

FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

ARNON ARBEX

**MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS
COMO MECANISMO DE UMA ADVOCACIA MODERNA**

VOLTA REDONDA

2019

FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS
COMO MECANISMO DE UMA ADVOCACIA MODERNA

Monografia apresentada ao curso de Direito do UniFOA como requisito à obtenção do título de bacharel em Direito

Aluno:

Arnon Arbex

Orientadora:

Prof. Daniele do Amaral Souza Cavaliere

VOLTA REDONDA

2019

A Deus, aos meu guias e orixas. À minha família. A todos os professores do curso, que foram tão importantes na minha vida acadêmica e no desenvolvimento desta monografia e aos meus queridos amigos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por ter me abençoado com o dom da vida saudável e serena. Agradeço a toda falange espiritual que me acompanha desde sempre, que me guarda e protege, e agradeço aos meus guias e orixas que me deram amparo ao longo desta caminhada. Agradeço à minha família que sempre esteve ao meu lado fomentando e encorajando meu progresso como indivíduo, me direcionando em minha formação moral e profissional. Agradeço a todos os mestres de direito que de forma amorosa e dedicada dividiram seus conhecimentos comigo e que me prepararam para a vida profissional que se apresenta doravante. Deixo também meus agradecimentos registrados a todos os profissionais da secretaria do curso de direito noturno que foram de extrema importância para o meu sucesso. Por fim, agradeço aos meus amigos de curso que deixaram essa caminhada mais leve e feliz.



Fundação Oswaldo Aranha



FOLHA DE APROVAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso intitulado:

Métodos alternativos de resolução de conflitos como mecanismo de uma advocacia mediana

Elaborado por Arnon Alberto Arbes apresentado publicamente perante a Banca Avaliadora, como parte dos requisitos para conclusão do Curso de Direito.

Aprovada em 22 de maio de 19
21 restrição

Banca Avaliadora:

Blauzine
Professor Orientador - Unifoa

[Assinatura]
Professor Avaliador - Unifoa

Leão Haim
Professor Avaliador - Unifoa

RESUMO

O sistema judiciário e todos os seus desdobramentos possuem como principal objetivo amparar a sociedade na busca de seus direitos e na prevenção da lesão destes, devendo tal sistema estar em alinhamento com o desenvolvimento e ambições sociais no que tange à uma melhor prestação de serviço e de tutela. Fato este que se estende não somente a maquina judiciária interna, mas também aos operadores do direito que são os responsáveis diretos pela materialização efetiva dos anseios de seus clientes. O presente trabalho visa apresentar os novos meios de resolução de conflito que surgiram como uma necessidade e em 2016 receberam extrema imperatividade e legalidade por meio do novo código de processo civil e por legislação própria. Tais meios se caracterizam pela sua celeridade, informalidade e eficácia, mas principalmente por gerarem para os indivíduos envolvidos no conflito plena autonomia para deliberarem e chegarem num consenso. Ainda que tais métodos foquem na autonomia das partes, o operador do direito é e sempre será de suma importância para a materialização do direito de toda sociedade.

Palavras-chave: Mediação; Conciliação; CPC; Métodos Alternativos, Conflitos.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	07
2 ACESSO À JUSTIÇA.....	12
2.1 Obstáculos a serem transpostos: A primeira onda.....	13
2.1.1 Formas alternativas de resolução de conflito.....	14
2.1.2 Segunda onda: Representação de interesses difusos.....	16
2.1.3 Terceira onda: Representação em juízo.....	16
2.1.4 Quarta onda de acesso por Kim Economides.....	17
3 FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS.....	19
3.1 As Resoluções Alternativas de Conflitos no CPC.....	21
3.2 Equivalentes Jurisdicionais.....	22
3.3 Os Mecanismos Alternativos de Solução de Conflitos.....	25
4 A ADVOCACIA MODERNA E A SUPERAÇÃO DA CULTURA DO LITÍGIO.....	34
5 CONCLUSÃO.....	40
6 REFERÊNCIAS.....	42

1 INTRODUÇÃO

Acesso à justiça se caracteriza pela capacidade de qualquer cidadão propor e contestar ação no âmbito judiciário. É um requisito fundamental, o mais básico dos direitos humanos, dentro do sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

O Estado não é agente passivo, muito ao contrário, é responsável em garantir o acesso e provocar ferramentas de disponibilidade desse conceito para abertura das discussões jurídicas.

Anteriormente, as possibilidades de enfrentar um litígio atingiam apenas aqueles capazes de suportar os custos, era uma igualdade formal e não efetiva, pois estava distante ao alcance de todos.

A diferença dos litigantes em potencial no acesso prático ao sistema, ou disponibilidade de recursos não eram recebidos como problema. O método preocupava-se com o dogma, operação, validade das situações e aplicabilidade sistêmica não na real dimensão gerida pela sociedade impactada pela lei e ordem.

Os direitos humanos cresceram em sua aplicação social pela necessidade de educação, ao trabalho, saúde, segurança material, desejando uma maior atuação estatal que garantisse a paz social pela norma. Sendo assim o acesso à justiça se faz urgente.

O *welfare state* arma os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados, cidadãos, profissionais liberais etc.

O Estado do Bem-estar também é conhecido por sua denominação em inglês, *Welfare State*. Os termos servem basicamente para designar o Estado assistencial que garante padrões mínimos de educação, saúde, habitação, renda e seguridade social a todos os cidadãos. É preciso esclarecer, no entanto, que todos estes tipos de serviços assistenciais são de caráter público e reconhecidos como direitos sociais. A partir dessa premissa, pode-se afirmar que o que distingue o Estado do Bem-estar de outros tipos de Estado assistencial não é tanto a intervenção estatal na economia e nas condições sociais com o objetivo de melhorar os padrões

de qualidade de vida da população, mas o fato dos serviços (CANCIAN, 2019).

A tarefa dos juristas modernos é expor os impactos substantivos dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, política, e da economia, aprender através de outras culturas. Acesso à justiça não é apenas fundamental, é o ponto central da moderna processualística, aprimoramento e disponibilidade aos indivíduos dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.

Com a palavra, o Excelentíssimo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux:

Já na velha escolástica germânica se afirmava que a conciliação é a melhor forma de solução dos litígios, na medida que ela otimiza o relacionamento social. [...] A análise econômica do Direito processual visa que o processo seja eficiente. E um dos meios de tornar o processo eficiente é exatamente os meios alternativos de solução dos litígios, ainda que sejam judiciais (FUX, 2016).

No que tange ao suporte à lide e as custas judiciais, há na sociedade moderna um alto custo na litigância, mesmo que o auxílio dos profissionais custeados pelo estado como juízes, serventuários, estruturas físicas e materiais para os julgamentos, os litigantes precisam ser capazes de custear honorários de advogados, peritos, e custas para promover sua ação.

Ainda que em alguns casos como a Justiça Americana os honorários da outra parte vencedora não precise ser custeado pela perdedora, como hoje se estabelece no Brasil honorários sucumbenciais, os altos custos do processo é uma barreira para lide.

Mas o fator mais preocupante está na contratação de seu representante, os advogados são essenciais para a justiça e seus honorários assustam qualquer um que decida ingressar no Judiciário.

Somas relativamente menores, denominadas "pequenas causas", tem o atributo de custas menores e indenizações com teto máximo pelos tribunais, mas as demandas de valor menor às vezes não compensam pelo trabalho e proporção de

indenização, ou seja, não vale à pena buscar o judiciário para resolver e acabam as partes por deixar seu direito sem resposta.

O tempo também é um fator preponderante, a longa espera pela resolução de um conflito pode tornar a medida judicial sem efeito, pois durante esse tempo a busca de reparação se perdeu pela impossibilidade da execução da decisão pela parte vencida.

Acontece muito nas massas falidas, insolvência civil, garantias locatícias, direitos sucessões e danos morais, entre outros. Ainda há um cansaço do litígio e levando a parte cansada a desistir da ação ou aceitar qualquer acordo insatisfatório.

Uma justiça tardia é uma justiça ineficaz, ou seja, não há que se falar em justiça nestes casos.

Já a possibilidade das partes no que tange ao custeio, repercute na possibilidade da busca de direitos. Os recursos financeiros são uma peça indispensável para o acesso a justiça, ainda que mínimo. Toda parte que tem capacidade de suportar uma ação judicial detém maior probabilidade de se defender e fazer valer seus direitos, assim, buscar ao máximo a resposta aos seus interesses pessoais.

Aptidão para reconhecer um direito, propor uma ação ou defesa, a educação, o meio, status social reconhecidamente atende aos mais ricos para determinar o acesso à justiça.

Reconhecer um direito exigível é essencial aos menos afortunados, mas não é apenas a barreira econômica e sim do conhecimento social em exigir determinada demanda jurídica.

Há ainda que se levar em conta os litigantes eventuais e habituais, ou seja, aqueles que litigam há mais tempo habitualmente no judiciário tendem a resolver seus impasses com teorias testadas mais de uma vez, alcançando tendências a seu bel prazer em contato direto com o sistema e utilizando disso para suportar melhor todos os entraves da lide.

Isso não acontece com os litigantes eventuais, pois seu contato esporádico não dá conhecimento suficiente, a saber, qual melhor maneira de abordar o tema que pleiteia, pois sua relação não fortalece o conhecimento da causa.

Existem também problemas especiais, no que tange aos interesses difusos, entendidos como interesses fragmentados ou coletivos, sua preocupação passa em quem deve pleitear a representação de interesses em vários indivíduos, em exemplo, o direito ambiental, consumidor, etc.

O infrator a comunidade nem sempre é atingido, mesmo que pleiteado pelo ordenamento jurídico difícil se dá a idéia de alvo social em larga escala. O indivíduo é apenas ressarcido de seus prejuízos, porém, se deseja uma conexão de processos. Embora as pessoas na coletividade tenham razões para reivindicarem interesse difuso, as barreiras à sua organização tendem a dificultar sua unificação de interesses.

Dentro de uma visão macro social, os mais prejudicados são os economicamente frágeis. Demandas individuais, valores menores, dando margem de superioridade a litigantes organizacionais.

Se deparar com as dificuldades que impõem ao indivíduo ter acesso a justiça é ver o estado no espelho da representação da sua função.

Cabe ao Estado promover ampla discussão e apoio aos órgãos de defesa dos mais necessitados, diversificando o conceito de justiça, apoiando a sociedade na busca dos direitos, ainda que sejam de valores menores, com ou sem honorários exorbitantes dos advogados, face aos entraves burocráticos e econômicos das custas contra os grupos mais preparados para suportar as demandas.

Em verdade, aqueles que fazem parte do universo jurídico como todo, sejam eles os de alto escalão como os magistrados por exemplo, ou os que conduzem as demandas desde sua explicação e demonstração da lesão do direito até a propositura da ação e sua condução, que é o caso dos operadores do direito, abraçarem a bandeira dos métodos autocomposivos.

Agindo de forma entusiasta desde sua aplicação até a defesa e a promoção e propagação deste instituto, para que o mesmo ganhe cada vez mais força e notoriedade por parte da sociedade como um todo e claro, internamente nos tribunais e fóruns de todas as comarcas do país.

Ao passo que, se assim conduzirmos e colaborarmos de forma positiva e promocional para com os métodos alternativos de solução de conflito, seguramente com o decorrer dos anos e a sedimentação da eficácia e segurança que tais métodos trazem consigo, nossa sociedade reconhecerá que o sistema judiciário é de fato de suma importância, entretanto, para solucionar aqueles conflitos que realmente não são possíveis de serem solucionados na esfera extrajudicial.

Desta forma, e a exemplo de outros países que assim agiram, elevaremos os indices de acordos e soluções pacíficas e igualitárias dos nossos conflitos, desafogaremos o sistema judiciário que atualmente não suporta mais o ingresso de demandas e claro, elevaremos a capacidade de nossa sociedade em solucionar seus conflitos pacificamente, bem como a capacidade do dialogo de nossas questões sociais e pessoais.

2 O ACESSO À JUSTIÇA

Segundo o entendimento dos especialistas em acesso a justiça, Mauro Capelletti e Bryant Garth (1998), trata-se tal expressão, reconhecidamente, de difícil definição, haja vista as transformações sociais ocorridas ao longo dos séculos, porém, que fixa duas finalidades básicas do sistema jurídico, a expor, “o sistema deve ser igualmente acessível a todos” e “ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”, asseverando, ainda, que “o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para a sua efetiva reivindicação.”

Pelo que dizem os autores, tem-se que o referido acesso não se trata, apenas, de um direito social fundamental, mas também de um importante fato para a processualística moderna:

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.12).

2.1 Obstáculos a serem transpostos: A primeira onda

Os serviços jurídicos aos menos afortunados, vem em auxílio ao advogado ou órgãos de defensoria pública. Mesmo nos casos do advogado dativo, *munus honorificum* amplamente utilizado antes do Estado formar a defensoria pública. Alguns países custeiam os honorários de advogados particulares ou determinam um cadastro de membros participantes em litígios dos indivíduos que não possuem possibilidade econômica para tal.

Muitos advogados pleiteiam causas *pro bono*, ou sem cobrar honorários, como defesa de causa de destaque relevante aos interesses coletivos, matérias de conteúdo político ou marketing profissional do escritório de advocacia ainda que de forma velada.

Seja como for, o advogado que pleiteia causas sociais ou de indivíduos frágeis economicamente, analisará seu conteúdo com viabilidade jurídica e de suporte ao processo. Sistema Judicare contrata diretamente um escritório particular para atender o necessitado pago pelo Estado. Mas não encoraja nem auxilia as partes desafortunadas a compreender seus direitos e identificar as áreas em que se podem valer de remédios jurídicos.

Há um forte apelo aos interesses pessoais e não a classe como um todo, não existe consciência dos direitos cabíveis às pessoas.

Sendo o advogado remunerado pelos cofres públicos, cria aí uma especialidade ou exclusividade do tratamento aos casos de pessoas menos favorecidas. O Advogado ficaria em seu escritório vinculado a representação dessas partes desfavorecidas pago pelo Estado garantidor de seus honorários.

Este acesso se preocupa não só com a devida representação do caso concreto levado pelo ofendido, mas de fomentar na vizinhança as ações corriqueiras que não são levadas ao judiciário, pois não sabem que a matéria fundamentaria uma busca de direitos.

Casos de direito imobiliário, consumidor, perdas e danos, etc, fazem parte do dia a dia das pessoas e elas pelo desconhecimento, não se dão conta. Este modelo é muito utilizado no Direito Americano, pois vai em direção dos pobres e cria uma categoria especializada nos interesses deles. O problema aqui é intervenção do Estado direta a estes advogados ou grupos de advogados, pois sofrem perseguições devido a sua dependência econômica do pagamento dos honorários.

Alguns países utilizam os dois modelos acima, modalidade que leva o nome de 'Modelos combinados', nesta perspectiva, os assistidos estão livres a buscar individualmente ou coletivamente seus direitos através de escritórios remunerados pelo Estado ou particulares.

As barreiras de acesso começaram a ceder mundo a fora pelas medidas de democratização judicial. Mas a assistência jurídica não pode ser o único enfoque da sociedade moderna é necessário para eficiência do sistema um grande número de advogados, mas também que eles estejam disponíveis para essa parcela da população.

2.1.2 Segunda Onda: Representação de Interesses Difusos

Uma revolução dentro do processo civil, interesses coletivos para fundamentar políticas e tendências de decisões judiciais alcançando uma enorme quantidade de pessoas. O Direito Público está cada vez mais próximo dos objetivos do estado enquanto portador da defesa de seus cidadãos, não há uma visão individualista do processo o que possibilita maior abrangência para a sociedade.

Exige nesse contexto uma ação governamental, procuradores, advogados de interesse público para se especializar nesses casos em defesa da sociedade como um todo, em especial os menos afortunados.

A sociedade contemporânea com seus conflitos de massa, tendo por conseqüência um nível cada vez mais elevado de complexidade em suas relações, dá ensejo a direitos transindividuais, por isso é de suma importância a adoção de mecanismos para tutelá-los quando forem lesados. No mesmo sentido, o Código de Defesa do Consumidor (nº. 8.078/90) e a Lei da Ação Civil Pública (nº 7.347/85), tiveram suas ideias basilares amparadas na segunda onda. O Código de Defesa do Consumidor no art. 81, conceitua os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, conforme o dispõe:

Art. 81 - Parágrafo único - A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeito deste código os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, ou transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária com uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum

Ha ainda um bem maior por trás das ações coletivas, normalmente tais demandas são oriundas de lesões que empresas para com a sociedade, tendo as sentenças destas demandas um caráter extremamente pedagógico, as empresas que constam no pólo passivo destas lides, acabam por sofrerem uma mudança em sua conduta e prestação de serviço, o que por certo é entregue a comunidade a possibilidade de serviços e produtos melhores.

2.1.3 Terceira Onda: Representação Em Juízo

Passada a explicação e contratação dos advogados servidores ou particulares a preocupação agora é essencialmente com sua representatividade. As diferentes soluções e remédios jurídicos podem engessar ou prejudicar muito o processo.

Cada advogado deve saber ao longo do processo as medidas necessárias para que o direito não se perca na lide. Assim a figura dos Juizados Especiais abre portas para casos de menor complexidade e valores, deixando os processos mais acessíveis a todos.

No que tange a terceira onda, o jurista e escritor Francisco das Chagas Lima Filho se posiciona e contextualiza da seguinte maneira:

Essa “terceira onda” do movimento de acesso à justiça partiu do relativo sucesso obtido pelas reformas anteriores que pretendiam conceder proteção judicial a interesses não representados ou representados ineficazmente, cabendo-lhe ampliar o enfoque presente nas etapas anteriores, porquanto, mais do que a proteção dos direitos, seu objeto tem sido a mudança dos procedimentos judiciais em geral, para tornar esses direitos realmente exequíveis. Nesse quadro, tanto se tenta caminhar na reforma dos tribunais regulares, quanto se têm produzido alternativas mais rápidas e menos dispendiosas – como são as do juízo arbitral, da conciliação, dos “centros de justiça de vizinhança” e dos acordos por incentivos econômicos – para a prevenção ou tratamento de alguns tipos de litígios, ampliando-se com isso, as relações entre o Judiciário e o conjunto da população, bem como se expõe o tecido da sociabilidade à intervenção do direito, seus procedimentos e intervenções (MACHADO,2016).

O jurista e escritor Francisco das Chagas Lima Filho, contextualiza bastante sobre a importância da busca pela materialização dos direitos acontecerem da

melhor forma possível e em todas as etapas do processo, principalmente nas etapas pré processuais, ou seja, o direito deve começar a ser materializado inclusive pelos métodos alternativos de solução de conflitos, que segundo o autor, tal possibilidade deve ser conhecida pela comunidade e incentivada pelo Estado.

2.1.4 A Quarta Onda de Acesso por Kim Economides

Integrante da Coordenação do Projeto de acesso à justiça assim como Capelletti, juntou esforços com jovens estudantes em aprimorar o entendimento como acessibilidade jurídica da sociedade. Surgiu esta pesquisa de anos do autor entre comunidades rurais da Inglaterra e os advogados. Tratando de acesso judicial aos advogados e às partes. Essa onda instiga métodos de legislação provocada pela sociedade e a justiça que queremos dar aos cidadãos. Economides afirma que o problema talvez não seja o acesso do cidadão e sim de quem pleiteia, os operadores do direito são de grande relevância.

Um trabalho, que desenvolvi mais recentemente sobre acesso à justiça, volta à investigação, pode-se dizer, para dentro, deixando o campo da oferta dos serviços jurídicos para concentrar-se no campo da ética legal. Esta nova perspectiva analítica deriva do fato de que considero que a essência do problema não está mais limitada ao acesso dos cidadãos à justiça, mas que inclui também o acesso dos próprios advogados à justiça. De fato, em minha opinião, o acesso dos cidadãos à justiça é inútil sem o acesso dos operadores do direito à justiça (MESQUITA, 2010).

O enfoque aqui é a idéia do legado jurídico alcançado pelos advogados. Sua formação base na universidade em prepará-lo para demandas sociais e de cunho humanístico, retirando o enfoque empresarial dos mecanismos do sistema jurídico exaustivamente fomentado nas faculdades de direito.

Através de incentivos não somente da máquina judicial e amparo do governo buscando atender de maneira eficaz suprimindo a necessidade das demandas dos cidadãos, não basta enxugar os custos sem disponibilizar profissionais competentes para solucionar as lides. Essa é uma tarefa de juristas, aplicadores do direito e

advogados aplicando uma visão crítica sobre o sistema propondo soluções e mudanças práticas.

[...] A distância dos cidadãos em relação à administração da justiça é tanto maior quanto mais baixo é o estado social a que pertencem e que essa distância tem como causas próximas não apenas fatores econômicos, mas também fatores sociais e culturais, ainda que uns e outros possam estar mais ou menos remotamente relacionados com as desigualdades econômicas. Em primeiro lugar, os cidadãos de menores recursos tendem a conhecer pior os seus direitos e, portanto, têm mais dificuldades em reconhecer um problema que os afeta como sendo problema jurídico. Podem ignorar os direitos em jogo ou as possibilidades de reparação jurídica. (SANTOS, 1994).

Porém a busca por diversos meios de complementar o acesso ao direito é a nova tendência do Ordenamento Jurídico Moderno. Existe uma complementaridade de ações na escolha do melhor instrumento. Esta onda tende a dar atenção no conjunto de práticas, mecanismos, pessoas, instituições e procedimentos utilizados para prevenir e processar disputas nas sociedades modernas.

Diversificar remédios jurídicos solucionam de maneira rápida e menos dispendiosa aliviando o congestionamento dando espaço para julgamentos de complexidade maior.

Passo seguinte é aprender como o Estado atua para promover a pacificação social e na sua ineficiência o que os indivíduos podem fazer para superar a falência do Estado diante de todos os entraves da justiça.

3 FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITO

A jurisdição é a atuação do estado visando à aplicação do direito em um caso concreto, dando fim definitivo a crise jurídica gerando pacificação social.

Este modelo heterocompositivo, ou seja, conflito resolvido por terceiro com poder decisório, onde ao Poder Judiciário é dada a representação do estado Democrático de Direito na pessoa dos juízes e colegiados, está a mais importante visão da função executória das normas.

As leis, regras, regulamentos, normas estão para o judiciário como uma receita para o bolo, os juízes ficam a mercê do legislativo interpretando e executando o ordenamento jurídico, muito embora haja possibilidades de criar entendimentos jurisprudenciais e interpretações estudadas pelos juristas da atualidade.

Porém vemos que a sociedade está caminhando diariamente para mudanças significativas as quais muitas vezes os entraves da legislação não conseguem acompanhar. Meios alternativos de resolução se tornaram mundo a fora uma necessidade urgente.

Especialistas do direito acompanham atônitos os conceitos sociais que hora se regulam pelo entendimento dos tribunais, passado algum tempo este fato assimilado não mais corresponde à realidade da sociedade mutante; como exemplo: o casamento homossexual e o poliamor, drogas ilícitas virarem única forma de tratar

doenças, medicina genética, catástrofes naturais e ou ambientais, esquemas de corrupção, inclusões de indivíduos antes incapazes agora capazes de decidir seu rumo etc.

Vivemos em um era de transformações comportamentais e tecnológicas, o ser humano não mais fica engessado na norma jurídica. Seu principal elo com estado para organizar a vida social hierárquica, vai ficando mais tênue, posicionamento ativo do indivíduo nas redes sociais fez crescer a necessidade de ser ouvido, ter voz e promover o debate.

Sendo assim empoderar o indivíduo ainda que assustador para o poder hierárquico do Estado, ficou uma surpresa positiva, um esforço para melhorar a capacidade de responder efetivamente para os conflitos corriqueiros que por vezes nem chegam aos tribunais.

Hoje a crise do judiciário chegou ao cúmulo de 109 milhões de processos ativos dados de 2015 CNJ. Uma taxa de congestionamento de 75% e uma taxa de conciliação de 9%, ou seja, a conta não fecha.

Excesso de demandas do judiciário brasileiro, é uma das causas de morosidade judiciária. Embora tenhamos um número de juízes/ habitante razoável, pelos padrões da ONU, nossa justiça é considerada uma das mais lentas do mundo.

A Litigiosidade exacerbada não pode ser tratada de maneira meramente reducionista, como se fosse apenas problema do Judiciário.

A litigiosidade expandida é um problema da sociedade, com intrincados laços políticos, sociológicos, históricos e raízes para bem além do jurídico. O conflito não deve ser evitado a qualquer custo e sim plenamente trabalhado em nossa sociedade, é a maneira de uma sociedade madura e consciente de seus direitos posicionar de maneira positiva diante do conflito e se esforçar em resolvê-lo.

3.1 As Resoluções Alternativas de Conflitos no CPC

Os métodos alternativos de resolução de conflitos se caracterizam por serem mecanismos de extrema eficiência que buscam facilitar e garantir o acesso dos indivíduos à uma solução do conflito mais ágil, proporcionando, desta maneira, a materialização de seus direitos, independentemente da natureza, sejam eles civis, de família, trabalhista etc.

Possuindo Amplo reconhecimento no meio jurídico, são formas adequadas de contornar a burocracia e o longo tempo de espera na solução da controvérsia pelo Poder Judiciário, bem como todas as conseqüências financeiras e emocionais que uma demanda judiciária pode e costuma gerar para quem configura os dos pólos da demanda jurídica

Os conflitos podem ser resolvidos através da conciliação em que as partes discordantes, com a ajuda de uma terceira pessoa imparcial – conciliador – procuram chegar a um acordo que seja proveitoso à ambas as partes da mediação, pela qual as partes discordantes e em litígio contratam uma terceira pessoa, de sua confiança e com total capacidade técnica para a determinada demanda e sua natureza jurídica, que de forma neutra e imparcial, as ajudará a restabelecerem as suas comunicações, buscando um acordo.

Este estudo vem demonstrar como é possível diante de tantos desafios que hoje rondam a sociedade brasileira e o Poder Judiciário, promover em nosso país a busca diária pelos meios alternativos ou chamados equivalentes jurisdicionais.

3.2 Equivalentes Jurisdicionais.

A autotutela, mais antigo uso do direito pessoal para resolver o conflito, é o famoso uso da força, muito utilizado em falta de democracia ou ausência do Estado, encontramos este modelo em países de regimes totalitários, fechados ao diálogo ou simplesmente em lugares onde a figura do Estado Democrático não se faz presente, como o caso das comunidades carentes no Brasil a fora.

Em nosso ordenamento a autotutela é permitida excepcionalmente, como na legítima defesa art. 188,I do CC, no Penhor Legal art. 1467 I, do CC e desforço imediato do Esbulho art. 1210 §1º do CC.

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

Art. 1.467. São credores pignoratícios, independentemente de convenção:

I - os hospedeiros, ou fornecedores de pousada ou alimento, sobre as bagagens, móveis, jóias ou dinheiro que os seus consumidores ou fregueses tiverem consigo nas respectivas casas ou estabelecimentos, pelas despesas ou consumo que aí tiverem feito;

Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.

§ 1o O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

Sem uma decisão final declarada pelo estado, pois o vencedor agiu de forma abrupta, qualquer resultado pode, como ocorre, ser revisto nos tribunais pelo perdedor e essa decisão tem caráter temporário para a maioria dos casos.

A autocomposição é um meio mais interessante e recebeu atenção especial no ordenamento Jurídico, principalmente diante da crise instalada no judiciário. O esforço mutuo na resolução, as partes ou envolvidos se unem ativamente na busca de soluções sem transferir para o Estado o poder decisório.

Em outras palavras há um protagonismo das partes envolvidas para retirar das suas experiências de vida, empatia, escuta ativa, reflexão de possibilidades para alcançar a pacificação. Verdadeiro método cooperativo e não adversarial.

Pode acontecer um sacrifício unilateral ou bilateral. Há a transação (forma de acordo que mais caracteriza a autonomia das partes) e a submissão (submeter-se ao pedido da outra parte ainda que tivesse razão) ou renúncia (decisão altruísta, abre mão do direito para pacificar).

Pela negociação as partes, com ou sem intermediário, tentam acordar meios de se compor dentro do processo ou extrajudicialmente, cada parte propõe seu entendimento de pacificação e oferece condições aguardando posição da outra parte, esta também oferece as condições, assim sucessivamente até que cada ponto se exaure para chegar ao fim do conflito e o esperado acordo.

A conciliação e a mediação utilizam métodos técnicos e a presença de um intermediador das conversas, um terceiro imparcial que auxilia a comunicação das partes. Se faz necessário diferenciar um método do outro, pois ainda que parecidos, tem aspectos distintos no andamento.

A Conciliação se tornou popular na criação dos Juizados especiais Cíveis e Criminais espalhados pelo Brasil, mesmo que o conciliador seja extrajudicial ele tem

um papel mais operante em destacar posicionamentos e sugestões para resolver o impasse.

Já a mediação é um modelo internacional bem sucedido, onde a posição do mediador é apenas de facilitar o diálogo, retirar os ruídos de fala, dar enfoque no relacionamento dos envolvidos sem sugerir soluções apenas equilibrando a escuta e fala de cada parte.

A Arbitragem é um meio antigo de solução de conflitos. Desde os primórdios das civilizações é indicado um ancião, cacique, chefe, pajé, sábio, alguém especialista no assunto em conflito.

Tem dois princípios um terceiro de confiança das partes e decisão por ele proferida vale independentemente da vontade das partes.

Ainda que uma corrente doutrinária entenda que a arbitragem se trata de Jurisdição Privada, outra corrente entende que esse árbitro trata de questões particulares não fundadas nos interesses sociais e coletivos para pacificação.

O fato é que diante de direitos privados essa resolução discreta e confiável tem por objetivo em resolver em menos tempo de maneira definitiva os conflitos e ainda alcançam um seguimento jurisdicional, pois produz prova, elege árbitros, sentença e produz coisa julgada material.

Os métodos alternativos de resolução de conflitos são mecanismos que buscam facilitar o acesso dos indivíduos à uma solução mais ágil de seus litígios, proporcionando, assim, a obtenção de seus direitos, sejam eles civis, de família, comerciais etc.

Amplamente reconhecidos no meio jurídico, são formas adequadas de driblar a burocracia e o longo tempo de espera na solução da controvérsia pelo Poder Judiciário.

O presente trabalho tem como objetivo analisar as regras implantadas pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, atinentes à aplicação dos métodos alternativos de resolução de conflitos, conjuntamente com as leis implantadas pelo Novo Código

de Processo Civil – Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – a fim de demonstrar se tais regras estão de acordo com as referidas leis.

3.3 Os Mecanismos Alternativos de Solução de Conflitos

Nos últimos anos, a conciliação e a mediação têm sido destacadas como importantes ferramentas para a solução pacífica e rápida dos conflitos, tanto na área judicial, como na esfera extrajudicial.

Em seu discurso de posse como presidente do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Ricardo Lewandowski afirmou a efetividade e a necessidade de se estimular o uso desses meios alternativos, para a solução de controvérsias:

Procuraremos, igualmente, estimular formas alternativas de solução de conflitos, compartilhando, na medida do possível, com a própria sociedade, a responsabilidade pela recomposição da ordem jurídica rompida, que, afinal, é de todos os seus integrantes. Referimo-nos à intensificação do uso da conciliação, da mediação e da arbitragem, procedimentos que se mostram particularmente apropriados para a resolução de litígios que envolvam direitos disponíveis, empregáveis, com vantagem, no âmbito extrajudicial.(LEWANDOWSKI, 2014.)

O Conselho Nacional de Justiça deu um importante passo para estimular a mediação e a conciliação, através da Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010, incumbindo aos órgãos judiciários de oferecer mecanismos de soluções de conflitos e também de prestar atendimento e orientação aos cidadãos.

Art. 8º Os tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Centros ou Cejuscs), unidades do Poder Judiciário,

preferencialmente, responsáveis pela realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão.

Assim foi determinado aos Tribunais uma criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, os CEJUSCs, para serem realizadas sessões de conciliação e mediação pré-processuais.

O Novo CPC recepcionou os anseios do CNJ de estimular o que este chamou de “Cultura da Paz”, trazendo ao texto aprovado grande destaque para as práticas de conciliação, mediação e arbitragem, firmando, assim, instrumentos de solução de conflitos de forma rápida e eficiente.

Se verificarmos o Código, logo nos parágrafos do art. 3º, está disposto que o Estado tem o dever de promover sempre que possível, a solução consensual dos conflitos, a ser incentivada por todas instituições ligadas à justiça, antes ou durante o processo. Ou seja, antes de mais nada o Estado tentará de forma rápida e pacífica resolver os conflitos, desafogando assim o acúmulo de trabalho dos Tribunais estatais.

O art. 3º e seus §§ 1º, 2º e 3º, já demonstram que foi adotada uma nova visão sobre o acesso à justiça, pois a ação judicial passa ser forma residual para o estabelecimento da paz social.

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.

Podemos identificar também, no novo CPC, os artigos 139, V e 165 a 175 que dispõem sobre os conciliadores e mediadores judiciais e seus métodos para resolução de conflitos.

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;

Art. 165. Os 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.

Art. 175. As disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica.

Parágrafo único. Os dispositivos desta Seção aplicam-se, no que couber, às câmaras privadas de conciliação e mediação.

Quando não houver vínculo anterior entre as partes será preferencialmente o conciliador que atuará, sugerindo soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

Já nos casos em que há vínculo entre as partes, será o mediador quem irá atuar, auxiliando os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprias, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

O Conselho Nacional de Justiça é uma instituição pública, criada em dezembro de 2004, mas instalada apenas em meados de 2005, cuja competência está prevista na Constituição Federal, em seu artigo 103-A, § 4º, os quais se resumem em aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual. (BRASIL, 1988)

O CNJ tem como missão a contribuição para a prestação jurisdicional ser realizada com moralidade, eficiência e efetividade em benefício da sociedade, sendo um instrumento efetivo da justiça.

No que se refere à política judiciária, o CNJ zela pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, expedindo atos normativos e recomendações. Enquanto gestora, define o planejamento estratégico,

os planos de metas e os programas de avaliação institucional dos tribunais brasileiros.

Na relação com os cidadãos, o Conselho recebe reclamações, petições e representações contra os magistrados ou contra os órgãos do Judiciário, inclusive contra os respectivos servidores auxiliares, serventias e prestadores de serviço notarial e de registro, desde que a atuação seja por delegação do poder público ou oficializado.

Além disso, o CNJ julga processos disciplinares, assegurando a ampla defesa, para determinar ou não a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplica outras sanções administrativas.

Na eficiência dos serviços judiciais, o CNJ, por sua vez, visa melhorar as práticas da celeridade, elaborando e publicando relatórios estatísticos sobre as movimentações processuais e outros indicadores pertinentes à atividade jurisdicional no Brasil.

O Conselho Nacional de Justiça desenvolve e coordena vários programas de âmbito nacional que priorizam áreas como Gestão Institucional, Meio ambiente, Direitos Humanos e Tecnologia.

No já citado artigo 103-A, da Constituição Federal, verificamos a composição do Conselho, do inciso I ao XIII, quais sejam: Presidente do Supremo Tribunal Federal, que também o preside (se ausente, é substituído pelo vice-presidente da Suprema Corte); um Ministro do Superior Tribunal de Justiça; um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho; um Desembargador de algum Tribunal de Justiça; um juiz estadual; um juiz de algum Tribunal Regional Federal; um juiz federal; um juiz de algum Tribunal Regional do Trabalho; um juiz do trabalho; um membro do Ministério Público da União; um membro do Ministério Público estadual; dois advogados; e dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada.

O Conselho Nacional de Justiça promove outras ações e campanhas a fim de incentivar as medidas alternativas para a solução de conflitos. Entre elas está a Semana Nacional da Conciliação, que é a concentração de esforços para conciliar o

maior número de processos em todos os tribunais do país – em 2015 foram realizadas mais de 350 mil audiências, com 60,45% de acordos, resultando em mais de 1,5 bilhão de reais em homologações e mais de 11 milhões em impostos.

Muitos foram os eventos promovidos pelo CNJ com o objetivo de desabalroar o Judiciário com processos, através de soluções alternativas, principalmente com a autocomposição.

A Conferência Nacional de Conciliação e Mediação Judicial é um evento anual que tem como um de seus objetivos principais construir fundamentação teórica para a evolução dos métodos consensuais de solução de conflitos no país. Para isso, são convidados acadêmicos e nomes de vanguarda no estudo de práticas autocompositivas.

O CNJ ainda oferece cursos de formação, promovendo a capacitação, treinamento e atualização permanente de magistrados, servidores, conciliadores e mediadores nos métodos consensuais de solução de conflitos.

Há o desenvolvimento de parcerias dentro e fora do Poder Judiciário para estas ações, a fim de sensibilizar os atores envolvidos nos processos. Entre as mais relevantes estão o apoio para a formação de Instrutores em Oficinas de Divórcio e Parentalidade, o desenvolvimento de cursos para formar prepostos de grandes demandistas dos setores privado e público e ajudando a desenvolver conteúdo para áreas específicas da mediação, como família, penal e justiça restaurativa.

Entre os meios autocompositivos promovidos pelo CNJ está a Negociação, Conciliação, Mediação e Arbitragem.

Porém sendo o Direito uma matéria Dinâmica mundo afora existem métodos novos classificados por uma nova geração da resolução de conflitos, são eles :

Med-Arb (mediação depois arbitragem),

Arb-Med (arbitragem em seguida a mediação),

Neutral Fact Finder (terceiro expert, questões particulares contratual/legal/financeiro, não vinculante, não profere decisão),

Expert determination (aspectos legais de contratos ou financeiros, expert eleito pelas partes investiga e reporta entendimento, efeito vinculante, decisão obrigatória, sem recurso),

Mini trial (executivos apresentam suas posições em sessão conjunta sem contato prévio, o terceiro preside a sessão em seguida partem para negociação separadamente),

Earl Neutral Evaluation (terceiro neutro apontado pelas partes com opinião técnica específica, não vinculante nem gera obrigações, como laudo pericial pré-judicial),

Judicial appraisal (Figura um juiz aposentado e consultor privado pré-julga o caso com termos estabelecidos antes pelas partes, vinculantes ou não), e

Judicial appraisal- Summary jury trial (EUA, simulação de julgamento com painel de julgadores, não vinculante, com teste de teses, seguido de negociação ou mediação)

Entretanto, ainda que o poder judiciário apresente grandes avanços no que tange a utilização dos métodos autocompositivos, e que de fato exista um reconhecimento sincero das inúmeras vantagens que tais métodos geram para todos os envolvidos, este mesmo poder judiciário age de forma controversa para com os avanços que a sociedade necessita, uma vez que de forma injustificada, em primeiro plano, através de procedimentos internos e imperativos, engessam e minam os efeitos e princípios dos métodos autocompositivos, bem como se analisa no seguinte ato recentemente promovido, ATO nº 82-2019 .

ATO nº 82/2019

Regulamenta o procedimento a ser observado na apreciação do

Processo de Jurisdição Voluntária para Homologação de Transação

Extrajudicial no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região.

RESOLVE:

Art. 1º. Em se tratando de requerimento de Homologação de Transação Extrajudicial (HoTrEx), em fase inicial e ao recebimento pela unidade judiciária; os feitos distribuídos na Capital e em toda Região Metropolitana poderão ser encaminhados ao Centro Judiciário de Métodos Consensuais de Solução de Disputas (CEJUSC – CAP), e nas localidades em que ainda não implantado o referido Centro, a petição será analisada pelo próprio Juízo vinculado, salvo se este também desejar o processamento pelo CEJUSC-CAP, para onde encaminhará o processo.

Art. 2º - No exame do requerimento, deverão ser verificadas as exigências do artigo 855-B da Consolidação das Leis do Trabalho, com os seguintes requisitos:

I - A petição de acordo deverá estar assinada pelas partes e seus advogados, podendo o trabalhador ser assistido pelo advogado do sindicato de sua categoria;

II – Protocolização de petição ratificando os termos do ajuste pela parte que não inseriu o requerimento de homologação do acordo.

III - Discriminação de cada uma das parcelas do ajuste, com a definição da natureza jurídica respectiva e a indicação dos valores objeto da transação;

IV – Não será aceito acordo que se refira apenas a pagamento de parcelas incontroversas da rescisão contratual, como previsto no artigo 484-A da Consolidação das Leis do Trabalho;

V – A distribuição de petição contendo acordo extrajudicial não prejudica o prazo estabelecido no § 6º e não afasta a aplicação da multa prevista no § 8º, ambos do artigo 477 da Consolidação das Leis do Trabalho;

VI – Deverá constar da petição de acordo cláusula penal, com o seu percentual e sua base de incidência sobre o total do acordo ou das parcelas ou obrigações não adimplidas;

VII - Comprovação do recolhimento do FGTS e, se for o caso, da multa de 40% sobre o FGTS, caso tais parcelas não integrem o valor do acordo;

VIII - As custas serão calculadas sobre o valor do acordo e recolhidas conforme § 3º do artigo 789 da Consolidação das Leis do Trabalho;

IX - Comprovação do recolhimento dos tributos devidos (Contribuições previdenciárias e Imposto de Renda), nos termos da legislação correspondente;

X - Havendo obrigação de fazer, referente à liberação das guias do FGTS, multa de 40% sobre os depósitos do FGTS e/ou entrega da Comunicação de Dispensa para habilitação no Seguro-Desemprego, tais guias devem ser entregues até a audiência de conciliação designada no CEJUSC;

XI – Só haverá expedição de alvará judicial para levantamento de FGTS e habilitação ao Seguro-Desemprego em caso de controvérsia resolvida em audiência;

XII - O Juízo determinará o comparecimento das partes ao CEJUSC, em pauta de audiência para ratificação dos termos do acordo, sendo indispensável a presença pessoal do trabalhador e de seu advogado, com prévia notificação das partes mediante seus procuradores. Na hipótese de as partes não comparecerem ou não haver possibilidade de acordo, os autos serão devolvidos, com a justificativa da não realização do acordo, ao Juízo de origem, para as providências que o Juiz entender cabíveis.

Art. 3º - Não atendendo o requerimento de homologação de acordo ao disposto nos itens I, II e III do artigo 2º deste ato, o Juízo de origem ou do CEJUSC determinará a notificação das partes para saneamento dos defeitos processuais, sob pena de indeferimento.

Não se faz necessária uma leitura muito especializada para compreender que tal ato é um verdadeiro retrocesso, uma vez que a segurança jurídica a qual tal ato pretende resguardar, deriva do tecnicismo dos operadores de direito e de seu código de ética, ao qual possibilita de forma plena e imperativa a estes, a busca incansável pelos direitos de seus assistidos, não podendo tais direitos estarem resguardados tão somente na presença de um magistrado ao qual pelo próprio texto do ato normativo, ratificará, e tão somente, acordo pré realizado.

Em verdade, o procedimento ficou mais burocrático que uma ação judicial pelo rito ordinário, fato este que fere diretamente os princípios norteadores dos métodos alternativos de solução de conflito, tais como o princípio da celeridade e da autonomia das partes, entre outros segundo o artigo 2º da lei 13.140/2015.

Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios:

I - imparcialidade do mediador;

II - isonomia entre as partes;

III - oralidade;

IV - informalidade;

V - autonomia da vontade das partes;

VI - busca do consenso;

VII - confidencialidade;

VIII - boa-fé.

Pelo texto do referido artigo, observa-se que o referido Ato normativo, conseguiu de forma direta e indireta ferir todos os princípios, ou pelo menos, inviabiliza que os princípios sejam aplicados de maneira objetiva, o que por certo, não só burocratiza o procedimento e sua eficácia, mas também descaracteriza-o.

Estando tais métodos em sua fase de iniciação, a burocratização e a inviabilidade da aplicação destes, pode gerar uma insatisfação e uma mácula nos

operadores do direito, bem como nos seus tutelados, podendo até mesmo gerar uma falência do sistema que mal conseguiu ser instaurado de forma plena.

Tal consequência não é algo impossível de acontecer, basta lembrarmos que a falência de um novo sistema encontra-se na fase de sua aplicabilidade e fundamentação jurídica, bem como ocorreu anos atrás com os tribunais arbitrais, que ao serem implementados de forma incorreta na sociedade, desapareceram rapidamente do universo jurídico social, deixando tão somente uma impressão extremamente negativa naqueles que se valeram de tal instituto.

Em verdade, a implementação de todo e qualquer sistema jurídico que tem por natureza uma modernidade para com o seu anterior, deve ser elaborado e implementado de forma extremamente cautelosa e com muita seriedade por parte daqueles que são responsáveis pela sua aplicabilidade.

Resta os operadores do direito como um todo, desde o mais baixo até o mais alto escalão da máquina jurídica, ter total consciência dos receios que a sociedade possui para com as ferramentas jurídicas modernas, uma vez que esta sempre se apega a segurança e a familiaridade que já possuem para com o sistema que atualmente vigora, fato que é de total naturalidade devido a importância dos anseios e direitos que o sistema jurídico ampara.

Tal realidade não é problema insolúvel, basta que aqueles que decidam se valer e apresentar para seus clientes ferramentas modernas, tais como os métodos alternativos de resolução de conflitos, tenham total conhecimento sobre a matéria e segurança para sua aplicação, cabe também aos operadores do direito a conscientização e introdução das novas ferramentas jurídicas para com toda a sociedade.

4 A ADVOCACIA MODERNA E A SUPERAÇÃO DA CULTURA DO LITÍGIO

Não resta dúvida que a conciliação e a mediação são ferramentas importantes e instrumentos necessários para a pacificação e solução de conflitos em quase todas as áreas do direito, desde que se trate de direitos disponíveis.

Estando tais ferramentas inseridas no Código de Ética do Advogado, recebendo inclusive tratamento imperativo e primordial para a manutenção da justiça, como bem versa o inciso VI, parágrafo único do artigo segundo do referido código.

O Novo Código de Processo Civil mostra de forma positiva e muito objetiva os mecanismos adotados e como serão aplicados, cabendo aos operadores do direito, se adaptarem aos novos tempos, e participarem de forma efetiva na busca da pacificação social, única forma de obtermos a melhor atuação do Poder Judiciário e a prestação jurisdicional mais efetiva.

Aos advogados, muitos dos quais resistentes a essas modalidades de solução de conflitos, restará se adaptarem e criarem mecanismos próprios, ou em parcerias, cercando-se de profissionais especializados de outras áreas do conhecimento para o melhor desempenho da atividade profissional.

Aos Juízes e Promotores de Justiça, caberá uma mudança de postura, com a aceitação das novas normas que regerão os procedimentos judiciais, atuando de forma menos formalista e sensível à importância das novas técnicas de solução de conflitos eleitas pelo CNJ e pelo legislador brasileiro.

Ao Estado, restará a responsabilidade de adotar as medidas adequadas e os aportes financeiros necessários para que o novo sistema de solução consensual de conflitos atinja os objetivos propostos, na busca de uma sociedade mais justa, menos conflituosa, igualitária e em sintonia com os princípios da cidadania e da dignidade humana assegurados na Constituição Federal.

A Lei nº 9.307/96 – Lei de Arbitragem – reconheceu a possibilidade de adoção da arbitragem para a solução de conflitos, assegurando a constitucionalidade da atividade. A lei garante todo o respaldo para suas sentenças, possuindo os mesmos efeitos que as proferidas pelo Poder Judiciário e não estando sujeitos à homologação deste último.

Litígios envolvendo bens disponíveis podem se utilizar da arbitragem. Como exemplo, podemos citar problemas com contratos, cobranças, cheques, relações comerciais, aluguéis, condomínios, despejos, defesa consumidor, colisão de veículos, dentre outros.

O novo CPC formalizou a arbitragem como jurisdição no Direito Brasileiro. A nova norma foi inserida no § 1º do artigo 3º do Novo Código.

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

Como mencionado acima, este instituto já é regulamentado por lei própria, com as atualizações trazidas pela Lei nº 13.129/15, mas subsidiariamente se submete às normas do novo CPC.

Nem por isso, ao Poder Judiciário, através de seus membros, é autorizada a discussão quanto ao mérito das decisões arbitrais. Tratam-se de jurisdições paralelas, ambas reconhecidas constitucionalmente: a jurisdição estatal, que é regulada pelas normas processuais civis, e a jurisdição arbitral, que é regulada por lei extravagante.

A harmonização entre ambas as jurisdições, nos termos do Novo CPC, se dá através de um novo instituto inserido no Código, conhecido como Carta Arbitral. Através desse instrumento jurídico é que formalmente se darão os pedidos de cooperação entre os juízes e árbitros.

Tal instrumento está previsto no artigo 237, do CPC. Importante salientar que esse instrumento jurídico não autoriza juízes e desembargadores a revisar o mérito das decisões proferidas em âmbito arbitral. Os atos de cooperação se limitam à determinações e práticas de atos definidos em arbitragem.

Art. 237. Será expedida carta:

IV - arbitral, para que órgão do Poder Judiciário pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato objeto de pedido de cooperação judiciária formulado por juízo arbitral, inclusive os que importem efetivação de tutela provisória

A cláusula arbitral é uma cláusula negocial firmada por pessoas capazes, envolvendo direitos disponíveis. Se uma das partes desobedece essa disposição contratual e ajuíza ação perante o Poder Judiciário, cabe a outra parte alegar esse descumprimento contratual, demonstrando ao juiz, a existência da convenção de arbitragem. Trata-se inclusive, esta alegação, de hipótese prevista no inciso VII, do artigo 485, do CPC, como causa em que o juiz não resolverá o mérito, inserida no Título III, do Livro VI da Parte Geral do Novo Código, que trata da Extinção do Processo.

A Lei de Mediação – Lei nº 13.140/15 – alterou o Novo CPC, no que concerne ao tema da mediação, relegando à desvalia as regras do Código quando incompatíveis com a Lei de Mediação.

Lei no 13.140, de 26 de junho de 2015

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

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. (<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>.Acesso em: 28 maio.2019)

A parte de mediação do Novo CPC foi revogada pela Lei de Mediação (posterior e especial), no que as disciplinas não sejam conciliáveis, ilação que tem reflexos absolutamente substanciais, tudo a demandar a atuação do intérprete na conciliação dos diplomas normativos.

O Novo CPC permite que a audiência do artigo 334 do Novo CPC não se realize mediante consenso das partes quanto ao desinteresse no consenso, manifestado antes da data aprazada para o ato (§§ 4º e 5º). É o consenso quanto ao dissenso.

Pois bem, no tocante à mediação, a disposição do Novo CPC é natimorta, pois a audiência de mediação, frente ao disposto na Lei de Mediação, não pode ser dispensada pelas partes, como se afere da leitura conjugada dos seus artigos 3º e 27.

Esse fatiamento do Novo CPC pela Lei de Mediação acentua a diferença entre os institutos da conciliação e da mediação, submetendo-os a regramento

processual diverso, quiçá com perda de sistematicidade do ordenamento processual.

Portanto, ainda que não fosse desejável, a Lei de Mediação alterou o Novo CPC, no concernente ao tema da mediação, relegando à desvalia as regras do Código quando incompatíveis com a Lei de Mediação.

A mediação é um processo não adversarial, confidencial, voluntario, no qual um terceiro neutro/isento facilita a negociação entre duas ou mais partes, e as auxilia na identificação de interesses comuns, complementares e divergentes mantendo-as autoras das soluções constituídas com base no consenso e visando o futuro.

Dentro do entendimento da autora Lília Maia de Moraes Sales, a mediação pode ser conceituada da seguinte maneira:

[...] procedimento consensual de solução de conflitos por meio do qual uma terceira pessoa imparcial – escolhida ou aceita pelas partes – age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma divergência. As pessoas envolvidas nesse conflito são as responsáveis pela decisão que melhor a satisfaça. A mediação representa um mecanismo de solução de conflitos utilizado pelas próprias partes que, motivadas pelo diálogo, encontram uma alternativa ponderada, eficaz e satisfatória. O mediador é a pessoa que auxilia na construção desse diálogo (SALES, 2017).

As principais características da mediação pelo CPC e pela resolução 125/2010 CNJ são:

Baixo custo financeiro, celeridade e tempo de processo, sigilo confidencialidade, manutenção de relacionamentos, flexibilidade procedimental, controle sobre o processo, poder decisório sobre a disputa, exequibilidade da solução, adimplemento espontâneo do resultado, recorribilidade e custos emocionais na composição da disputa são aspectos a serem analisados para escolha do melhor meio de resolução alternativa de conflito.

A mediação atualmente além de aproximar as pessoas visa dar um caráter informal ao conflito, observando a realidade do cotidiano das partes seus interesses, valores e necessidades.

Sendo assim apresenta os princípios da imparcialidade, isonomia, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca de consenso, confiabilidade, boa-fé, decisão informada, competência, respeito à ordem e às leis, empoderamento e validação.

O mediador não pode agir ativamente no desequilíbrio de poder, mas ao reconhecê-lo deve ajudar organizando e produzir reflexão para o equilíbrio das partes.

As oportunidades de manifestações privadas ou em conjunto devem ser iguais, não aconselhar nem favorecer as partes, gerir emoções, conduzir positivamente, contribuir para postura respeitosa e equilibrada do procedimento, promover a escuta ativa das partes.

As escolas de mediação dão ênfase e destaques em diferentes aspectos. A escola de Harvard, principal alicerce do CNJ para mediação, busca a solução do conflito pela obtenção do acordo, pragmatismo mais semelhanças menos diferenças, acordo é o êxito do processo, agilidade e redução de custos.

Partindo da idéia de que o acordo é o êxito do processo, ou seja, o acordo é a efetiva materialização do direito das partes, o operador do direito moderno, deve absorver tal concepção e compreender que existem outras ferramentas mais céleres e eficazes para que este possa promover a materialização do acordo, que seja preferencialmente antes da demanda ser judicializada, o que nada impede ao operador do direito que deparando-se com uma demanda já em curso, opte pela resolução desta de modo extrajudicial, valendo dos meios alternativos de solução de conflito a qualquer tempo do processo, retornando a este, tão somente para a apresentação e homologação do acordo pelo juiz do caso.

5 CONCLUSÃO

A justiça tradicional tem por décadas atendidas a sua maneira a sociedade em seus anseios. Cada fase de amadurecimento atinge uma nova esfera que amplia e inclui indivíduos a buscarem seus direitos.

Ao passo que entendemos que a autotutela deve ser evitada ao máximo, exceto nos casos especiais, a aplicação do poder jurisdicional do Estado demonstrou uma necessidade de alternativa pela ineficácia em atender toda a sociedade.

Todos nós seres humanos nascemos com a busca de auto preservação como instinto humano básico, porém a razão e busca do conhecimento fez crescer a visão da pacificação da vida em sociedade. O Estado é grande fomentador da idéia de

justiça para todos e muitas vezes não sabe como aplicar universalmente esse princípio. Estudiosos do direito vêm revelando necessidades de aplicar a norma e sua interpretação adequada a cada caso através de juízes, juristas, operadores do direito, advogados, serventuários da justiça, instituições e universidades que promovam acesso direto da sociedade aos meios de justiça.

Na atualidade exercer a autocomposição se trata de uma realidade sem retorno ao modelo antigo, não se fala mais em conduzir processos aos adversários e sim colaborar para pacificar entendimentos em modelo de coexistência. A vida pacificada é o interesse primordial dos seres humanos. Todos como sociedade somos responsáveis pelo acesso ao que é justo, independente do que diz a lei para determinado assunto mas o que cada indivíduo sente ser justo no caso dele.

A mediação introduzida no nosso ordenamento pela Resolução 125/2010 CNJ, fez valer aqui a tendência mundial de inclusão ao devido processo legal, principalmente aos menos afortunados. Pois pela celeridade, baixo custo e protagonismo, elimina grande parte das barreiras apresentadas por Capelletti, recapitulando: a falta de representação, longa espera e alto custo.

Qual indivíduo sabedor que existe ferramenta adequada mais barata e rápida para resolver seus conflitos não irá utilizá-la? A única barreira em mediação é o indivíduo aceitar se esforçar no processo, para que sua eficácia seja plena, revelando conceitos essenciais de sua vida e sugestões que consegue produzir para solucionar o acordo e pacificação. Deste modo o amadurecimento do indivíduo deixa para trás o paternalismo do Estado detentor do direito e passa a ser agente direto em declarar o que é justiça.

Aos mediadores se espera comprometimento em divulgar e lutar pelo procedimento de aproximação das pessoas envolvidas, e, dos familiares e amigos que os cercam.

O passo mais difícil que é a legislação sobre resolução alternativa de conflitos, em especial aqui se tratando da mediação, já foi dado, provocado pela crise do judiciário, restando a nós sociedade responder à altura de nossos anseios e expectativas, para uma sociedade mais responsável e pacífica, utilizar arduamente a

mediação em nosso dia a dia até que seja definido uma nova realidade ao alcance e propagada aos cidadãos brasileiros que desistem pelos entraves a buscar soluções fora dos tribunais.

6 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Tania. **Caixa de Ferramentas em Mediação: Aportes** Práticos e Teóricos. Sao Paulo: Dash Editora, 2014.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Artigo 165 CPC a 175 P.Ú do CPC. **Dos Conciliadores e Mediadores Judiciais**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Atos Administrativos. **Resolução Nº 125 de 2010**. Brasília, DF, 2010.

CANCIAN, Renato. Pedagogia & Comunicação. In: **Uol**. Disponível em: <<https://educacao.uol.com.br/disciplinas/sociologia/estado-do-bem-estar-social-historia-e- crise-do-welfare-state.htm>>. Acesso em: 28 maio.2019

CAPPELLETTI, Mauro; GART, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Farbis Editor, 2002.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Acesso à Justiça e os Mecanismos Extrajudiciais de Solução de Conflitos**. Porto Alegre: Fabris, 2003.

MACHADO, Vinicius. Mediação e conciliação judicial: modificando e quebrando paradigmas em prol do efetivo cumprimento da jurisdição pelo Estado. In: **JUSBRASIL**. Disponível em: <https://vinnydoguaru.jusbrasil.com.br/artigos/125551718/mediacao-e-conciliacao-judicial-modificando-e-quebrando-paradigmas-em-prol-do-efetivo-cumprimento-da-jurisdicao-pelo-estado>>. Acesso em: 28 maio. 2019.

MESQUITA, Marcio. Acesso à Justiça uma realidade ou uma fantasia?. In: **Âmbito Jurídico**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7479. Acesso em: 28 maio.2019

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de processo civil**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

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