissional que atue sempre incentivando o acordo ao seu cliente, é visto com descrédito, como se não soubesse brigar pela causa. Obviamente cada caso deve ser analisado isoladamente atendendo aos interesses da parte, porém, apenas bons advogados conseguem fazer negociações proveitosas, podendo inclusive restabelecer vínculos perdidos. Nesse sentido, a natureza dos litigantes a todo custo, tem muito mais a perder, pois olham para o caso concreto de forma inversa, onde no lugar de primeiro tentar o acordo, busca-se todas outras alternativas, vendo a autocomposição do litígio como último recurso.

Além disso, infelizmente muitos profissionais priorizam a questão financeira, de honorários advocatícios e sucumbência mesmo com a possível demora de retorno, do que necessariamente visando o melhor para a parte litigante, ignorando os fatores de desgastes emocionais desnecessários, e a demora em se obter resposta. Outro ponto, é que poucos entendem a importância da atuação advocatícia para a evolução da estrutura jurisdicional, onde são os profissionais do direito que possuem maior contato com as lides cotidianas e as partes, obtendo assim o instrumento necessário de incentivo e transformação na forma de se reivindicar direitos e deveres.

Dessa forma, enquanto a desconstrução litigiosa não acontecer na estrutura jurisdicional pelos seus profissionais, as vias conciliativas permanecerão desconhecidas por tantos, e as falhas do Poder Judiciário continuarão prejudicando as partes, que por vezes tem naquela disputa a questão de maior importância em sua vida. Nesse sentido, é que os esforços pelas vias conciliativas não devem ser apenas uma opção para o profissional em se ater ou não, pois o compromisso em utilizar de suas atribuições em prol dos interesses sociais, devem ser concretizados cotidianamente, através de sua capacitação, observando a questão de maior importância que são os interesses e expectativas das partes.

3.2 BUSCA PELA EFETIVIDADE DOS MEIOS CONSENSUAIS NA QUALIDADE DE ADVOGADO

Após toda abordagem teórica sobre os meios autocompositivos, a realidade do sistema judiciário e os problemas estruturais e sociais entre as partes e o Poder Estatal, torna-se necessária também a abordagem prática, do papel dos operadores do Direito nesta sistemática, em especial a atuação do advogado. Apesar de muito se falar na autocomposição do litígio, ainda existe grande parcela de desconhecimento desses meios, tanto socialmente quanto pelos profissionais da advocacia. Dessa forma, para que haja estímulo à adoção pelos meios consensuais, é necessário que os operadores do direito saibam os aspectos mais profundos da vertente autocompositiva.

O clima colaborativo entre as partes na logística consensual, exigem que o advogado se afaste das crenças em considerar prioritariamente a imposição da decisão pela via contenciosa. Nesse sentido, leciona Tartuce (2007, p.5):

A dificuldade de adesão aos meios consensuais não se verifica apenas entre nós; ao abordar a realidade americana, Leonard Riskin e James Westbrook destacam que a falta de familiaridade dos advogados com métodos diferenciados de abordagem de conflitos, por falta de educação ou de interesse, é um obstáculo considerável; não obstante as escolas de direito e os tribunais se esforcem para promover esses meios, há muitos advogados que nem sequer conhecem a diferença entre mediação e arbitragem.

Concomitantemente, como já mencionado, o monopólio do Poder Judiciário na resolução de conflitos torna ineficaz a atuação do Poder Estatal como pacificador social, em não conseguir resguardar à todas demandas um processo justo. Nessa perspectiva, é que as vias conciliatórias merecem grande destaque, sendo necessário que haja maior visibilidade dos métodos autocompositivos, devendo os profissionais do Direito promover a informação sobre as outras vias de abordagem de conflitos existentes. Desse modo, as partes poderão analisar dentro da perspectiva de seus interesses qual meio será mais adequado para a superação de sua controvérsia.

Não obstante, o Código de Processo Civil prevê os agentes responsáveis pelo estímulo à conciliação e mediação, além de outros métodos consensuais de resolução de conflitos, previstos no capítulo das normas fundamentais do processo civil, em seu Artigo 3º §3º:

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.

A grande questão, está em tornar tais atos normativos em realidade prática, retirando dos profissionais os impedimentos para aplicação das vias conciliativas nas lides cotidianas. Nesse sentido, um grande equívoco é ver nos meios autocompositivos uma ameaça à advocacia, o que não passa de uma visão ligada à necessidade litigiosa, afinal os advogados são responsáveis em orientar seus clientes, com papel fundamental de negociadores buscando concretizar à expectativa da parte.

Ademais, o estímulo exigido aos profissionais do direito está ligado em promover informação, na busca pela superação da controvérsia, ampliando a visibilidade sobre os diversos meios consensuais.

Para que as partes possam conscientemente escolher qual meio se aproxima da satisfação do seu direito, é necessário que tenha conhecimento da pertinência das diversas vias existentes à sua disposição, conhecimento este essencial para a participação do sistema consensual com maior proveito. Não obstante, o advogado investido no papel de confiança da parte para o desdobramento do seu litígio, é o profissional mais adequado para a transmissão de informações e possibilidades ao seu cliente. Ademais, o próprio Código de Ética dos Advogados prevê em seu Artigo 2º, parágrafo único, inciso VI e VII:

Art. 2º O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce.

Parágrafo único. São deveres do advogado:

- VI. estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios;
- VII. aconselhar o cliente a não ingressar em aventura judicial;

Além disso, para que autocomposição do litígio gere frutos proveitosos às partes, a disposição, interesse, respeito e boa-fé, são aspectos necessários ao procedimento, pois de nada adiantaria optar pela via conciliativa a qualquer custo, tendo em vista que a grande característica da conciliação e da mediação é a colaboração mútua dos interessados. Dessa forma, a iniciativa do profissional da advocacia deve ter uma abordagem esclarecedora sobre os mecanismos disponíveis à composição do litígio, no mesmo sentido Tartuce (2007, p.8) esclarece:

A liberdade e a autonomia, aliás, são valores essenciais à mediação. É imperioso lembrar que durante a sessão consensual não se atua segundo a lógica de julgamento formal em que há imposição de resultado pela autoridade estatal: a lógica conciliatória demanda o reconhecimento da dignidade e da inclusão todos, rechaçando condutas autoritárias por força do respeito recíproco que deve pautar a atuação dos participantes.

Por conseguinte, além da função de estímulo aos meios autocompositivos, os advogados podem agir mais ativamente nas negociações entre os litigantes, auxiliando as partes efetivamente na construção do resultado pretendido. Nessa

perspectiva, técnicas de negociação são necessárias ao profissional diante do conflito, no auxílio das partes, Takahashi (2019, p.56):

O principal diferencial desse modelo é que não parte da premissa de que o que um lado ganha e o outro perde, em uma distribuição de valores limitados (negociação distributiva) que considere o jogo de soma zero. A negociação baseada em princípios busca criar valor na negociação e possui quatro princípios gerais que permitem resultados ganha-ganha pautados nos interesses: (i) separar as pessoas do problema; (ii) focar nos interesses dos envolvidos e não nas suas posições; (iii) criar opções de ganho mútuo e (iv) mapear critérios objetivos para legitimar a escolha das opções.

Dessa forma, os advogados através dos princípios que regem as negociações, devem primeiramente tentar melhorar a relação entre as partes, reestabelecendo o diálogo, para que possam conjuntamente olhar somente para o conflito, afastando as emoções e desavenças pessoais entre si, enfrentando juntas os problemas. Além disso, deve-se buscar o foco nos interesses dos indivíduos no conflito, alcançando através das posições opostas, compatibilidade de valores. Outro ponto importante que deve estar presente na negociação, é objetivar construir alternativas de soluções que atendam os interesses comuns das partes, oportunizando benefícios mútuos para o encerramento daquela demanda. Por fim, orientar para que as partes tenham suas opções em concomitância com os aspectos normativos e com a previsão legal exigida para legitimidade do acordo.

Em virtude dos fatos mencionados, os meios conciliativos terão plena eficácia e atuação social, desde que não utilizados apenas como requisito processual para a judicialização de uma demanda, mas como instrumento necessário para atender os interesses das partes e para o funcionamento devido da estrutura jurisdicional. Dessa forma, a concretização da busca pela pacificação social como compromisso de todos os profissionais do Direito, exige devida capacitação e atuação em concordância com a legalidade normativa, através de seus preceitos constitucionais, priorizando o melhor para os interesses dos litigantes.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, é de salutar importância reconhecer-se que, através da Conciliação e Mediação as garantias constitucionais do exercício da cidadania e acesso à uma justiça efetiva, se concretizam no âmbito social e estrutural do Poder Estatal.

Todavia, o acesso à justiça não reflete apenas a capacidade postulatória, do Judiciário estar à disposição das partes, mas na entrega de uma prestação jurídica justa, que busque alcançar os princípios constitucionais, em satisfazer as expectativas dos litigantes de forma humanística, adequada, fraterna e harmônica. Oportunizando, meios alternativos de resolução de conflitos, em um ambiente mais oportuno com mecanismos mais apropriados em contraposição à sobrecarga do Poder Judiciário.

Ademais, através de transformações normativas e sociais, que garantirão o bom andamento processual e o acesso à uma Ordem Jurídica Justa, ocorrerá a concretização dos princípios da Celeridade e Economia processual, tão necessários para o cenário jurídico atual, tendo como instrumentos os meios autocompositivos.

Não obstante, a importância da atuação dos conciliadores e mediadores para que as partes consigam obter bom proveito desses mecanismos, através do reestabelecimento do diálogo, da colaboração mútua, buscando a resolução da controvérsia de forma harmônica, respeitosa e eficiente.

Por sua vez, a quebra da cultura do litígio, enraizada na formação dos profissionais do direito que se estende à realidade prática, é de extrema importância para efetivação dos meios consensuais, através do estímulo que esses operadores podem oferecer aos seus clientes, e atuação direta em negociações na qualidade de advogado.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. **Código de Processo Civil**, 2015. Código de Processo Civil Brasileiro. Brasília, DF: Senado Federal, 2015.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil**/ Marcus Vinicius Rios Gonçalves./ coord. Pedro Lenza- 12 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (Coleção Esquematizado).

HOBBS. **Leviatã**/ Ou a Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil. 3ª Edição. Coleção Fundamentos Do Direito. Cone Editora, 2017.

LARANJEIRA, Marcio Fernando B. Cortes Constitucionais: **Do Contrato Social ao Estado Constitucional de Direito**. Rev. Seção Judiciária do Rio de Janeiro, v. V.20, 2013.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. Mazzola, Marcelo. **Manual de Mediação e Arbitragem**. 2 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

Revista FONAMEC - Rio de Janeiro, v.1, n. 1, p. 354 - 369, maio 2017.

ROUSSEAU. **Do Contrato Social**. Coleção a Obra Prima de Cada Autor. Texto Integral. Martin Claret, 2009.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação, Conciliação e Arbitragem**. Rio de Janeiro: FGV, 2016.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação no Novo CPC**: questionamentos reflexivos. In *Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Org.: Freire, Alexandre; Medina, José Miguel Garcia; Didier Jr, Fredie; Dantas, Bruno; Nunes, Dierle; Miranda de Oliveira, Pedro (no prelo). Disponível em www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora. Acesso em (02/09/2021).

TAKAHASHI, Bruno. **Manual de mediação e conciliação na Justiça**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2019.

WATANABE, Kazuo. **Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses**. In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (Coord.). *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.