

MÉTODOS OU TRATAMENTOS ADEQUADOS DE CONFLITOS?¹

Rodrigo Mazzei

Pós-doutorado (UFES), Doutor (FADISP) e Mestre (PUC/SC) Professor da UFES (graduação e mestrado) Diretor Geral da Escola Superior da Advocacia (OAB/ES) Vice Presidente do Instituto dos Advogados do Espírito Santo (IAEES) Professor coordenador do Núcleo de Estudos em Arbitragem e Processo Internacional (NEAPI-UFES)

Bárbara Seccato Ruis Chagas

Mestranda pela Universidade Federal do Espírito Santo (PPGDIR-UFES) Membro do Núcleo de Estudos em Arbitragem e Processo Internacional (NEAPI-UFES) Diretora temática da Escola Superior da Advocacia (OAB/ES); Métodos adequados de resolução de conflitos

1 Trabalho elaborado a partir de reflexões desenvolvidas no Núcleo de Estudos em Arbitragem e Processo Internacional (NEAPI) e no Programa de Pós-graduação em Direito, ambos da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

1. Os contornos do ensaio

Preliminarmente, deve-se alertar que o presente texto há de ser visto como um ensaio, isto é, uma apresentação inicial para ponderações.

O mote da pesquisa consiste em instigar a reflexão acerca da noção prevalecente quanto às *formas de resolução do conflito* e seus respectivos *métodos*, corriqueiramente vinculados ao eixo da jurisdição estatal. A postura denunciada – ainda que de forma involuntária - acaba sendo nociva à junção de conceitos fundamentais ao tema. Mais grave ainda, impede a correta interpretação, recepção e diálogo de questões que, por vezes, são tratadas de forma isolada, como é o caso da análise do *acesso à justiça*.

Para tanto, lançamos a seguinte indagação em relação aos conflitos: deve se mirar nos métodos de resolução ou na forma que devem ser trados?

2. Abertura do debate

O Código de Processo Civil de 2015 (Lei Federal nº 13.105/2015), embora seja fruto de processo de *recodificação*² inova em relação ao diploma revogado em diversos

² *Recodificação*, ao revés da *descodificação*, implica em reconhecer a importância do código anterior, de modo que a retirada do código não se dá sem abrir mão da manutenção da organização do direito pelo meio da *codificação*. De todo modo, é importante assinalar que ao se optar pela *recodificação*, faz-se a substituição de corpo legislativo, não sendo necessário abandonar por completo os regramentos anteriores. Na verdade, a *recodificação* é compatível com a preservação disposições do texto revogado,

sentidos, tais como a consagração de princípios constitucionais como do contraditório (que se desdobra na participação, na vedação da decisão surpresa, entre outros), a maior autonomia das partes no âmbito processual (a par da previsão de negócios jurídicos processuais atípicos), a inserção de sistema de precedentes (cujas repercussões podem ser lançadas em extensão normativa e que altera o próprio exercício argumentativo dos profissionais do direito, notadamente para os advogados) e a previsão de quadro de ampla sanabilidade dos atos processuais (com objetivo de alcançar a sentença de mérito).

Sem prejuízo dos temas acima e outros de grande relevância, há questão de fundo constitucional que ganha novos contornos e novas forças com CC/15, cuja análise é

ainda que estas, na sua interpretação e aplicação, possam levar a um novo sentido ou resultado. Isso porque mesmo os dispositivos que são repetidos são atingidos pelas mudanças de bússolas entre os códigos. Destaque-se ainda que na *recodificação* o processo legislativo é, naturalmente, marcado pela incorporação no novo texto de outras fontes que não compunham a codificação revogada, mas que já eram usadas em diálogo para crítica e/ou melhor interpretação daquela, destacando-se, no sentido, os dispositivos de leis especiais ou extravagantes (que passam a ser gerais) e ainda o prestígio as posições jurisprudencial e doutrinária marcadas por bússola evolutiva, notadamente quando há outra matriz de interpretação. No Brasil, a recodificação tem sido notabilizada pela alteração do paradigma constitucional, em razão do novo código estar sob a égide de Carta diferente da que existia no momento em que promulgado o código revogado. No sentido, basta observar o CPC/73 (em substituição ao CPC/39) e o CC/02 (em permuta ao CC/16). Tratando do processo de *recodificação* (ainda que com olhos para o CC/02), com análise mais ampla e nuances, confira-se: MAZZEI, Rodrigo. Notas iniciais à leitura do novo código civil. In: Arruda Alvim; Thereza Alvim. (Org.). Comentários ao Código Civil Brasileiro, parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. LXVII-LXIX.

capital ao presente ensaio. Referimo-nos, como já anunciado brevemente, no acesso à justiça, ou, como preferimos nomear, o *tratamento de conflitos*. Explica-se:

A Constituição Federal traz em seu preâmbulo os elementos que designam os nortes interpretativos do texto constitucional. No texto de 1988, consta como compromisso da sociedade brasileira, na ordem interna e internacional, a solução pacífica das controvérsias³. Após esta introdução, no artigo 5º, inciso XXXV, tem-se o denominado *princípio do acesso à justiça*, ou seja, a garantia de que todos os cidadãos devem ter o direito de dispor de meios de tratar suas controvérsias. Neste íterim, deve-se notar que o mesmo dispositivo constitucional também é utilizado como fundamento do princípio denominado inafastabilidade do Judiciário. Tal contexto faz com que as noções de acesso à justiça e da inafastabilidade do Poder Judiciário sejam examinadas como um dueto indissolúvel, como irmãos siameses, situação que se afigura como falsa.

Com efeito, não se trata de mero acaso, pois, historicamente, atribui-se ao Poder Judiciário o ⁴monopólio da – que

3 “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma *sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias*, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.” (destacamos).

4 No sentido, com visão ampla do problema e fechando a análise na atua-

se convencionou denominar – justiça. Assim, construiu-se a cultura de que “solucionar conflitos” e acessar o Judiciário fossem sinônimos entre si, e estes fossem equivalentes a obter justiça. Contudo, a estruturação do processo jurisdicional numa lógica combativa não só foi incapaz de tratar os conflitos apresentados pela sociedade⁵, como também contribuiu para ampliar a litigiosidade do ordenamento pátrio.

Nesse contexto, a partir da década de 1990, outros mecanismos surgem no debate jurídico como forma de cumprir a função do direito de pacificação social. Em 1995, a Lei Federal nº 9.099 traz a figura dos juizados especiais e, neles, a determinação para realizar audiências de conciliação. Posteriormente, em 1996, a Lei Federal nº 9.307 consolida a arbitragem como via jurisdicional privada no direito brasileiro, sobretudo após o Supremo Tribunal Federal (STF) reconhecer a constitucionalidade da legislação, em 2001⁶.

Avançando-se para a virada da primeira década do segundo milênio, a Resolução nº 125/10 do Conselho Na-

ção dos profissionais do direito, confira-se: MAZZEI, Rodrigo. Breve Olhar Sobre os Temas de Processo Civil a Partir das Linhas Mestras de René Girard. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: 2013, v. 21, n. 83 jul/set, p. 13-26.

5 “O modelo tradicional oferecido pelo Judiciário para resolver conflitos é insuficiente diante da complexidade dos conflitos e das inúmeras expectativas das partes. A resposta ao acesso à Justiça é de ser plural, sobretudo resultando da combinação de várias soluções integráveis entre si”. SILVA, Érica Barbosa. *Conciliação Judicial*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 38.

6 Processo de Homologação de Sentença Estrangeira SE 5.206-Espanha (AgRg), Relator Ministro Sepúlveda Pertence, 12.12.2001.

cional de Justiça instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos de interesse. Após, em 2015 três leis mereceram destaque – a Lei Federal nº 13.129, que atualizou a Lei de Arbitragem; a Lei Federal nº 13.104, popularmente conhecida como Lei de Mediação; e a Lei Federal nº 13.105, o novo Código de Processo Civil.

Nota-se, pois, considerável ampliação da visibilidade do tratamento de conflitos desde a promulgação da Constituição de 1988, sobretudo nesta década. Contudo, apesar da riqueza e diversidade normativa apresentada, o debate sobre o tema ainda precisa ser aprofundado, sobretudo para que essas ferramentas não sejam contaminadas pela lógica belicosa do processo civil até então. Nesse sentido, alguns termos e conceitos básicos precisam ser delineados.

3. Nomenclatura, conceitos e classificações

3.1 Métodos: alternativos, consensuais, extrajudiciais, adequados...

Quando se fala em lidar com conflitos de maneira diversa do processo jurisdicional litigioso, a nomenclatura surge como uma questão importante. Na doutrina, a variedade de termos apresenta-se riquíssima: desde o mais conhecido dos nomes – métodos alternativos de resolução de conflitos – até outros menos convencionais, como substitutos jurisdicionais, mecanismos consensuais de solução de controvérsias, mecanismos extrajudiciais, etc. Cabe, por-

tanto, uma breve análise sobre os termos mais comumente usados, a fim de buscar um maior rigor linguístico.

Primeiramente, o termo métodos alternativos de resolução de conflitos ganhou forças por ser justamente uma tradução do inglês *alternative dispute resolution*, que assume a sigla *ADR*. Conforme definição do *New York State Unified Court System*, a expressão “refere-se a uma variedade de processos destinados a auxiliar as partes a resolverem disputas sem um julgamento” e “incluem mediação, arbitragem, avaliação de terceiro neutro e práticas colaborativas”⁷.

Apesar de a definição do termo atender ao tema que se busca estudar, a tradução literal para *alternativos* não se mostrou suficiente para o direito brasileiro. No Brasil, a ideia de alternativas constrói-se a partir da noção de uma via principal – no caso, o processo civil do Judiciário seria esta, enquanto a arbitragem, a mediação, a negociação e tantos outros instrumentos seriam vias secundárias. Logo, a expressão adquiriu uma conotação negativa, pois permite a interpretação de que tais mecanismos sejam segundas opções, ou seja, inferiores à via litigiosa jurisdicional.

Diante dessa reflexão, outros termos surgiram – dois comumente encontrados na doutrina são *métodos extrajudiciais* ou *consensuais de resolução de conflitos*.

7 “Alternative dispute resolution (ADR) refers to a variety of processes that help parties resolve disputes without a trial. Typical ADR processes include mediation, arbitration, neutral evaluation, and collaborative law”. Disponível em <https://www.nycourts.gov/ip/adr/What_Is_ADR.shtml>, acesso em 10.01.2017.

“Extrajudicial”, considerando a origem do prefixo latino *extra*, representa aquilo que está em posição exterior ao Judiciário. A insuficiência do termo tornou-se mais evidente com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015 e a Lei de Mediação: ambas as leis expressamente preveem a realização de sessões de mediação e/ou conciliação no curso do processo judicial⁸, além de determinar também requisitos para credenciamento de conciliadores e mediadores *judiciais*⁹. Em acréscimo, a Resolução nº 125/2010 do CNJ prevê o emprego da conciliação e mediação justamente como políticas *judiciárias*. Portanto, o termo métodos extrajudiciais de solução de controvérsias não atende ao objeto que ora se estuda, tendo em vista que estes não são excludentes em relação ao Judiciário, podendo ocorrer tanto dentro, quanto fora do Poder estatal.¹⁰

8 A mediação judicial encontra-se disciplinada pelo artigo 24 e seguintes da Lei Federal nº 13.140/2015 e pelo artigo 334 da Lei Federal nº 13.105/2015.

9 A atuação, os requisitos para formação e credenciamento dos conciliadores e mediadores judiciais encontram-se nos artigos 11 a 13 da Lei Federal nº 13.140/2015 e no artigo 165 e seguintes da Lei Federal nº 13.105/2015.

10 Note-se, no sentido, o resultado da I Jornada de “Prevenção e *Solução Extrajudicial* de Litígios” (destacamos), realizada nos dias 22 e 23 de agosto de 2016 pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Com efeito, apesar de o encontro estar vinculado - ao menos no seu título - à solução extrajudicial, temas que envolvem questões já postas ao Poder Judiciário foram alvo de exame, consoante pode se extrair de alguns enunciados, confirmam-se alguns exemplos: Enunciado nº 16: “O magistrado pode, a qualquer momento do processo judicial, convidar as partes para tentativa de composição da lide pela mediação extrajudicial, quando entender que o conflito será adequadamente solucionado por essa forma”; Enunciado nº 21 “É facultado ao magistrado, em colaboração com as partes, suspender o processo judicial enquanto é realizada a mediação,

Métodos “consensuais”, a seu turno, também não representa um erro propriamente dito, mas sim uma insuficiência para abranger o que se pretende analisar. No Brasil, atualmente, ao se tratar de soluções de conflitos, mencionam-se três mecanismos principais: a mediação, a conciliação e a arbitragem¹¹. Na mediação e na conciliação, como será melhor detalhado em tópico posterior deste ensaio, há um terceiro facilitador – mediador ou conciliador -, mas a decisão final dá-se pelas próprias partes; na arbitragem, de outro giro, existe a figura do árbitro, ou tribunal arbitral, que decidirá a causa definitivamente, de maneira adjudicada. Portanto, utilizar o termo *consensual* (ou *consesuais*, em seu plural) seria designar como alvo de estudo apenas mediação e conciliação, e excluir o método da arbitragem, que não é a intenção do ensaio.

conforme o art. 313, II, do Código de Processo Civil, salvo se houver previsão contratual de cláusula de mediação com termo ou condição, situação em que o processo deverá permanecer suspenso pelo prazo previamente acordado ou até o implemento da condição, nos termos do art. 23 da Lei n.13.140/2015”; Enunciado nº 39: “A previsão de suspensão do processo para que as partes se submetam à mediação extrajudicial deverá atender ao disposto no § 2º do art. 334 da Lei Processual, podendo o prazo ser prorrogado no caso de consenso das partes”. A análise da exemplificação acima apresentada, pois, evidencia que a solução extrajudicial de controvérsias demonstra-se inadequada, ou, no mínimo, insuficiente, pois deságua em questões concernentes a litígios já postos ao Poder Judiciário.

11 Inegavelmente, há uma variedade ampla de outras ferramentas disponíveis, tanto para estudo quanto para prática, também tomando lugar no direito brasileiro, tais como as teorias de negociação, avaliação de terceiro neutro, *ombudsman*, práticas colaborativas, etc. Contudo, por uma questão de corte e praticidade metodológicos, identificaram-se, neste parágrafo, os mecanismos expressamente mencionados pelas leis brasileiras.

A partir dessas reflexões e refinamentos linguísticos, propõe-se uma outra nomenclatura: tratamento adequado de conflitos.

3.2 Tratamento adequado de conflitos

No tópico anterior, refletiu-se sobre o vocábulo que acompanha o termo “métodos” ou “mecanismos” e pôde-se concluir pela impropriedade ou insuficiência de “consensuais”, “extrajudiciais” e “alternativos”. Não obstante, apresenta-se, ainda, um terceiro elemento, após essas expressões – *solução* ou *resolução* de conflitos – igualmente merecedor de atenção.

A ideia de solucionar ou resolver conflitos vincula-se à função do direito de pacificador social. Todavia, a paz social não deve, nem pode ser confundida como ausência de conflitos: conforme destaca Jean-Marie Muller, *o homem é essencialmente um ser relacional* e, por isso, *o conflito é elemento estrutural de toda vida social*¹². Desta forma, o direito deve buscar não o fim dos conflitos, mas sim extrair o que há de positivo em tais confrontos que, na verdade, representam enorme relevância para movimentar – no sentido mesmo de retirar da inércia – a sociedade¹³.

12 O Princípio da Não-violência. São Paulo: Palas Athena, 2007, pp. 18-20.

13 “Assim como o universo precisa de “amor e ódio”, isto é, de forças de atração e de forças de repulsão, para que tenha uma forma qualquer, assim também a sociedade, para alcançar uma determinada configuração, precisa de quantidades proporcionais de harmonia e desarmonia, de associação e competição, de tendências favoráveis e desfavoráveis. Mas essas

Portanto, não se busca resolver ou solucionar o conflito, no sentido de extingui-lo, mas sim tratá-lo, para dele obter o seu máximo de positivo para a sociedade¹⁴.

Ademais, a expressão *tratamento adequado* viabiliza outra percepção: os diversos mecanismos existentes – negociação, conciliação, mediação, arbitragem – apresentam nuances e peculiaridades e, por isso, são mais, ou menos, recomendados a determinados conflitos. Afinal, como destacado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, “existem muitas características que podem distinguir um litígio de outro (...) conforme o caso, diferentes barreiras ao acesso podem ser mais evidentes, e diferentes soluções, eficientes” e, por isso, defendem a necessidade de “correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio”¹⁵.

discordâncias não são absolutamente meras deficiências sociológicas, ou exemplos negativos. Sociedades definidas, verdadeiras, não resultam apenas das forças sociais positivas e apenas na medida em que aqueles fatores negativos não atrapalhem. Esta concepção comum é bem superficial: a sociedade, tal como a conhecemos, é o resultado de ambas as categorias de interação, que se manifestam desse modo como inteiramente positivas”. SIMMEL, Georg. Sociologia. Evaristo de Moraes Filho (org); tradução de Carlos Alberto Pavanelli... et al. São Paulo: Ática: 1983, p. 124.

14 “Em uma perspectiva interdisciplinar, tem-se que o conflito é salutar para o crescimento e o desenvolvimento da personalidade por gerar vivências e experiências valiosas para o indivíduo em seu ciclo de vida. Revela-se importante a noção de “transformação do conflito”: sendo o conflito constituído pela percepção da relação vivida, alterar o modo de visualizar os fatos reputados controvertidos pode gerar uma mudança de comportamento e, com isso, repercutir no andamento da controvérsia, transformando-a em uma nova experiência”. TARTUCE, Fernando. Mediação nos conflitos civis. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 14-15.

15 *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto

Por exemplo, como evidenciado pelo próprio legislador pátrio nos parágrafos 2º e 3º do artigo 165 do CPC/15¹⁶, recomenda-se a conciliação para situações em que não há relação prévia entre as partes, enquanto a mediação se propõe para as hipóteses em que se verifica relação anterior.

Não se trata de recomendação arbitrária, mas sim consciente dos propósitos e procedimentos desses mecanismos: a conciliação tem um terceiro imparcial mais incisivo, que pode sugerir propostas e tem como objetivo chegar a um acordo; a mediação, por outro lado, tem no mediador a figura de um facilitador cujo objetivo consiste em restabelecer o diálogo, sendo o acordo uma meta secundária. Para considerar também a arbitragem, esta tem como principais características a excelência técnica – pela possibilidade de escolha de *experts* como árbitros – e a celeridade, ainda que, como contrapartida, apresente um custo mais elevado;

Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 26.

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

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

logo, mais indicada para aqueles litígios que demandem rapidez e conhecimento específico em determinada área.

A distinção das diversas ferramentas disponíveis para lidar com os conflitos apresenta-se relevante didaticamente, para não apenas se compreender cada uma delas, mas também aprofundar e aprimorar os conhecimentos. Todavia, em que pese essa relevância da classificação, os diversos métodos podem também ser conjugados e aplicados a uma mesma contenda: é o que se observa, a título exemplificativo, nas cláusulas escalonadas, muito comuns no formato med-arb, ou seja, em que as partes estipulam como primeiro passo, diante de um conflito, a tentativa de mediação e, caso não resulte em acordo, só então será tentada a arbitragem¹⁷.

As conjugações mostram-se, muitas vezes, benéficas, pois pode explorar as melhores qualidades de cada um dos métodos - no exemplo citado, a mediação, por mais que não resulte em acordo, pode melhorar enormemente o diálogo das partes que, apesar de necessitarem, posteriormente, de uma arbitragem, poderão utilizar o procedimento arbitram de maneira muito mais otimizada, tendo em vista que instaurado um ambiente de cooperação efetiva.

Nesse contexto, portanto, insere-se a expressão *tratamento adequado de conflitos*. Além de contemplar os diversos mecanismos – arbitragem, mediação, conciliação, negociação – considerando suas peculiaridades, não incor-

17 Sobre o tema, CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 34.

re no equívoco de tentar extirpar o conflito, e também permite visualizar a conjugação dessas ferramentas.

3.3 Hetero e autocomposição

Os métodos de tratamento adequado de conflitos podem ser classificados em heterocompositivos e autocompositivos. Heterocomposição, como o prefixo *hetero*, “outro”, sugere, ocorre quando há o envolvimento de um terceiro, estranho e imparcial às partes, para decidir a causa. Na autocomposição, por sua vez, como a nomenclatura também indica – *auto*, “mesmo” -, são as próprias partes que decidirão a causa.¹⁸

Utilizando os mecanismos mencionados no presente ensaio para aplicar a classificação ora apresentada, temos como heterocomposição a arbitragem¹⁹, enquanto negociação, conciliação e mediação são autocompositivas²⁰. Nes-

18 Sobre a mediação e conciliação CPC/15, entre vários, confira-se: MAZZEI, Rodrigo; MERÇON-VARGAS, Sarah. Comentários aos artigos 165-175. In Novo Código de Processo Civil anotado e comoparado. Simone Diogo Carvalho Figueiredo (coord.). São Paulo: Saraiva, 2015, p. 203-215.

19 Situação que gera a possibilidade, inclusive, de diálogo entre a arbitragem e os negócios jurídicos processuais. No sentido: MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Barbara. Os negócios jurídicos processuais e a arbitragem. In: Antonio do Passo Cabral; Pedro Henrique Nogueira. (Org.). *Negócios processuais*. 1ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 521-539.

20 Há, inclusive, no CPC de 2015, alguma confusão consoante pode se verificar do art. 359, que trata a arbitragem como uma espécie de *autocomposição* (art. 357- Instalada a audiência, o juiz tentará conciliar as partes, independentemente do emprego anterior de outros métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação e a arbitragem). No sentido, com crítica a redação legal, confira-se: MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago

te ínterim, fundamental notar que não é simplesmente a presença de um terceiro o que determina a classificação do método, mas sim a forma de sua atuação: à exceção da negociação, em que as partes dialogam diretamente, auxiliadas, ou não, por seus respectivos advogados, mediação, conciliação e arbitragem apresentam todas a figura de um terceiro – o mediador, o conciliador ou o árbitro.

Contudo, a forma de atuação deste terceiro apresenta-se distinta em cada um dos procedimentos. O mediador representa apenas um facilitador do diálogo – a partir de técnicas como escuta ativa, paráfrases, rephraseamento, delimitação de tempo e regras de fala, executará a função de restabelecer a comunicação entre as partes, sem decidir ou opinar sobre o conflito propriamente dito. Logo, na mediação, há autocomposição pois, quanto à decisão, prevalece a vontade própria das partes.

O conciliador, por seu turno, pode-se valer também de técnicas próprias para buscar a comunicação das partes, mas, como busca primordialmente o acordo, terá liberdade para apresentar propostas e alternativas para a realização de um acordo. Não obstante, a decisão sobre realizar, ou não, o acordo, bem como a definição de seus termos, ou seja, o resultado da conciliação também é definido propriamente pelas partes, caracterizando-se, portanto, como ferramenta autocompositiva.

Figueiredo. In *Código de Processo Civil Comentado*. Helder Moroni Câmara (coord). São Paulo: Almedina, 2016, p. 537.

O árbitro, em contrapartida, utilizando as palavras do legislador pátrio, *é juiz de fato e de direito*²¹. Desta forma, o juiz arbitral é eleito pelas partes, porém, a partir dessa eleição, assume a função de presidir o procedimento e proferir o julgamento do litígio, de maneira adjudicada. Assim, como a decisão não é tomada pelas partes, mas sim imposta por um *outro*, o árbitro, tem-se a heterocomposição.

Estabelecidos os conceitos e as nomenclaturas basilares de estudo, cabe analisar como o CPC/15 pode contribuir para o desenvolvimento de uma nova cultura jurídica.

4. Uma nova cultura²²: a relevância da audiência do Art. 334 Do CPC/15

4.1 As normas fundamentais de processo civil e os novos contornos do acesso à justiça

Dentre as inovações apresentadas no novo Código de Processo Civil, a primeira, por ordem topográfica, consiste na inauguração do diploma por uma Parte Geral, com um capítulo destinado às normas fundamentais do processo civil. Apesar de algumas críticas quanto à inserção

21 Art. 18 da Lei Federal nº 9.307/96.

22 Ao e falar em nova cultura não se pode distanciar da postura dos atores processuais, entre os quais estão os advogados, os juízes, o Ministério Público e os auxiliares do juízo. Com visão ampla, confira-se: MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis Chagas. Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais em relação aos métodos adequados de resolução de conflitos. *Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, ano 24 – n. 95 – julho/setembro, pp. 245-267.

de princípios constitucionais na legislação processual, os doze primeiros artigos do CPC/15 cumprem o papel de integrar o processo civil à ordem constitucional, concretizando-a, e também ilumina os demais ramos processuais. Nesse contexto, acerca do tema estudado, merece destaque o artigo 3º, *in verbis*:

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

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

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

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

Como se pode notar, há uma alusão ao inciso XXXV, do artigo 5º da Constituição Federal, segundo o qual *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*. Conforme mencionado previamente, esse dispositivo constitucional vincula-se a dois pilares do processo e do Estado de Direito: o acesso à Justiça e a inafastabilidade do Judiciário.

Neste ínterim, deve-se destacar uma análise topológica mais detida do artigo 3º. A leitura da cabeça de um artigo e de seus respectivos parágrafos deve ser feita de tal maneira que o *caput* oriente o restante do texto, para que o artigo, como um todo, seja coerente e coeso. Assim,

o *caput* apresenta a perspectiva do acesso à justiça e os três parágrafos funcionam como verdadeiros desmembramentos deste princípio.

Primeiramente, ao mencionar, no *caput* do artigo 3º, apreciação *jurisdicional*, e não “do Poder Judiciário”, e com o reforço do § 1º, o CPC/15 consolida o entendimento já manifestado pela doutrina e pelos tribunais superiores de que a arbitragem também é jurisdição. Em segundo lugar, cumprindo a orientação do preâmbulo constitucional, o § 2º destaca que o Estado deve realizar sua função de promotor da paz e da justiça não apenas pela via judicial, muito menos restringir a via judicial a um método combativo e violento²³.

Finalmente, no § 3º, resta evidente que a função de promover a paz deve ser dos mais variados agentes, e nos mais variados espaços – é o que se lê pela interpretação inversa da expressão “inclusive no curso do processo judicial”. Ou seja, os mecanismos de tratamento de conflitos devem ser estimulados o mais amplamente possível e, caso ainda assim a controvérsia chegue ao Judiciário, este também não deve se apresentar como um campo de batalha, excessivamente belicoso, mas sim como mais um espaço em que se deve buscar a pacificação.

23 Refletindo sobre o tema, Carlos Eduardo Vasconcelos: “as atuais inovações do CPC resgatam, portanto, uma dívida histórica do direito processual civil para com a Constituição da República. A supervalorização de processos de ganha-perde, com ênfase para as particularidades formais, hipertrofiava os mecanismos adjudicatórios e aviltava as possibilidades dos métodos autocompositivos”. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. 4ª Ed. São Paulo: Editora Método, 2015, p. 86.

Destarte, notam-se algumas lições essenciais:

- (1) não há jurisdição apenas no âmbito do processo do Judiciário, mas também no processo arbitral;
- (2) o Estado, que tem por função de buscar a paz e a justiça, não deve promovê-las apenas no processo jurisdicional, mas também por outros meios²⁴; e
- (3) o estímulo ao tratamento consensual das controvérsias deve ocorrer pelos mais diversos atores e nos mais diversos ambientes, dentro ou fora do processo judicial.

Portanto, a redação do artigo 3º do CPC/15 não busca simplesmente reproduzir o princípio constitucional do acesso à Justiça²⁵. Na verdade, considerando o momento histórico e democrático em que o Código se insere, o dispositivo cumpre o papel de evidenciar os novos contornos que o acesso à justiça – ou acesso à paz – assume e deve

24 Sobre o tema, Fernanda Tartuce: “É fato que o processo, sozinho, jamais será instrumento suficiente para dar cabo de todos os conflitos sociais. Assim, cresce a consciência de que, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante considerar se a pacificação decorreu de atividade do Estado ou por outros meios eficientes”. *Mediação nos conflitos civis*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 69.

25 “Os §§ 2º e 3º consubstanciam o cerne da mudança de paradigma do processo civil brasileiro. Os métodos consensuais saíram daquela situação subalterna, aviltada, intuitiva, estigmatizada, como eram praticados sob o paradigma formalista do CPC anterior, para a condição de instrumentos do princípio da promoção da paz, ou da pacificação, tal como lhes reservara, implicitamente, a Constituição Federal de 1988”. VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. 4ª Ed. São Paulo: Editora Método, 2015, p. 87.

assumir no ordenamento jurídico pátrio²⁶. Exerce, pois, não só uma função pedagógica, de discriminar os desdobramentos do acesso à justiça, mas também um mote programático, no sentido de apresentar como meta ao Estado e aos atores processuais a promoção de um tratamento adequado de conflitos²⁷.

Nesta toada da função pedagógica do CPC/15, outro tema ganha especial relevo para o desenvolvimento de uma cultura de tratamento adequado de conflitos – a audiência de mediação ou conciliação, prevista no artigo 334.

26 “Percebe-se, assim, a necessidade de uma nova mentalidade. Ao se defrontar com uma controvérsia, devem o jurisdicionado, o gestor do sistema de justiça e o operador do Direito considerar, em termos amplos, qual é a melhor forma de tratá-lo, cotejando não apenas as medidas judiciais cabíveis, mas concebendo também outros meios disponíveis para abordar a controvérsia, especialmente ante a possibilidade de superar resistências e obter algum tipo de consenso entre os envolvidos no conflito (ainda que sobre parte da controvérsia)”. TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 128.

27 Segundo Mauro Cappelletti e Bryant Garth, o acesso à justiça apresenta-se como pedra de toque da processualística: “Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas. O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estado pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica”. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 5.

4.2 A audiência “obrigatória” de mediação ou conciliação do artigo 334

O *caput* do artigo 334 do CPC/15 dispõe o seguinte:

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

Nota-se, desde logo, a relevância dada ao tratamento de conflitos pelo legislador: a primeira audiência a ser realizada no procedimento comum é justamente de mediação ou conciliação. Deve-se, no entanto, antecipar uma observação para evitar confusões, qual seja, ao mencionar “conciliação ou mediação”, de modo algum deve-se pensar que são sinônimos²⁸. Como visto anteriormente, cada um dos métodos apresenta peculiaridades e nuances próprias e, por isso, são mais ou menos adequadas para determinados conflitos, de modo que caberá ao juiz, ao designar o agendamento da audiência, definir também se considera pertinente a realização de mediação ou conciliação, a considerar as características do litígio.

Desde a promulgação da Lei Federal nº 13.105/2015, essa audiência do artigo 334 ganhou a alcunha de audiência

28 No sentido, confira-se: MAZZEI, Rodrigo; MERÇON-VARGAS, Sarah. Comentários aos artigos 165-175. In Novo Código de Processo Civil anotado e comparado. Simone Diogo Carvalho Figueiredo (coord.). São Paulo: Saraiva, 2015, p. 203-215.

obrigatória de conciliação ou mediação. A alegada obrigatoriedade fundamenta-se nas hipóteses bastante restritas para sua não-realização, quais sejam, (a) se ambas as partes manifestarem desinteresse ou (b) quando não se admitir autocomposição²⁹. Ainda, esta suposta obrigatoriedade sofreu críticas doutrinárias, porque feriria um dos princípios basilares da mediação e da conciliação, o princípio da autonomia da vontade.

Quanto à “obrigatoriedade”, não há dúvidas de que a adjetivação merece aspas, uma vez que o § 4º do artigo 334 prevê expressamente quando não será realizada. Quanto a obrigar uma das partes a participar da audiência e o princípio da autonomia da vontade, deve-se realizar reflexão mais detida.

Em primeiro lugar, a “*obrigação*” (= *dever processual*) é de comparecer à audiência e, com isso, conhecer a mediação ou a conciliação. Por outro giro, não se exige de nenhuma das partes que prossiga com a conciliação ou mediação, tampouco ficam obrigadas a chegar ao fim do processo por meio de um desses métodos. Logo, a autono-

29 A definição de direitos que admitam autocomposição ainda não é pacífica no direito brasileiro. Há certa confusão entre a expressão e os termos direitos disponíveis e direitos indisponíveis. A título exemplificativo, o direito do trabalho representa um ramo cujos direitos têm por característica a indisponibilidade, contudo as conciliações – logo, autocomposições – são estimuladas e reconhecidas pela Justiça do Trabalho. Portanto, há direitos indisponíveis que admitem autocomposição. No entanto, quais direitos indisponíveis admitem, ou não, autocomposição ainda não se pode delimitar com rigor, merecendo estudo mais atento da doutrina e jurisprudência.

mia das partes está preservada, pois, uma vez presentes na audiência, podem livremente manifestar desinteresse em prosseguir e, com isso, retornarão ao procedimento jurisdicional heterocompositivo.

Não obstante, o dever de comparecer à audiência é, verdadeiramente, crucial para o desenvolvimento de uma nova cultura. Isso, porque, para acionar o Judiciário, à exceção dos juizados especiais, as partes precisam estar acompanhadas por seus respectivos advogados ou defensores públicos. Em tese, e pela disposição do artigo 3º do CPC/15, cabe aos patronos orientar as partes que representam sobre a existência, utilidade, ou não, viabilidade, ou não, dos diversos mecanismos de tratamento de conflitos para que, a partir desse conhecimento, os próprios jurisdicionados possam eleger qual instrumento desejam utilizar³⁰. Na prática, porém, grande parte dos operadores do direito sequer teve contato com mediação, conciliação ou arbitragem – seja durante, seja depois da faculdade³¹.

30 “(...) devem os administradores da justiça atuar para disseminar informações aos operadores do Direito e às partes sobre a variada gama de métodos de composição de conflitos. Só munidos dos dados relevantes e pertinentes sobre seu viés é que os envolvidos em disputas poderão, cientes das várias possibilidades, optar com liberdade e legítima motivação por uma das formas de abordar controvérsias”. TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 73.

31 A respeito da cultura jurídica “da sentença”, ou seja, da litigiosidade combativa, WATANABE, Kazuo. *Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação*. In.: *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover / coordenação: Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes*. 1ª Ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005. Pp. 684 – 690.

Desta forma, como o atual contexto ainda é caracterizado pela falta de conhecimento – tanto de cidadãos leigos, quanto de atores jurídicos – sobre a existência, os conceitos e os procedimentos dos métodos de tratamento de conflitos, a audiência do artigo 334 cumpre uma função pedagógica. Comparecendo diante de um mediador ou conciliador judicial devidamente capacitado, tanto as partes quanto os respectivos patronos serão apresentados às técnicas e, aos poucos, despertar-se-á a curiosidade para o estudo e para a prática desses procedimentos. É dizer, justamente porque a regra prevista no artigo 3º apresenta função programática, a “obrigatoriedade” do artigo 334 apresenta-se como essencial.

No entanto, esta função demanda, também, uma grande responsabilidade por parte do Poder Judiciário: como a audiência do artigo 334 será o primeiro contato de inúmeros jurisdicionados e advogados – públicos ou privados – com os métodos, fundamental que a experiência seja bem executada, com pessoal capacitado, ambiente, prazo e infraestrutura adequados. Caso contrário, corre-se o risco de corromper as técnicas e traumatizar os cidadãos, e, em vez de desenvolver uma cultura em favor dos métodos, criar uma aversão³².

Portanto, imprescindível que todos os atores envolvidos busquem conhecer e se atualizar sobre o tema,

32 Nesse sentido, Érica Barbosa e Silva: “(...) vale frisar que os meios consensuais não podem solucionar a crise do Judiciário, mas a utilização incorreta dos institutos certamente pode agravá-la”. Conciliação Judicial. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 177.

para, juntos, zelarem pela melhor execução possível dos métodos de tratamento de conflitos – judicial ou extrajudicialmente³³.

5. Fechamento

Como anunciado, trata-se de ensaio inicial sobre temática que, certamente, será analisada de forma mais profunda em outros trabalhos. Aqui, de forma embrionária, foram colocados os pontos que entendemos como fulcrais para a discussão.

O objetivo foi de promover exposição panorâmica, para que se possa indagar se, de fato, a noção de acesso à justiça está vinculada apenas à inafastabilidade do Poder Judiciário diante dos conflitos (e em que medida), ou se se trata de disposição constitucional que demanda o tratamento adequado dos conflitos.

Referências

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

33 Sobre os novos papéis a serem desempenhados diante das controvérsias MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis Chagas. Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais em relação aos métodos adequados de resolução de conflitos. *Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, ano 24 – n. 95 – julho/setembro, pp. 245-267.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MAZZEI, Rodrigo. Breve Olhar Sobre os Temas de Processo Civil a Partir das Linhas Mestras de René Girard. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: 2013, v. 21, n. 83 jul/set, p. 13-26.

_____. Notas iniciais à leitura do novo código civil. In: Arruda Alvim; Thereza Alvim. (Org.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro, parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. LXVII-LXIX.

MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis Chagas. Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais em relação aos métodos adequados de resolução de conflitos. *Revista Brasileira de Direito Processual - RB-DPro*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, ano 24 – n. 95 – julho/setembro, pp. 245-267.

_____. Os negócios jurídicos processuais e a arbitragem. In: Antonio do Passo Cabral; Pedro Henrique Nogueira. (Org.). *Negócios processuais*. 1 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. , p. 521-539.

MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. In *Código de Processo Civil Comentado*. Lenio Luiz Streck, Leonardo Carneiro da Cunha e Dierle Nunes (org). São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. In *Código de Processo Civil Comentado*. Helder Moroni Câmara (coord). São Paulo: Almedina, 2016.

MAZZEI, Rodrigo; MERÇON-VARGAS, Sarah. In Novo Código de Processo Civil anotado e comparado. Simone Diogo Carvalho Figueiredo (coord.). São Paulo: Saraiva, 2015.

MULLER, Jean-Marie. *O Princípio da Não-violência*. São Paulo: Palas Athena, 2007.

SILVA, Érica Barbosa e. *Conciliação Judicial*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

SIMMEL, Georg. *Sociologia*. Evaristo de Moraes Filho (org); tradução de Carlos Alberto Pavanelli... et al. São Paulo: Ática: 1983.

SYSTEM, New York State Unified Court. *Alternative dispute resolution*. Disponível em <https://www.nycourts.gov/ip/adr/What_Is_ADR.shtml>, acesso em 10.01.2017.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. 4ª Ed. São Paulo: Editora Método, 2015.

WATANABE, Kazuo. *Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação*. In.: Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover / coordenação: Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. 1ª Ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005. Pp. 684 – 690.