

BUSCA DA SOLUÇÃO CONSENSUAL E OS NOVOS RUMOS DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Inaiá Nogueira Queiroz Botelho

Advogada, graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (2000). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET. Advogada em Curitiba atua nos ramos de Direito Tributário, Direito Societário, Direito Empresarial e Mediação e Arbitragem. Vice-Presidente da Comissão de Sociedade de Advogados da OAB-PR gestão 2016/2018.

1. Introdução

Consta do parágrafo 2º do artigo 3º do Novo Código de Processo Civil que “*o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos*”. Logo na sequência, o parágrafo 3º do mesmo artigo dispõe que “*a conciliação, a mediação e outros métodos de solução con-*

sensual de conflitos deverão ser estimulados por juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

Fomentar métodos consensuais não é necessariamente uma novidade no ordenamento jurídico nacional e para os operadores do direito. O Código Civil de 1973 já previa no inciso IV do artigo 125 que é dever o juiz “*tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes*”. O próprio rito do processo civil vigente prevê momentos específicos para busca da conciliação, como a audiência de conciliação (art. 277, CPC) e no início da audiência de instrução (art. 447, CPC).

Ressalte-se ainda que o antigo Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, datado de 13/02/1995 já determinava em seu inciso VI do artigo 2º que é dever do advogado “*estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios*”, determinação que foi mantida no inciso VI do artigo 2º do novo Código de Ética e Disciplina publicado no dia 4/11/2015, tendo sido incluída a expressa menção de incentivo à mediação.

Não obstante a previsão legal, a conciliação sempre foi buscada timidamente e de forma quase que protocolar.

A brevidade como o tema é tratado no Código de Processo Civil de 1973 não impediu que o Poder Judiciário e o Poder Executivo, preocupados com o grande volume de processos judiciais, tomassem medidas de favorecimento da conciliação, como a Resolução 125 de 29/11/2010 do

Conselho Nacional de Justiça¹⁴⁶, a Estratégia Nacional de Não Judicialização – ENAJUD¹⁴⁷ e a Resolução 118 de 1/12/2014 do Conselho do Ministério Público, todas normativas de incentivo à adoção de métodos consensuais.

O sucesso dessas políticas públicas acabou por influenciar na redação do Novo Código de Processo Civil, que já na sua exposição de motivos deixa claro que a intenção é obter um processo judicial mais incluído no contexto social através de uma ênfase aos métodos autocompositivos, como a conciliação e a mediação:

Pretendeu-se converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado. Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação. Entendeu-se que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz.

No novo código a dinâmica processual foi alterada de forma significativa, tornando a audiência de conciliação ou mediação o primeiro ato do processo¹⁴⁸, inclusi-

146 Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, reconhece expressamente a conciliação e a mediação como instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios de redução da excessiva judicialização dos conflitos de interesses

147 Portaria Interinstitucional nº 1186 de 02/07/2014 do Ministério da Justiça.

148 De acordo com o artigo 334 do novo código, o réu será citado para comparecer à audiência de conciliação ou mediação, sendo que o prazo

ve anterior à apresentação da contestação, denotando a evidente priorização da busca da solução consensual e a valorização da autocomposição¹⁴⁹ como instrumento de pacificação social. É criada a função estatal dos conciliadores e mediadores, elevados ao patamar de auxiliares da Justiça (art. 165 ao art.175, NCPC).

Evidencia-se, portanto, que no Novo Código de Processo Civil a busca da solução consensual dos conflitos ganha novos contornos, inaugurando um novo paradigma de acesso à justiça, conforme se verá adiante.

2. Da eleição da tutela jurisdicional como principal forma de resolução de conflitos e do quadro atual de congestionamento processual

O conflito é inerente à condição humana. Como relembra FÁBIO KONDER COMPARATO, em seu tratado sobre Ética, para HEGEL, “*não só o pensamento, mas toda a vida é uma tensão permanente entre elementos contraditórios*”. O conflito, na visão de HEGEL, seria “*o princípio de todo o movimento, de toda a vida e de toda a atividade na efetividade*”¹⁵⁰. A dialética,

para apresentação da contestação somente se iniciará caso não de não existir acordo, conforme regra do artigo 335 do CPC.

149 Autocomposição – Forma de resolução de conflitos em que a solução pacificadora é construída pelas próprias partes e não por um terceiro. Quando a solução do conflito é dada por um terceiro denomina-se de forma heterocompositiva. O exemplo mais comum de método heterocompositivo é a sentença judicial.

150 COMPARATO. Fábio Konder. Ética. Direito, moral e religião no mundo

assim entendida como a tensão entre posições antagônicas, é, portanto, a própria vida.

Segundo CARLOS EDUARDO VASCONCELOS o conflito não deve ser encarado de forma negativa, pois “é impossível uma relação interpessoal plenamente consensual” sendo que “*cada pessoa é dotada de uma originalidade única, com experiências e circunstâncias existenciais personalíssimas*” e “*por mais afinidade e afeto que exista em determinada relação interpessoal, algum dissenso, algum conflito, estará presente*”¹⁵¹.

Diante da inevitabilidade do conflito, não se pode conceber a paz social como a simples ausência de divergências¹⁵², mas sim, como o resultado do enfrentamento construtivo do conflito que possibilite uma convivência social sadia e marcada pela interação solidária e respeitosa entre as pessoas.

Como bem coloca PAULO BONAVIDES a “*concepção de paz no âmbito da normatividade jurídica configura um dos mais notáveis progressos já alcançados pela teoria dos direitos fundamentais*”¹⁵³.

moderno. 2ª Edição. Editora Companhia das Letras. São Paulo. 2006. p. 309.

151 VASCONCELOS. Carlos Eduardo de. Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas. 3ª Edição. Editora Método. São Paulo. 2014. p. 21.

152 Segundo o dicionário Aurélio paz é a “1. Ausência de lutas, violência ou perturbações sociais, ou de conflitos entre pessoas. 2. Restabelecimento de relações amigáveis entre países beligerantes. 3. Sossego, serenidade.” FERREIRA. Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário da Língua Portuguesa. 8ª Edição. Editora Positivo. 2010.

153 BONAVIDES. Paulo. Curso de Direito Constitucional. Editora Malhei-

Durante muitos anos a administração da justiça e a pacificação foram feitas de forma particular, onde as pessoas faziam justiça pelas próprias razões (autotutela). Como relembra WAMBIER¹⁵⁴, paulatinamente, o exercício da autotutela foi sendo substituído pelo concurso de terceiros, desinteressados e imparciais, eleitos pelas partes e que interferiam na situação conflito para solucioná-la (arbitragem facultativa).

Foi somente com a evolução política e social da humanidade, especialmente com o Estado Democrático de Direito, que o monopólio da jurisdição passou a ser estatal¹⁵⁵. A lei dotou as pessoas de instrumentos importantíssimos para resolução dos conflitos e exercício de direitos, garantindo regras claras e não violentas para a aplicação da lei e construção da justiça e, conseqüentemente, da paz social. Foi através da construção legislativa de institutos processuais de defesa dos direitos individuais e coletivos que o conceito de paz foi equiparado ao de segurança jurídica.

E neste contexto, a Constituição Federal Brasileira de 1988 eleva as garantias processuais ao grau de direitos fundamentais, tais como, o direito ao julgamento pela autoridade competente (art. 5º, LIII), ao contraditório e ampla

ros.22ªEdição. São Paulo. 2008. p. 579 e 591.

154 WAMBIER. Luiz Rodrigues. Curso Avançado de Processo Civil. Vol. 1. Teoria do processo e Processo de Conhecimento. 6ª Edição. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2003. p.40.

155 GRECO FILHO .Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. Vol.2 21ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo. 2012. p.84.

defesa (art. 5º, LV), ao devido processo legal (art. 5º, LIV), dentre outros, todos esses corolários da segurança jurídica.

Para RAFAEL MENDONÇA, nessa busca pela segurança jurídica tentou-se criar uma “máquina jurídica” de resolver conflitos:

Na marcha histórica, em busca do ideal de segurança jurídica (ou comodidade, conforto psico-jurídico?), tentou-se criar uma ‘máquina jurídica’ que não gerasse problemas, fosse eterna, uma “Máquina Autônoma de Direito” (m.a.d.?), como, metaforicamente, numa máquina de lavar-roupas automática. Fantasia onde os usuários podem lá jogar suas ‘imundices’ e tratar de deixar que a engenhoca fizesse o trabalho (nessa máquina é o juiz aquele que lava a roupa suja). Para esse legado da ciência jurídica se criou a demanda de operadores hiperespecializados (da máquina de lavar), onde cada um, por seu papel, caberia melhor conhecer a área que pretende trabalhar (jus-mecânicos). A ‘Máquina Autônoma do Direito’ segue um caminho de simplificação na redução, descendo a minúcias abstratas e subjetivas até o ponto que não mais consegue retornar ao ponto inicial (o sujeito), perde a noção do todo, mas, se necessita, utiliza seu ‘senso comum teórico’ para ‘os casos que complicam’.¹⁵⁶

A questão é que essa “máquina de resolver conflitos” parece não estar mais funcionando de forma eficaz.

156 MENDONÇA, Rafael. (Trans) Modernidade e Mediação de Conflitos. Pensamento, devires e seus laços com um método de resolução de conflitos. Editora Habitus. Florianópolis. 2006. p. 69.

A estrutura judiciária brasileira não tem logrado êxito em dar vazão à enormidade de conflitos, de origens multifatoriais¹⁵⁷, que são diariamente judicializados.

Segundo informações divulgadas pelo Conselho Nacional de Justiça através do Relatório Justiça em Números¹⁵⁸ no ano 2014 os 90 tribunais brasileiros contavam com um total 99,7 milhões de processos. Atualmente o número de processos que ingressam é maior do que o número de processos que são baixados, o que significa que há um verdadeiro congestionamento processual. A taxa de congestionamento no ano de 2014 foi de 71,4%, o que significa que de cada 100 processos que tramitaram no ano de 2014, apenas 28,6 foram baixados no período.

Este verdadeiro “emperramento” da atividade jurisdicional compromete o acesso à justiça e à efetivação do princípio da garantia à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF/88), bem como contribui para a sensação de impunidade e coloca em descrédito o Poder Judiciário e todos os demais operadores do direito.

157 Não há como negar que humanidade passou por transformações significativas nos últimos anos, transmudando-se para uma sociedade complexa, plural, multicultural e marcada pela intersubjetividade. E toda essa evolução trouxe consigo um aumento no número de conflitos, assim como fez com que novos conflitos, antes inimagináveis, surgissem. Soma-se ainda a isso a maior concentração populacional, o que também contribuiu para o aumento do número de conflitos.

158 Relatório Justiça em Números do CNJ 2015 – Ano base 201: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoaes/pj-justica-em-numeros>

3. O mito da sentença judicial como único instrumento de pacificação social – Do resgate dos métodos consensuais como forma de ampliar o acesso a justiça

De acordo com ALEXANDRE DE MORAES “*a função típica do Poder Judiciário é a jurisdicional, ou seja, julgar, aplicando a lei ao caso concreto, que lhe é posto, resultante de um conflito de interesses*”¹⁵⁹. Ou seja, o papel do Poder Judiciário é o de julgar e aplicar o direito, visando dirimir conflitos.

Trata-se de um modelo eminentemente heterocompositivo, onde um terceiro, no caso o Estado-Juiz, impõe através da sentença uma solução jurídica na intenção de acabar com o conflito e restabelecer a paz¹⁶⁰. A questão é: tem a sentença judicial cumprido a sua missão pacificadora?

Muito embora a transferência da legitimidade pela resolução de conflitos para o Estado tenha tornado mais civilizada a forma como as pessoas resolvem seus problemas e contribuído para a construção de uma sociedade mais justa, acabou também distanciando as pessoas da responsabilidade original pela resolução dos conflitos.

RAFAEL MENDONÇA chama a atenção para o distanciamento entre a sentença judicial e o resultado preten-

159 MORAES. Alexandre de. Direito Constitucional. 23ª edição. Editora Atlas. São Paulo. 2008. p.498.

160 O ordenamento jurídico brasileiro prevê a possibilidade de resolução do conflito pela via heterocompositiva privada, através do instituto da arbitragem, previsto na lei 9.307/96.

dido, no caso, a pacificação social, no que chamou de “Falácia Jurisdicional”:

Mas o que viria a ser essa pacificação? Tal questionamento se faz por decorrência do modo paradoxal utilizado pela jurisdição em busca da ‘paz’, tendo em vista que no sistema de jurisdição atual, as partes devem se enfrentar, defendendo o objeto litigado até que uma se renda ou venha a sucumbir, ou seja, um venha a ser derrotado. Pois bem, a derrota, infelizmente, no “mundo da vida”, gera no indivíduo a insatisfação pelo menos psíquica (sem contar somática), pois os desejos que tal indivíduo apresentava e que foram suplantados não vieram a ser elaborados, muitas vezes nem conhecidos, ficando reprimidos nas dimensões psíquicas.

Gera-se assim uma falácia jurisdicional, onde se faz acreditar, por uma cartilha processual, que se gera a ‘paz social’ em um sistema onde pelo menos metade dos interessados nas inter-relações conflituosas acaba saindo insatisfeito.¹⁶¹

A falibilidade da sentença judicial como instrumento pacificador também é abordada por ADA PELLEGRINI GRINOVER:

Revela, assim, o fundamento social das vias conciliativas, consistem na sua função de pacificação social. Esta, via de regra, não é alcançada pela sentença, que se limite a ditar autoritativamente a regra para o caso concreto, e que, na grande maioria

161 MENDONÇA. Rafael. (Trans) Modernidade e Mediação de Conflitos. Editora Habitus. 2006. Florianópolis. p. 93.

dos casos, não é aceita de bom grado pelo vencido, o qual contra ela costuma-se insurgir-se com todos os meios na execução; e que, de qualquer modo, se limita a solucionar a parcela de lide levada a juízo, sem possibilidade de pacificar a lide ideológica, em geral mais ampla, da qual aquela emergiu, como simples ponta do iceberg.¹⁶²

E talvez, uma das causas da falibilidade da sentença como instrumento efetivo de pacificação resida no fato de que a linguagem jurídica processual acaba por transmutar o conflito, desconectando-o de sua motivação original.

Para VICENTE GRECO FILHO¹⁶³, o processo raramente trata do conflito de interesses existente entre as partes em sua totalidade, posto que, em regra, o objeto do processo não coincide necessariamente com o objeto do conflito.

Partindo-se da lógica de que a sentença é uma solução heterocompositiva, ou seja, dada por um terceiro, estranho e distante do conflito, parece muito mais lógico e até mais condizente com os objetivos de pacificação dar preferência aos métodos autocompositivos, que são aqueles em que a construção da solução pacificadora é feita pelas próprias partes envolvidas no conflito.

162 GRINOVER. Ada Pellegrini. WATANABE. Kazuo. LAGRASTA NETO. Caetano. Mediação e Gerenciamento do Processo. Revolução da Prestação Jurisdicional. Editora Atlas. 2008. São Paulo. p 3.

163 GRECO FILHO. Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. Vol.2 21ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo. 2012. p.85.

De acordo com LUIZ GUILHERME BITTENCOURT MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART os métodos consensuais permitem uma pacificação mais profunda, que transcende o plano jurídico e atinge também o plano sociológico:

Cabe lembrar que a conciliação permite que as causas mais agudas do conflito sejam consideradas e temperadas, viabilizando a eliminação do litígio não apenas na forma jurídica, mas também no plano sociológico, o que é muito importante para a efetiva pacificação social. Como alertou Mauro Cappelletti, a conciliação – ao contrário da decisão que declara uma parte “vencedora” e a outra “vencida” – oferece a possibilidade de que as causas mais profundas do litígio sejam examinadas, recuperando-se o relacionamento cordial entre os litigantes.¹⁶⁴

ANDRÉ GOMMA DE AZEVEDO relembra ainda a teoria de “substitutividade” da jurisdição proposta por CHIOVENDA, na medida em que a decisão de um terceiro (juiz ou árbitro) irá substituir a decisão das partes, as quais compete o dever primário de resolução do conflito, motivo pelo qual a tutela judicial deve ser vista como um recurso “alternativo”:

“Cabe registrar que, segundo a perspectiva tradicional de direito processual, a jurisdição é con-

164 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Processo de Conhecimento. (Curso de Processo Civil v. 2) 7ª ed. Editora RT. São Paulo, 2008.

siderada como “atividade secundária”, sendo definida, portanto, como poder estatal atribuído a uma determinada autoridade para aplicar a norma ao fato concreto, visando à composição de lides em razão da inexistência dessa resolução de controvérsia ter sido alcançada espontaneamente pelas partes. Assim, o dever principal ou primário de resolução de conflito é considerado como sendo das próprias partes – devendo o Estado intervir tão somente quando as partes não são bem sucedidas nesta atividade. Sob esta ótica da ‘substitutividade da jurisdição’ (CHIOVENDA, 2000, P. 17), pode-se afirmar que a principal forma de resolução de disputa é a negociação entre as partes e a forma “alternativa” seria a intervenção estatal por meio da jurisdição.”¹⁶⁵

Nesta mesma linha ROBERTO PORTUGAL BACELLAR em artigo intitulado “Sustentabilidade do Poder Judiciário e a mediação na sociedade brasileira” ressalta que “*a solução dos conflitos, primeiramente, deveria ser buscada diretamente pelos interessados e só excepcionalmente deveriam ser apresentadas divergências ao Poder Judiciário.*”¹⁶⁶

165 AZEVEDO. André Gomma de. Fatores de efetividade de processos de resolução de disputas: uma análise sob a perspectiva construtivista. *In* Mediação de Conflitos Novo paradigma de acesso à justiça. Coordenado por Luciane Moessa de Souza. 2ª Edição. Editora Essere nel Mondo. Santa Cruz do Sul. 2015. p. 18.

166 BACELLAR. Roberto Portugal. Sustentabilidade do Poder Judiciário e mediação na sociedade brasileira. *In* Mediação de Conflitos Novo paradigma de acesso à justiça. Coordenado por Luciane Moessa de Souza. 2ª Edição. Editora Esserenel Mondo. Santa Cruz do Sul. 2015. p. 80.

Os métodos consensuais, assim considerados como métodos autocompositivos, que incentivam a resolução do conflito pelas próprias partes através de técnicas não adversariais¹⁶⁷, têm como principal fundamento o resgate desta responsabilidade original pelo conflito e uma efetiva participação das partes na construção da solução pacificadora.

Da mesma forma, tem como fundamento a autonomia da vontade, sendo aplicável aos casos de conflitos envolvendo direitos disponíveis ou indisponíveis passíveis de transação¹⁶⁸, que correspondem a maior parte das demandas civis que hoje estão sendo objeto de discussão perante o Poder Judiciário.

Neste contexto, resgatar a responsabilidade original pela resolução do conflito e devolvê-la às partes, além de exercício de cidadania, é também um processo pedagógico, na medida em que torna as partes conscientes de suas respectivas responsabilidades, evitando a terceirização do conflito.

167 Entende-se por método não adversarial aquele em que as partes não são colocadas em situação de antagonismo. O binômio vencedor x perdedor é substituído pelo vencedor x vencedor, onde se busca a melhor alternativa de resolução em que todas as partes envolvidas na situação problema possam ser beneficiadas e saírem “vencedoras”.

168 Lei 13.140/2015 – Lei de Mediação:

Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

§ 1º A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele.

§ 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.

4. Da conciliação e da mediação

Existem inúmeros métodos consensuais para resolução de conflitos, porém o Novo Código de Processo Civil concede especial ênfase à conciliação e à mediação, que são referidas em vários artigos.

Tanto a mediação como a conciliação são negociações assistidas, onde um terceiro, neutro e imparcial e sem função julgadora (mediador ou conciliador), intervém no conflito de forma a facilitar o diálogo e possibilitar às partes um ambiente comunicacional para a construção da solução pacificadora. A diferença entre esses dois institutos está na profundidade do enfrentamento das origens do conflito e na sua transformação.

Conforme conceito de CARLOS EDUARDO VASCONCELOS, “*mediação é método dialogal de solução ou transformação de conflitos interpessoais em que os mediandos escolhem ou aceitam terceiro(s) mediador(es), com aptidão para conduzir o processo e facilitar o diálogo.*”¹⁶⁹ A mediação não tem como foco principal a obtenção de um acordo, mas sim a transformação da relação com a desconstrução do conflito, proporcionando a construção de uma paz duradoura e que tenha reflexo para as futuras interações entre as partes. Justamente por isso faz um enfrentamento mais profundo da situação problema, suas origens e da dinâmica relacional entre as partes. É adequada

169 VASCONCELOS. Eduardo Carlos de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. 3ª Edição. Editora Método. São Paulo. 2014. p. 54.

para resolver situações onde existe relação pré-existente ao conflito ou onde está continuará.

Já a conciliação tem uma abordagem mais superficial da situação problema, pois tem como principal objeto a obtenção de um acordo. Ela explora aspectos próprios do litígio, como culpa e juízo de valores envolvidos e, portanto, não tem como objetivo abordar questões relacionais afetas as partes. É recomendada para situações onde inexistente relação prévia entre as partes ou para os casos em que ela será provavelmente extinta após o fim do conflito. O conciliador, ao contrário do mediador, pode intervir de forma mais objetiva no conflito, inclusive sugerindo formas de acordo, o que não é permitido ao mediador.

A diferenciação entre os institutos valendo-se do critério da anterioridade da relação entre as partes está expressa nos parágrafos 2º e 3º do artigo 165 do Novo Código de Processo Civil:

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.

§ 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior en-

tre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

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

Apesar das diferenças entre os dois institutos, em ambos há uma participação direta do cidadão na construção da solução pacificadora.

E esta parece ser a intenção do novo diploma processual civil. Há uma nítida proposta de extensão da função jurisdicional, que deixa de ser eminentemente heterocompositiva, para incluir também a promoção da autocomposição, ampliando a participação do cidadão no processo de pacificação social e convertendo o processo em instrumento incluído no contexto social.

5. Da ampliação da participação do cidadão na atividade jurisdicional – Princípio da democracia participativa

Para PAULO BONAVIDES democracia é “*forma de exercício da função governativa em que a vontade soberana do povo decide, direta ou indiretamente, todas as*

questões de governo, de tal sorte que o povo seja sempre o titular e o objeto, a saber, o sujeito ativo e o sujeito passivo do poder legítimo".¹⁷⁰ Democracia, portanto, necessita de intervenção do povo.

Nos dizeres de CANOTILHO, o povo nas democracias atuais concebe-se como "*grandeza pluralística*", ou seja, "*como uma pluralidade de forças culturais, sociais e políticas tais como partidos, grupos, igrejas, associações, personalidades, decisivamente influenciadoras da formação de 'opiniões', 'vontades', 'correntes' ou 'sensibilidades' políticas nos momentos preconstituintes e nos procedimentos constituintes*"¹⁷¹. Só o "*povo real*" – concebido como comunidade de sujeitos constituintes que entre si "*contratualizam*", "*pactuum*" tem poder de disposição e conformação da ordem político-social. Justamente por isso "*o princípio democrático não se compadece com uma compreensão estática de democracia*" sendo, portanto, um processo dinâmico, "*inerente de uma sociedade aberta e activa, oferecendo aos cidadãos a possibilidade de desenvolvimento integral e de liberdade de participação crítica no processo político...*"¹⁷²

170 BONAVIDES, Paulo. A Constituição aberta. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 13.

171 CANOTILHO. J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª Edição. Editora Almedina. Coimbra. Portugal. p. 76.

172 CANOTILHO. J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª Edição. Editora Almedina. Coimbra. Portugal. p. 289.

Compreender a democracia em sua concepção dinâmica implica em reconhecer a necessidade de instrumentos que possibilitem de forma eficaz a participação do cidadão na construção das decisões que impactem na sociedade, especialmente nas que atinjam diretamente à sua esfera de direitos.

Neste contexto, convidar o cidadão, no curso do processo judicial, a participar diretamente da construção da solução pacificadora do conflito em que está envolvido, é uma forma de exercício de cidadania decorrente do princípio democrático, na medida em que possibilita uma participação direta na construção da paz social.

O princípio participativo, segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA, “*caracteriza-se pela participação direta e pessoal da cidadania a formação dos atos de governo*”¹⁷³.

Segundo ADA PELLEGRINI GRINOVER o princípio participativo é um dos principais fundamentos do que a mesma chama de Justiça Conciliativa, pois há uma verdadeira participação popular na administração da justiça:

Com a manifestação da crise e comprovada insuficiência das estruturas políticas, econômicas e sociais, as instâncias de participação propuseram uma alternativa ao poder único do Estado, ou seja, ao poder exercido por poucos, ainda que em nome de todos. E acentuaram a necessidade

173 SILVA. José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 33ª Edição. Editora Malheiros. São Paulo. 2010. p.141.

de submeter a delegação das vontades a efetivos controles populares.

Nasceu, assim, o princípio participativo, cujo núcleo se desdobra em dois momentos principais: o primeiro, consistente na intervenção na hora da decisão; o segundo, atinente ao controle sobre exercício do poder.¹⁷⁴

GRINOVER ainda ressalta que o princípio participativo exerce influência na atividade jurisdicional e, conseqüentemente, na construção do direito, posto que é evidente a intervenção de não operadores do direito, numa verdadeira intervenção popular na administração da justiça.¹⁷⁵

Também encontra amparo no princípio da autonomia da vontade, na medida em que possibilita que se busque de forma autônoma e sem a intervenção do Estado a solução pacificadora. Trata-se de um reconhecimento da legitimidade e responsabilidade do cidadão, enquanto sujeito de direitos e obrigações, pela condução de sua vida e pelos resultados de seus atos.

Da mesma forma entende o professor argentino e radicado no Brasil, LUIS ALBERTO WARAT, um dos mais célebres defensores da mediação como uma cultura de paz

174 GRINOVER. Ada Pellegrini. WATANABE. Kazuo. LAGRASTA NETO. Caetano. Mediação e Gerenciamento do Processo: revolução na prestação jurisdicional. Editora Atlas. São Paulo. 2007. p. 4.

175 GRINOVER. Ada Pellegrini. WATANABE. Kazuo. LAGRASTA NETO. Caetano. Mediação e Gerenciamento do Processo. Revolução da Prestação Jurisdicional. Editora Atlas. 2008. São Paulo. p 3.

social. Para WARAT a mediação é a melhor forma de realização da autonomia, cidadania, democracia e direitos humanos, pois “*as práticas sociais de mediação configuram-se em um instrumento de exercício de cidadania, na medida em que educam, facilitam e ajudam a produzir diferenças e a realizar tomadas de decisões, sem a intervenção de terceiros...*”¹⁷⁶.

Portanto, buscar a solução consensual, colocando à disposição das partes em litígio uma estrutura material e pessoal que possibilite o diálogo e a construção de uma composição, é uma forma de ampliação da participação do cidadão no processo jurisdicional, numa verdadeira efetivação do princípio participativo democrático.

6. Da busca da solução consensual no regime do Novo Código de Processo Civil – Priorização da auto-composição como instrumento de pacificação social

Consta do preâmbulo da Constituição Federal, dentre os valores supremos da sociedade brasileira, “*a solução pacífica das controvérsias...*” bem como o desenvolvimento de uma “*sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos*”.¹⁷⁷ O processo judicial brasileiro é um meio pacífico

176 WARAT. Luis Alberto. Surfando na Pororoca: O Ofício do Mediador. Editora Fundação Boiteux. Florianópolis. 2004. p. 66.

177 Como já decidiu o STF no julgamento da ADI 2.076 (Relator Ministro Carlos Velloso. DJ 08-08-2003) os dizeres do preâmbulo não se situam no âmbito jurídico, mas no domínio político, refletindo a posição ideológica do constituinte. Justamente por isso, contém forte carga axiológica.

para resolução de controvérsias, porém, não tem conseguido atingir a pacificação pela via exclusiva da atuação jurisdicional heterocompositiva.

Como já colocado, tanto na exposição de motivos como no artigo 3º do Novo Código de Processo Civil¹⁷⁸, está claro que a busca pela solução consensual é um dos pilares da nova ordem jurídica processual.

Enquanto no Código de 1973 a busca da conciliação era apenas uma competência do juiz (art. 125, IV), no novo regime processual é um dever, não apenas do juiz, mas também dos advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, conforme parágrafo 3º do artigo 3º.

O valor paz social, tutelado constitucionalmente e fim mediato da atuação jurisdicional, passa a ser priorizado pela via do consenso, sendo a sentença o recurso residual, aplicável apenas para os casos onde a solução consensual não for alcançada ou não for possível, como ocorre nos casos onde o direito em debate não admite transação¹⁷⁹.

178 *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 juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

179 Como já esclarecido em momento anterior, nem todo litígio pode ser submetido à conciliação e à mediação. Somente os que envolvem direitos disponíveis e os indisponíveis passíveis de transação podem ser subme-

O rito do processo foi substancialmente alterado, a fim de priorizar a solução consensual. De acordo com o artigo 334 do novo código “*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*” e o prazo para contestação, nos casos em que as partes optarem pela realização da audiência, somente comerá a fluir “*da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver auto-composição;*” (art. 335, I, NCPC)

Pelo novo rito processual, antes de partir para a solução heterocompositiva (sentença), toda a estrutura do Poder Judiciário deve conceder às partes oportunidades efetivas e concretas para a construção de uma solução autocompositiva.

E o novo diploma processual vai além, posto que não basta a simples realização das audiências para atendimento do comando de priorização da busca da solução consensual. O poder Judiciário deve disponibilizar ainda toda uma estrutura material e pessoal para que haja uma efetiva oportunidade de autocomposição.

tidos à conciliação ou à mediação – Vide artigo 3º da Lei de Mediação (13.140/2015).

Logo no artigo 165¹⁸⁰ do novo código há uma determinação expressa para que os Tribunais criem centros judiciários de solução consensual de conflitos, que serão responsáveis pela realização das audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento das práticas de estímulo a autocomposição.

O Novo Código de Processo Civil trata a conciliação e a mediação como uma autêntica função estatal-jurisdicional, inclusive prevendo que serão informadas pelos princípios da independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade e informalidade, conforme artigo 166¹⁸¹. Há inclusive, previsão de aplicação de técnicas negociais e indicação de requisitos mínimos de formação do profissional conciliador e mediador

180 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.

181 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.

que serão fixados pelo CNJ, conforme §3 do artigo 166¹⁸².

Os conciliadores e mediadores foram elevados à condição de auxiliares do juízo (art. 139, V e art. 149), bem como há previsão de critérios de remuneração destes profissionais (art. 169), que poderão, inclusive, ser selecionados pela via do concurso público (art. 167, §6º) numa evidente valorização da atividade¹⁸³.

A importância dada pelo legislador à busca pela solução consensual no novo diploma processual erigiu a mesma a condição de função da atuação jurisdicional e resgata valores democráticos relevantes como a autonomia da vontade e a participação popular, inaugurando uma nova dinâmica processual de resolução de conflitos.

7. Conclusão

Diante do exposto, conclui-se que as normas contidas nos parágrafos 2º e 3º do artigo 3º do Novo Código de Processo Civil, interpretadas no contexto democrático constitucional vigente e em consonância com as demais regras criadas pelo novo código, elegem a solução consensual/autocompositiva como um dos objetivos da atuação jurisdicional.

182 No dia 24/6/2015 foi instituído pela Portaria 64 do CNJ o grupo de trabalho que fixará os parâmetros curriculares para formação de mediadores.

183 Convém relembrar que o Código de Processo Civil vigente a conciliação era uma iniciativa do juiz e não há previsão de auxílio de profissionais para essa atuação. Na prática as tentativas de conciliação eram realizadas de forma protocolar e não profissional.

Diferentemente do Código de Processo Civil vigente, que trata a solução consensual como uma possibilidade, o Novo Código trata a solução consensual como uma prioridade. A solução heterocompositiva (sentença) somente será buscada se não houver autocomposição, que deve ser priorizada, por se configurar num método mais adequado e efetivo de pacificação.

E mais do que uma forma de diminuir a sobrecarga de trabalho do Poder Judiciário e dar celeridade ao andamento dos processos, a solução consensual proporciona uma maior participação da sociedade na atuação jurisdicional.

Trata-se de uma valorização do princípio participativo democrático e do princípio da autonomia da vontade, permitindo que as partes em conflito construam o caminho para a pacificação. Ao contrário da justiça imposta pela sentença, coloca-se em primeiro plano a justiça construída pelas partes.

A busca pela solução pacificadora tem ainda uma atuação pedagógica, na medida em que, ao incentivar a autocomposição, acaba resgatando a responsabilidade original pelo conflito e ensinando as partes a resolverem seus problemas de forma autônoma e sem intervenção de terceiros.

Não se trata de um desmerecimento ou diminuição da importância da função jurisdicional heterocompositiva. Ao contrário. Ela é de tal forma essencial à democracia e à estabilidade social que deve ser resguardada apenas para casos de maior relevância, envolvendo direitos indisponí-

veis ou situações de conflito que afetem a sociedade como um todo, bem como nos casos onde a composição não for possível entre as partes. Trata-se de uma verdadeira valorização da atuação dos juizes brasileiros e reconhecimento da enorme responsabilidade que hoje sobrecarrega o Poder Judiciário.

Sem dúvida, representa novos rumos para a atuação jurisdicional e um enorme desafio não apenas para a estrutura do Poder Judiciário, mas também para todos operadores do direito, que terão que se adaptar a uma nova dinâmica processual, que prioriza a solução consensual, lembrando que todos possuem o dever de estimulá-la, nos termos do parágrafo 3º artigo 3º do Novo Código de Processo Civil, especialmente os advogados, essenciais à administração da justiça (art. 133, CF/88), conforme disposição expressa do inciso VI, do artigo 2º do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil.

Se o fim buscado pela atuação jurisdicional é a paz social, todos os operadores do direito são agentes pacificadores e deverão priorizar a busca pela solução consensual, conforme determina o novo regime processual.

Finaliza-se o presente artigo citando as belas palavras de PAULO BONAVIDES, para quem vivemos novos tempos, onde *“a ética social da contemporaneidade cultiva a pedagogia da paz. Impulsionada do mais alto sentimento de humanismo, ela manda abençoar os pacificadores.”*¹⁸⁴

184 BONAVIDES. Paulo. Curso de Direito Constitucional. Editora Malhei-

Bibliografia

AZEVEDO. André Gomma de. Fatores de efetividade de processos de resolução de disputas: uma análise sob a perspectiva construtivista. *In* Mediação de Conflitos Novo paradigma de acesso à justiça. Coordenado por Luciane Moessa de Souza. 2ª Edição. Editora Esserenel Mondo. Santa Cruz do Sul. 2015.

BACELLAR. Roberto Portugal. Sustentabilidade do Poder Judiciário e mediação na sociedade brasileira. *In* Mediação de Conflitos Novo paradigma de acesso à justiça. Coordenado por Luciane Moessa de Souza. 2ª Edição. Editora Esserenel Mondo. Santa Cruz do Sul. 2015.

BONAVIDES. Paulo. Curso de Direito Constitucional. Editora Malheiros. 22ª Edição. São Paulo. 2008.

CANOTILHO. J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª Edição. Editora Almedina. Coimbra. Portugal.

COMPARATO. Fábio Konder. Ética. Direito, moral e religião no mundo moderno. 2ª Edição. Editora Companhia das Letras. São Paulo. 2006.

FERREIRA. Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário da Língua Portuguesa. 8ª Edição. Editora Positivo. 2010.

GRECO FILHO. Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. Vol.2 21ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo. 2012.

ros. 22ª Edição. São Paulo. 2008

GRINOVER. Ada Pellegrini. WATANABE. Kazuo. LAGRASTA NETO. Caetano. Mediação e Gerenciamento do Processo. Revolução da Prestação Jurisdicional. Editora Atlas. 2008. São Paulo.

MALHADAS JR. Marcos Júlio Olivé. FIORELLI. Maria da Rosa. FIORELLI. José Osmir. Mediação e Solução de Conflitos. Teoria e Prática. 1ª Edição. Editora Atlas S/A. São Paulo. 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Processo de Conhecimento. (Curso de Processo Civil v. 2) 7ª ed. Editora RT. São Paulo. 2008.

MENDONÇA. Rafael. (Trans) Modernidade e Mediação de Conflitos. Pensamento, devires e seus laços com um método de resolução de conflitos. Editora Habitus. Florianópolis. 2006.

MORAES. Alexandre de. Direito Constitucional. 23ª edição. Editora Atlas. São Paulo. 2008.

SILVA. José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 33ª Edição. Editora Malheiros. São Paulo. 2010.

VACONCELOS. Carlos Eduardo de. Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas. 3ª Edição. Editora Método. São Paulo. 2014.

WAMBIER. Luiz Rodrigues. Curso Avançado de Processo Civil. Vol. 1. Teoria do processo e Processo de Conhecimento. 6ª Edição. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2003.

WARAT. Luis Alberto. Surfando na Pororoca: O Ofício do Mediador. Editora Fundação Boiteux. Florianópolis. 2004.