

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

**PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA –
PROPPEC**

CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA –
PPCJ**

CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**OS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NUMA PERSPECTIVA CONSENSUAL**

Edson Lemos

Itajaí-SC

2013

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

**PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA –
PROPPEC**

CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA –
PPCJ**

CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**OS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NUMA PERSPECTIVA CONSENSUAL**

Edson Lemos

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Pedro Manoel Abreu

Itajaí-SC

2013

AGRADECIMENTO

Agradeço em primeiro lugar ao Senhor Deus, que pelo espírito de Jesus Cristo está presente em todos os momentos de minha caminhada, sempre me fortalecendo à seguir em frente, mesmo diante dos obstáculos.

À magistrada Dra. Bruna Canella Becker Búrigo, pela paciência em me conceder algumas licenças e prêmios que tornaram possível a conclusão desta Dissertação.

Aos amigos e colegas, pelo incentivo e pelo apoio constantes.

Ao professor Pedro Manoel Abreu pela paciência na orientação que tornou possível a conclusão desta Dissertação.

DEDICATÓRIA

À minha família, em especial à minha esposa que, com muito carinho e apoio não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa da minha vida.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador, de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, 12 de dezembro de 2013.

Edson Lemos

Mestrando(a)

PÁGINA DE APROVAÇÃO

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ampl. – ampliado

art. – artigo

arts. – artigos

atual. – atualizado

CCAF - Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal

cf. – conforme

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

Coord. – Coordenador/Coordenação

CPC – Código de Processo Civil

CRF/1988 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

ed. – Edição

j. – julgado

nº – número

p. – página ou páginas

p. ex. – por exemplo

publ. – publicado

rev. – revisto

ss. – seguintes

STF – Supremo Tribunal Federal

v. – volume

ROL DE CATEGORIAS

Rol de categorias que o autor considera estratégicas à compreensão do seu estudo, com seus respectivos conceitos operacionais.

Meios Alternativos de Solução de Conflitos

“A expressão meios alternativos de resolução de conflitos traduz a expressão inglesa *‘alternative dispute resolution’*, usando-se então no plural a sua sigla ADRs. Pode ser identificado meios alternativos como meios extrajudiciais de solução de conflitos. Podem ser: conciliação, mediação e arbitragem”¹.

Administração Pública

“É a gerência de bens ou interesses públicos. Quando o s fins se referem ao Estado é Administração Pública”².

Administração Pública Direta

“Consiste nos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios, atualmente regulamentada pela Lei n°. 9.649/98, bem como da organização das esferas estaduais, municipais e do Distrito Federal”³.

Consensual

“Consensual vem da palavra consenso, ou seja, uma ação consensual ocorre quando todas as pessoas envolvidas nela aceitam todas as condições havendo um consenso”⁴.

¹ MOURA, Renata Helena Paganoto. **Meios alternativos de solução de litígios**. 2009.

² ARAUJO, Edmir Netto. **Curso de Direito Administrativo**. 2007, p. 127.

³ CARLIN, Volnei Ivo. **Direito administrativo: doutrina, jurisprudência e direito comparado**. 2005, p. 87.

⁴ Fonte: <http://www.dicionarioinformal.com.br/consensual/>. Acesso em: 15 de out 2013.

Acesso à Justiça

“O Acesso à Justiça pode ser encarado como requisito fundamental, o mais básico dos Direitos Humanos, de um sistema jurídico moderno igualitário que pretenda garantir e não apenas proclamar os direitos de todos”⁵.

Conciliação

A conciliação consiste em um “meio de solução de conflitos em que as pessoas buscam sanar as divergências com o auxílio de um terceiro, o qual recebe a denominação de conciliador. A conciliação em muito se assemelha à mediação. A diferença fundamental está na forma de condução do diálogo entre as partes”⁶.

Mediação

“A mediação é um 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 neste 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”⁷.

Arbitragem

“Consiste no processo segundo o qual as partes em disputa escolhem um terceiro, neutro ao conflito, ou um painel de pessoas sem interesse na causa, para analisar e decidir questões de fato e de direito. (...) Cumpre destacar que, em regra, a decisão arbitral é irrecorrível e não requer homologação por juiz de direito”⁸.

⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet, p. 55

⁶ SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediação de Conflitos: Família, Escola e Comunidade**. p. 42.

⁷ Op. cit., p. 23.

⁸ AZEVEDO, André Goma de (org). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. p.302/303.

SUMÁRIO

RESUMO.....	XIII
RESUMEN	XIV
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1 - A SOCIEDADE, OS CONFLITOS, O ACESSO A JUSTIÇA E OS OBSTÁCULOS DE SUA EFETIVAÇÃO.....	3
1.1 A sociedade e o Direito	3
1.1.1 O Poder Jurisdicional do Estado e o processo contemporâneo.....	3
1.1.2 O Conflito de Interesses.....	7
1.1.2.1 A crise social e a origem do Conflito.....	7
1.1.2.2 Formas de conflito	8
1.1.2.3 O conflito como algo positivo	8
1.2 O acesso à Justiça e seus obstáculos	13
1.2.1 Origem Histórica	13
1.2.2 Conceito do princípio constitucional do acesso à justiça	14
1.2.3 O problema do acesso à Justiça	15
1.3 A crise do Judiciário ou do Estado	18
1.3.1 Morosidade do processo.....	18
1.3.2 Falta de estrutura (Física e de Recursos Humanos).....	21
1.3.3 Volume de serviço.....	22
1.3.4 Duplo grau de jurisdição.....	24
1.3.5 Crise do Judiciário ou do Estado.....	24
CAPÍTULO 2 – A APLICAÇÃO DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO SISTEMA BRASILEIRO	28
2.1 O paradigma da judicialização dos conflitos.....	28
2.2 As técnicas de solução de conflitos mais utilizadas no sistema brasileiro	30
2.2.1 A Heterocomposição.....	30
2.2.2 A Autocomposição	31

2.3 Os meios alternativos de solução de conflitos mais utilizados	31
2.3.1 A Conciliação e seus aspectos	31
2.3.1.1 Técnicas de conciliação	35
2.3.2 A Mediação e seus aspectos	36
2.3.2.1 Natureza jurídica, requisitos e campo de atuação da Mediação	36
2.3.2.2 Espécies de Mediação	43
2.3.3 A Arbitragem - Breves Notas (Histórico e Aspectos)	44
2.4 Os Juizados Especiais de Pequenas Causas	49
2.4.1 A conciliação informal	54
Capítulo 3 – PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL	57
3.1 A Questão da disponibilidade dos direitos patrimoniais no Direito Brasileiro na utilização dos métodos alternativos de solução de conflitos	57
3.1.1 O Princípio da Legalidade	59
3.1.2 O Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público	61
3.2 A aplicação dos meios alternativos de resolução de conflitos na Administração Pública como quebra de paradigma da judicialização dos conflitos e imperativo na boa gestão pública	65
3.2.1 A Conciliação na Administração Pública	70
3.2.2 A Mediação na Administração Pública	73
3.2.3 A Arbitragem na Administração Pública	79
3.2.4 Política Pública de Resolução dos Conflitos (CNJ)	83
3.2.5 O Projeto de Lei de alteração do Novo Código de Processo Civil e de implementação dos meios alternativos de solução de conflitos no âmbito judicial e extrajudicial	86
3.3 Formação de equipe interdisciplinar para a implementação dos métodos alternativos de solução de conflitos no âmbito da Administração Pública	90
3.4 Aplicação prática da conciliação ou mediação nos órgãos públicos	95
3.4.1 A Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública Federal	95

3.4.2 No âmbito da Prefeitura Municipal a fim de dirimir conflitos no âmbito fiscal	99
3.4.3 No âmbito da Delegacia de Polícia Civil a fim de dirimir os conflitos sociais de sua abrangência (Mediação Policial)	101
CONSIDERAÇÕES FINAIS	104
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS	107
ANEXO I.....	113
ANEXO II.....	119
ANEXO III.....	125

RESUMO

Diante da grande complexidade da sociedade atual, não é difícil perceber que o monopólio da Justiça pelo Poder Judiciário está em crise e necessita de reformas urgentes ou suporte por outras vias para sustentar o aumento da demanda, bem como para conseguir dar efetividade ao princípio do acesso à Justiça a todos os cidadãos, pois como diria Cappelletti, garantindo assim “o acesso à ordem jurídica justa”.

Neste sentido, a presente Dissertação tem como objeto de estudo ressaltar os meios alternativos de solução de conflitos (conciliação, mediação e arbitragem) analisando seus conceitos e aspectos.

Visa analisar a possibilidade de se instituir a conciliação, a mediação e a arbitragem nos vários órgãos e/ou instituições governamentais que atuam perante a sociedade, como instrumentos de acesso à justiça e à efetivação da cidadania.

Estabelecer a base teórica sobre o assunto para verificar o atual estágio de desenvolvimento dos meios alternativos de solução de conflitos no âmbito estatal como forma de verificar a possibilidade de se desenvolver um modelo de conciliação ou mediação no âmbito das instituições da Administração Pública Direta e identificar os modelos já existentes, tais como: Mediação Policial no âmbito das Delegacias de Polícia para dirimir os conflitos relacionados à esfera penal; Conciliação Fiscal nas Prefeituras Municipais para resolver os litígios de ordem tributária, bem como a experiência da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública Federal.

Palavras-chave: Meios alternativos, Conflitos, Conciliação, Mediação, Arbitragem, Acesso à Justiça.

RESUMEN

Dada la complejidad de la sociedad actual, no es difícil ver que el monopolio de la justicia por el Poder Judicial está en crisis y necesita reformas urgentes o apoyo por otros medios para sostener el aumento de la demanda, así como para lograr la eficacia del principio de acceso a la justicia para todos los ciudadanos, como diría Cappelletti, garantizando así “el acceso al sistema legal justo”. En este sentido, esta disertación tiene como objeto de estudio destacar los medios alternativos de resolución de conflictos (conciliación, mediación y arbitraje) analizando sus conceptos y aspectos. Su objetivo es estudiar la posibilidad de establecer un procedimiento de conciliación, mediación y arbitraje en varios órganos y/o instituciones gubernamentales que operan en la sociedad como instrumentos de acceso a la justicia y la ciudadanía efectiva. Asimismo, establecer las bases teóricas sobre el tema para comprobar el estado actual de desarrollo de los medios alternativos de resolución de conflictos en el ámbito estatal como una forma de verificar la posibilidad de desarrollar un modelo de conciliación o la mediación en las instituciones de la administración pública directa e identificar modelos ya existentes, tales como: Mediación Policial dentro de las Comisarías de Policía para resolver los conflictos relacionados con los casos penales; Conciliación Tributaria en las Intendencias Municipales para resolver los procedimientos contenciosos tributarios, así como la experiencia de la Junta de Conciliación y Arbitraje de la Administración Pública Federal.

Palabras clave: Medios alternativos, Conflictos, Conciliación, Mediación, Arbitraje, Acceso a la Justicia.

INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali.

O presente trabalho aborda a utilização de mecanismos consensuais para a resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública brasileira, tanto no âmbito processual (em ações judiciais), quanto extraprocessual (nas contendas não ajuizadas), com enfoque na mediação, conciliação e arbitragem. Neste aspecto, quando se mencionar “meio alternativo” não se quer dar o significado de “justiça alternativa”, mas falar no sentido de alternativo ao processo judicial estatal, por meio dos juízes de direito, um formato de justiça coexistencial, com embasamento nas normas e princípios constituídos do ordenamento jurídico nacional.

No primeiro capítulo, será tratado sobre o poder jurisdicional do Estado e a forma contemporânea de solução dos conflitos – o processo, com uma análise sobre a teoria dos conflitos, buscando-se demonstrar que o conflito não é um mal a ser curado, mas sim um meio de manutenção social, pois as controvérsias são inerentes à vida humana e, o crescimento, o conhecimento e a evolução estão ligados às atividades de conflito. Posteriormente, será analisado a concepção do conceito de acesso à justiça como princípio constitucional. Por fim, analisa-se, o modelo jurisdicional de resolução de conflitos, sob o enfoque de alguns problemas funcionais, mostrando-se a sua incapacidade de gerir e resolver satisfatoriamente os conflitos, para então chegar ao primeiro entendimento de que os meios consensuais de resolução de conflitos mostram-se aptos ao fim que se destinam: a pacificação social.

O segundo capítulo inicia abordando o paradigma da judicialização dos conflitos sociais, perpassando pelos novos modelos que andam hoje lado a lado ao modelo jurisdicional tradicional, com um breve relato histórico e conceitos básicos sobre as formas heterocompositivas e autocompositivas de solução de controvérsias. Depois, serão tecidos alguns comentários sobre a aplicação dos mecanismos de mediação, conciliação e arbitragem na Administração Pública Direta.

No terceiro e último capítulo haverá considerações sobre uma nova forma de pensar e entender o comportamento da Administração Pública (Judicial e Executiva) em relação aos seus conflitos, a chamada Administração Pública Consensual, fazendo-se necessário refletir sobre a adoção de formas autocompositivas de solução de conflitos. Contudo, será antes analisada a relação entre os princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público com a aplicação dos mecanismos de mediação, conciliação e arbitragem na Administração Pública (Judicial e Executivo), mostrando-se que a consensualidade não os agride, pelo contrário, respeita-os. Ao final deste terceiro capítulo, fala-se sobre a necessidade de constituir uma comissão interdisciplinar para a implementação dos meios alternativos de solução de conflitos na Administração Pública, com exemplos práticos de sua aplicação no âmbito da Administração Pública Federal (Executiva-Administrativa), no âmbito dos Poderes Executivos Municipais (Prefeitura) e no âmbito da Delegacia de Polícia Civil, como exemplos e modelos práticos de mudança de paradigma sobre a forma de compor conflitos envolvendo a Administração Pública, a qual tem por objetivo solucionar, em âmbito nacional, por conciliação, mediação ou arbitragem, as controvérsias de natureza jurídica envolvendo os diversos órgãos e entidades da Administração Pública.

A técnica de pesquisa utilizada se deu através da coleta de dados, abrangendo a pesquisa bibliográfica e documental.

O Método a ser utilizado na fase de Investigação será o dedutivo.

Para o tratamento dos dados serão utilizados as técnicas do Referente, da Categoria, dos Conceitos Operacionais, do Fichamento e Pesquisa bibliográfica.

O método de procedimento aborda os aspectos históricos e também comparativa, quando realiza comparações entre os métodos alternativos de solução de conflitos.

Nesta Dissertação as categorias principais estão grafadas com a letra inicial maiúscula e os seus conceitos operacionais são apresentados em glossário inicial.

CAPÍTULO 1 - A SOCIEDADE, OS CONFLITOS, O ACESSO A JUSTIÇA E OS OBSTÁCULOS DE SUA EFETIVAÇÃO

1.1 A sociedade e o Direito

1.1.1 O Poder Jurisdicional do Estado e o processo contemporâneo

Falar sobre o Estado e o poder jurisdicional⁹ a qual encontra-se a ele incorporado e analisar o processo contemporâneo como mecanismo de acesso à Justiça, sem contudo refletirmos que não pode este ser considerado como um fim e si mesmo, ou seja, como única forma de ordem jurídica justa é algo muito complexo.

Locke, em sua obra “Dois tratados sobre o Governo” segundo Fischer (1998, p. 508) afirma que “não poderia ser possível conferir a uma ou mais pessoas poder absoluto e arbitrário sobre suas pessoas e haveres depositado nas mãos do magistrado uma força para impor arbitrariamente sobre eles a sua ilimitada vontade”.

A possibilidade que se mostra representativa desse poder é a existência de uma Constituição e que esta permita direcionar as atividades do Estado, de sua população e de seu governo, impondo certos limites.

Uma constituição é, de fato, a lei básica de um Estado e, como tal, deve ser considerada por seus juízes. Entretanto, não se pode descartar a independência do operador jurisdicional, pois essa independência é necessária à defesa da Constituição e dos direitos individuais contra os efeitos de perturbações de qualquer ordem na sociedade. É indispensável aos operadores do Direito a fidelidade aos direitos constitucionais e individuais.

O exercício do poder jurisdicional, enquanto poder delegado é a atividade estatal que realiza o direito positivo através de um terceiro imparcial.

A função jurisdicional, que se realiza por meio de um processo judicial é de aplicação das normas, em caso de litígios surgidos no seio da sociedade.

⁹ Jurisdição (do latim *juris*, “direito”, e *dicere*, “dizer”): é o poder que detém o Estado para aplicar o direito ao caso concreto, com o objetivo de solucionar os conflitos de interesses; “é a manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões”. (DIDIER JR., 2005, p. 69)

Não se pode falar em processo contemporâneo sem antes falar em Estado Contemporâneo, sendo este último a evolução histórico política do Estado Constitucional (Liberal) para o Estado de Bem Estar Social, onde é possível afirmar que houve o desenvolvimento do projeto liberal transformado em Estado de Bem-Estar Social.

Conforme menciona Pedro Manoel Abreu, “o pressuposto fundamental do Estado Liberal foi propiciar o máximo de bem-estar comum, em todos os campos, com a menor presença possível do Estado”¹⁰.

O liberalismo trouxe benefícios de grande importância na vida social dos indivíduos, pois sua função era a de proteger os indivíduos em seus direitos naturais (direito à vida, propriedade e liberdade), deixando que a economia se regulasse pelo próprio mercado.

No entanto, com a crise da Bolsa de Valores de 1929, o Estado foi chamado a salvar a economia capitalista, passando a financiar programas e planos de ação destinados a promover interesses sociais coletivos de seus membros, bem como, subsidiar empresas que se encontravam à beira da falência.

O Estado de Bem-Estar Social, aqui denominado de Estado Contemporâneo, teve sua origem após a Segunda Guerra Mundial. Foi com a Constituição mexicana, de 1917 e a Constituição de Weimar, de 1919, que teve início a construção do modelo constitucional do *Welfare State*, ou o Estado de Bem-Estar Social¹¹.

O *Welfare State* seria o Estado no qual o cidadão, independentemente de sua situação social, tem direito a ser protegido, por intermédio de mecanismos e prestações públicas estatais, emergindo assim a questão da igualdade como o fundamento para a atitude intervencionista do Estado.

Com o intuito de fundamentar o arcabouço normativo em que iriam percorrer as novas funções estatais, o surgimento dos novos documentos constitucionais, caracterizadores de um Constitucionalismo Social, já mencionados (Constituição Mexicana - 1917 e de Weimar - 1919), garantem ao Estado a

¹⁰ ABREU, Pedro Manoel. **O processo jurisdicional como *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito.** p. 100.

¹¹ Op. cit., p. 114.

possibilidade de ingerência na ordem econômica e social, a fim de tentar promover a igualdade em seu sentido material. “Suas prestações passam a ser encaradas como um direito, uma conquista da cidadania, não mais como mera caridade”¹².

O modelo de Estado do Bem-estar que emergiu na segunda metade do século 20, mais precisamente, na Europa Ocidental e se estendeu para outras regiões e países chegou ao auge na década de 1960, tendo entrado em crise no transcurso dos anos 70.

A crise do Estado de Bem-Estar é um tema complexo para o qual não há consenso entre os estudiosos, contudo, as informações mais precisas que se tem à respeito é de que os primeiros sinais da crise do **Welfare State** estão relacionados à crise fiscal provocada pela dificuldade cada vez maior de harmonizar os gastos públicos com o crescimento da economia capitalista.

O processo contemporâneo a que se pretende trazer nesta pesquisa, refere-se ao meio pelo qual o cidadão possa pedir perante o Estado a efetivação de seu direito material.

À época do Estado Liberal, o direito de ação era visto de forma restrita, pois servia, apenas como direito de pedir à Jurisdição a realização do direito material inadimplido.

Durante o Estado liberal, por direito de ação entendia-se apenas o direito formal de propor uma ação. Estaria em juízo apenas quem pudesse suportar os custos de uma demanda, não havendo preocupação estatal com relação às desigualdades econômicas e sociais.

É exatamente neste ambiente de um Estado de Bem-Estar, que se inicia a definição de acesso à justiça como direito fundamental, protegido constitucionalmente.

Direito este imposto, por previsão constitucional, ao Estado, que assumiu o compromisso de solucionar os conflitos de interesses surgidos na sociedade, dando a resposta quando provocada a tutela jurisdicional.

Contudo, novamente o Estado perpassa por uma nova crise político-jurídica, onde a função de proteger o direito do cidadão, por si só, não era mais

¹² STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. p. 81.

suficiente, pois o amplo acesso de todo cidadão ao Poder Judiciário não era a única acepção do termo de acesso à Justiça; não basta que o cidadão tenha acesso ao Poder Judiciário, mas sim, deve o ordenamento jurídico garantir o efetivo acesso à “ordem jurídica justa”¹³.

A problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça, enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa. Uma empreitada assim ambiciosa requer, antes de mais nada, uma nova postura mental. Deve - se pensar na ordem jurídica e nas respectivas instituições, pela perspectiva do consumidor , ou seja, do destinatário das normas jurídicas, que é o povo, de sorte que o acesso à Justiça traz à tona não apenas um programa de reforma como também um método de pensamento , como com acerto acentua Mauro Cappelletti. (...).

São seus elementos constitutivos: a) o direito de acesso à Justiça é, fundamentalmente, direito de acesso à ordem jurídica justa ; b) são dados elementares desse direito: (1) o direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial e à organização de pesquisa permanente a cargo de especialistas e ostentada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio - econômica do país; (2) direito de acesso à justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; (3) direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos; (4) direito à remoção de todos os obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à Justiça com tais características¹⁴.

O inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal deve ser interpretado, não apenas como garantia de mero acesso aos órgãos do Poder Judiciário, mas como garantia de acesso à ordem jurídica justa de forma efetiva, tempestiva e adequada.

¹³ WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna. Participação e processo.** p. 128.

¹⁴ Op. cit. p. 128.

1.1.2 O Conflito de Interesses

1.1.2.1 A crise social e a origem do Conflito

Os conflitos de interesses surgem entre duas ou mais pessoas, com interesse jurídico pelo mesmo bem, objeto ou coisa, que a uma só delas possa satisfazer.

Conforme esclarece Freund (1995 *apud* MORAIS, 2012, p. 45):

Na tentativa de uma explicação mais esmiuçada para a palavra conflito, tem-se que consiste em um enfrentamento entre dois seres ou grupos da mesma espécie que manifestam, uns a respeito dos outros, uma intenção hostil, geralmente com relação a um direito. Para manter este direito, afirmá-lo ou restabelecê-lo, muitas vezes lançam mão da violência, o que pode trazer como resultado o aniquilamento de um dos conflitantes.

A concepção da palavra conflito tem variado através das épocas. Robbins (2002, p. 45) identificou três maneiras diferentes de considerá-lo: a tradicional, a behaviorista e a moderna. Na concepção tradicional os conflitos são indesejáveis e evitados a todo preço. A behaviorista considera-os inevitáveis, não devendo, porém ser encorajados. Enfim, a concepção moderna preconiza a necessidade do conflito como elemento de qualidade de vida da organização: assim, o conflito não deve ser nem evitado, nem suprimido, mas gerenciado com eficácia.

O conflito trata de romper a resistência do outro, pois consiste no confronto de duas vontades quando um busca dominar a outra com a expectativa de lhe impor a sua solução. Essa tentativa de dominação pode se concretizar através da violência direta ou indireta, através da ameaça física ou psicológica. No final, o desenlace pode nascer do reconhecimento da vitória de um sobre a derrota do outro ¹⁵.

Em resumo, o conflito é inevitável e salutar, especialmente se quisermos chamar a sociedade na qual se insere de democrática, pois uma sociedade sem conflitos é uma sociedade estática.

¹⁵ MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição**. José Luiz Bolzan de Moraes, Fabiana Marion Spengler. p. 46.

1.1.2.2 Formas de conflito

O conflito é um elemento importante. Seja na dinâmica pessoal ou organizacional. O que se torna necessário é conhecer o conflito para estarmos preparados para lidar com eles.

Segundo Ávila (2004, p. 38) existem vários tipos de conflito e a sua identificação pode auxiliar a detectar a estratégia mais adequada para administrá-lo:

Conflito contingente: O conflito não é ainda reconhecido pelas partes em litígio.

Conflito deslocado: O conflito é desviado para pontos que não são as verdadeiras razões da discórdia.

Conflito manifesto: É o conflito declarado, embora possa existir algum outro escondido.

Conflito latente: O objeto do conflito ainda não foi identificado.

O falso conflito: Nenhuma razão objetiva o justifica; baseia-se em uma informação ou comunicação errônea”.

Assim, o conflito, sempre fez parte da sociedade desde as épocas mais primitivas até os tempos atuais. Todos os seres humanos são diferentes, é intrínseco aos indivíduos divergirem entre si. O conflito, visto como um evento sociológico têm sido objeto de estudos nas Ciências Sociais Aplicadas, em especial no Direito.

1.1.2.3 O conflito como algo positivo

Quando se aborda o conflito, em regra, intuitivamente as pessoas o compreendem como um fenômeno negativo, que proporciona perdas, para uma das partes envolvidas. Contudo, muitos estudiosos têm encarado o conflito como um evento sociológico positivo: é a chamada “*moderna teoria do conflito*” (AZEVEDO, 2009, p. 29), que nos apresenta o conflito como uma fonte de ideias novas, permitindo a discussão sobre assuntos relevantes, com a exposição de diferentes pontos de vista, interesses e valores, revelando-se, assim, algo positivo, como forma de evolução social, e não necessariamente como um mal a ser curado.

O conflito existe desde as épocas mais primitivas até os tempos atuais, pois todos os seres humanos são diferentes, então, é natural divergirem entre si.

Os professores e consultores em gestão de conflitos, doutora Eunice Maria Nascimento e MSc. Kassem Mohamed El Sayed), defendem o conflito como parte do processo de evolução da humanidade, necessário ao desenvolvimento e crescimento de qualquer sistema organizacional:

Os conflitos existem desde o início da humanidade, fazem parte do processo de evolução dos seres humanos e são necessários para o desenvolvimento e o crescimento de qualquer sistema familiar, social, político e organizacional. É possível pensar inúmeras alternativas para indivíduos e grupos lidarem com os conflitos. Estes podem ser ignorados ou abafados, ou sanados e transformados num elemento auxiliar na evolução de uma sociedade ou organização¹⁶.

Na mesma linha de raciocínio, Deutsch (1973. *in*: AZEVEDO, 2004, p. 34):

O conflito previne estagnações, estimula interesse e curiosidade, é o meio pelo qual os problemas podem ser manifestados e no qual chegam as soluções, é a raiz da mudança pessoal e social. O conflito é freqüentemente parte do processo de testar e de avaliar alguém e, enquanto tal, pode ser altamente agradável, na medida em que se experimenta o prazer do uso completo e pleno da sua capacidade. De mais a mais, o conflito demarca grupos e, dessa forma, ajuda a estabelecer uma identidade coletiva e individual; o conflito externo geralmente fomenta coesão interna.

Esta visão positiva do conflito permite às partes envolvidas chegarem a duas conclusões: a) quando se comportam de forma adversarial, normalmente ocorre o que se chama de “consequência destrutiva”, pois cada um tende a frustrar os interesses do outro, resultando na insatisfação de todos os participantes; b) diferentemente, quando utilizam formas consensuais de composição, através do diálogo e da cooperação, sentem que há ganhos para todos os lados, com um resultado mais construtivo e proveitoso.

Assim, a maneira de lidar com o conflito é que vai determinar os seus resultados, possibilitando-se inclusive que ambos os lados sejam ganhadores.

Faz necessário reconhecer que existe um modo destrutivo e um modo construtivo de proceder. Na diferença em se tratar o conflito pode estar o sinal do saudável, podendo se fazer representar por duas possibilidades para uma ação mais efetiva, uma negativista, que percebe o conflito como algo prejudicial, devendo ser evitado a todo custo, e a segunda alternativa é trabalhá-lo, procurando os benefícios que as diferenças

¹⁶ NASCIMENTO, Eunice Maria Nascimento; EL SAYED, Kassem Mohamed. **A Administração de Conflitos**. 2002.

de opiniões e os posicionamentos contrários podem gerar a nível de aprendizagem pessoal e profissional¹⁷.

Se o conflito não é necessariamente algo negativo, mas a maneira como lidamos com ele é que pode gerar alguma reação negativa, devemos pensar alternativas para os indivíduos e os grupos lidarem com os conflitos, mudando-se a forma de tratá-lo e o meio de resolvê-lo, para incorporarmos formas não adversariais que consigam sanar as pendengas e transformar o conflito num elemento auxiliar da evolução da sociedade. Neste sentido, destaca-se o seguinte pensamento:

(...) para que todos esses métodos de ‘resolução’ de disputas possam ser postos em prática, o primeiro passo é deixar de considerar o conflito como um evento social patológico, um mal a ser curado, para vê-lo como um fenômeno fisiológico, muitas vezes positivo. Isso significa abrir mão da lógica processual judiciária de ganhador/perdedor para passar a trabalhar com a lógica ganhador/ganhador desenvolvida por outros meios de tratamento (dentre os quais a mediação), que auxiliam não só na busca de uma resposta consensuada para o litígio, como também na tentativa de desarmar a contenda, produzindo, junto às partes, uma cultura de compromisso e participação. Nesses casos, não há um ganhador ou um perdedor: ambos são ganhadores¹⁸.

Em exemplos práticos, no processo judicial convencional, contencioso ou adversarial por natureza, tem-se uma forma de disputa entre rivais, cujo resultado, necessariamente, permite apenas vencedores e perdedores, estimulando-se a competição entre as partes. Contudo, a administração positiva dos conflitos, traduzida na proposta de uma “Justiça Consensual”, pretende eliminar o aspecto contencioso, adversarial, levando ao público a ideia de que as partes disputantes não estão em um processo de luta até que haja um vencedor e um perdedor, mas sim buscando resolver a controvérsia de maneira a preservar, e não destruir, o relacionamento.

Nesta esteira, para lidar com o conflito de forma positiva, procurando soluções que sejam úteis a todas as partes envolvidas, devemos romper com alguns estereótipos vigentes no meio jurídico: no conflito positivo não há perdedores, culpados e inimigos, porque todos tiram vantagens, já que esta forma de administração de conflitos permite ganhos mútuos, possibilitando benefícios a todos

¹⁷ NASCIMENTO, Eunice Maria Nascimento; EL SAYED, Kassem Mohamed. **A Administração de Conflitos**. 2002. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/563878/ADMINISTRACAO-DE-CONFLITOS-Eunice-Maria-Nascimento>>. Acesso em 05 de ago 2013.

¹⁸ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição**. p. 302.

os envolvidos. Por isso, o importante é compor uma boa relação com a parte oposta, até porque a conciliação, ao permitir aos homens lidarem bem com a disputa, representa o resgate das relações humanas e da dignidade da pessoa.

Deve ser destacada também a chamada por Cappelletti (1988) de "justiça coexistencial", por se tratar de uma justiça baseada em formas de conciliação por conta dos próprios envolvidos na controvérsia, voltada principalmente à preservação dos relacionamentos, procurando-se a paz social. Assim, mostra-se salutar a ideia de promover uma aproximação entre os litigantes para resguardar, dentro do possível, a relação de fato existente entre elas, encampada pela dinâmica da "Justiça Consensual", diferente do modelo jurisdicional (conflitual) que se traduz pela oposição de direitos.

Assim, é preciso imprimir flexibilidade à procura de meios adequados e satisfatórios para a composição de conflitos, assumindo relevo a necessidade de investimento em formas não adversariais e extrajudiciais de resolução.

Neste sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto percebe que a liberdade de buscar a justiça nas soluções consensuais apresenta inúmeras vantagens sobre os tradicionais provimentos exclusivamente imperativos:

Efetivamente, numa sociedade contemporânea, que exalta os valores liberais e democráticos, a *jurisdição* é e deve continuar a ser monopólio indisputável do Estado, uma vez que é absolutamente necessário que exista esse terceiro, parte neutra e dotada do atributo da coercitividade, para dar a última palavra em todas as controvérsias litigiosas; ocorre apenas que essa prerrogativa não envolve, não elimina nem prejudica a busca da *justiça*, enquanto anseio e atividade humana que não é monopólio de ninguém, nem mesmo de organizações políticas¹⁹.

O pensamento de Grotti (2003, p. 212):

Diante da mudança das relações na sociedade, os meios alternativos de solução de litígios têm se difundido, estimulando-se o uso de mediação, da conciliação e da arbitragem, que se inserem num contexto mais amplo de realização da justiça. Enquanto na arbitragem a solução do litígio é imposta às partes, na conciliação ela é apenas proposta e, na mediação, incumbe ao mediador levar as partes à conciliação em virtude das vantagens por ele destacadas, sem imposição. Os três modos consensuais de solução de controvérsias não se excluem, mas, ao contrário, se completam e podem ser adotados em sequência.

¹⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. p.274.

Porém, cumpre sublinhar que o fato do conflito ser importante e salutar para a sociedade não significa que não é necessário tratá-lo, resolvê-lo, solucioná-lo, porque é justamente a solução que faz crescer os relacionamentos. O que se propõe é o abandono das tendências de rivalidade e competição, e não da composição em si.

Conclusivamente, se a administração de situações de conflito é essencial para as pessoas e as organizações privadas, como fonte geradora de mudanças, de crescimento mútuo, o mesmo pode valer para as situações envolvendo a Administração Pública.

Portanto, mostra-se mais adequada a condução dos conflitos de acordo com cada situação envolvendo a Administração Pública, identificando-se cada um de seus aspectos, fugindo do tradicional pensamento de sempre recorrer ao mecanismo adversarial judicial, defendido pela “Justiça Consensual”, utilizando-se de diálogos e acordos. Por isso, há que se desenvolver uma visão mais abrangente das inúmeras possibilidades de soluções dos conflitos, especialmente a consensualidade, para que a Administração Pública possa adotar a estratégia mais adequada para tratá-los com eficiência, permitindo encontrar soluções sempre construtivas. Os conflitos fazem parte da natureza humana.

Nestes termos, o conflito externo une o grupo e o faz coeso, levando a concentração de uma unidade já existente, eliminando todos os elementos que possam obscurecer a clareza de seus limites com o inimigo, aproximando pessoas e grupos que, de outra maneira, não teriam qualquer relação entre si. O poderoso efeito do conflito a este respeito surge de modo mais claro no fato de que a conexão entre a situação de conflito e a unificação é suficientemente forte para chegar a ser importante mesmo no processo inverso²⁰.

Não devemos atribuir ao conflito, ainda que profundo e complexo, uma conotação negativa. Afinal, dependendo do modo como é gerido pode ser uma fonte de criatividade, de mudança e de maior produtividade.

O conflito não é necessariamente um mal a ser curado, mas que deve ser encarado muitas vezes como um fenômeno sociológico positivo, como forma de evolução social.

²⁰ MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição**. José Luiz Bolzan de Moraes, Fabiana Marion Spengler. 3 ed. rev. e atual. com o Projeto de Lei do novo CPC brasileiro (PL 166/2010), Resolução 125/2010 do CNJ, p. 55.

1.2 O acesso à Justiça e seus obstáculos

1.2.1 Origem Histórica

Quando falamos em Acesso à Justiça, significa dizer que é uma busca inesgotável para que as demandas sociais rompam o formalismo em busca de seus direitos e que estes, sejam efetivamente cumpridos.

O Acesso à Justiça pode, portanto, “ser encarado como requisito fundamental, o mais básico dos Direitos Humanos, de um sistema jurídico moderno igualitário que pretenda garantir e não apenas proclamar os direitos de todos”²¹.

Desde quando o homem começa a conviver em sociedade, vemos a desigualdade como algo agregado e de difícil desvinculação. Nem todos possuíam direitos iguais, pois havia apenas uma isonomia em tese para os mais nobres, nem tampouco, acesso justo e digno aos seus direitos, pois entendia-se que não possuíam direitos a exigir do Judiciário, que julgava conforme o que mandasse o rei.

Os primeiros sinais do princípio do Acesso à Justiça vieram com o Estado Liberal. Contudo, no Estado Liberal, a intervenção estatal era mínima, ao ponto de beneficiar demasiadamente quem detinha o poder econômico para tal, assim, embora houvesse igualdade, ela não atingia à todos, neste sentido, o acesso à justiça não se tornava como diria Watanabe “uma ordem jurídica justa”²², pois o que se garantia neste primeiro momento era somente o acesso à justiça enquanto instituição estatal.

Assim, como as diferenças econômicas não foram efetivamente cumpridas, juntamente com o princípio da Igualdade, propõe-se ao Estado, mecanismos para que sejam efetivos, proporcionando o mínimo necessário, ou seja, os Direitos Fundamentais, preservando a dignidade humana.

Neste contexto, quando reconhecemos que o Acesso à Justiça é um direito básico, inclusive para os hipossuficientes, que traz consigo um sentimento de ser justo, mas que infelizmente mesmo no atual momento não se faz plenamente

²¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet, p. 55.

²² WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna. Participação e processo**. p. 128.

efetivo, devemos estudar quais são os obstáculos que impedem que esse princípio seja efetivamente materializado.

Contudo, antes de adentrarmos neste tópico, se faz necessário estudar o Acesso à Justiça como direito fundamental ou como os doutrinadores também denominam de princípio constitucional positivado.

1.2.2 Conceito do princípio constitucional do acesso à justiça

O Direito ao acesso à justiça tem sido reconhecido praticamente em todas as legislações mundiais, dentre os direitos e garantias individuais, como um dos mais elementares direitos do indivíduo na busca de uma justiça de forma célere e eficaz e que satisfaça os interesses do cidadão.

O moderno Estado tem viabilizado o acesso à justiça através de garantias dadas aos cidadãos, para que possam exercer seus direitos de modo não apenas formal, mas também de forma efetiva, célere e justa, inclusive através de formas alternativas à jurisdição estatal, a qual se encontra hoje estagnada e lenta.

No ordenamento jurídico vigente no Brasil, tanto na Constituição Federal de 1988, como nas leis ordinárias vigentes, há uma série de princípios e garantias que constituem que as pessoas devem ter um efetivo acesso à Justiça.

O referido princípio está expressamente garantido na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso XXXV, que diz textualmente: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”²³.

Constitucionalmente, garante-se dessa maneira que o direito ao efetivo acesso à Justiça deve ser reconhecido e tratado como um direito fundamental do cidadão, sem o qual a tutela de todos os demais direitos tornam-se inviáveis.

O direito constitucional do acesso à Justiça está intimamente ligado com o direito à tutela jurisdicional do Estado, prestado por meio do Poder Judiciário, que segundo o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, é o detentor do monopólio para a solução de conflitos.

²³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

Contudo, houve um certo desvirtuamento da garantia constitucional do Acesso à Justiça, onde encontra-se atualmente o nosso Poder Judiciário demasiadamente abarrotado de intermináveis processos.

As pessoas procuram o Poder Judiciário porque estão envolvidas em conflitos que não conseguem resolver diretamente entre si, buscando naquele órgão uma solução justa, através do Estado investido na figura do Juiz de direito, que possa solucionar e resolver sua questão.

Devido ao congestionamento dos processos que assolam nosso Poder Judiciário, processos estes garantidos constitucionalmente pelo acesso à Justiça do cidadão, o sistema Judiciário encontra-se cada vez mais lento, menos eficaz e, conseqüentemente menos justo.

Este fato se dá por culpa exclusiva do ente estatal ou nós cidadãos também temos parcela de culpa neste contexto! Passemos a analisar a problemática do Acesso à Justiça.

1.2.3 O problema do acesso à Justiça

A paz social constitui um dos objetivos do Poder Judiciário, bem como a distribuição da justiça enquanto valor perseguido pela sociedade. O Judiciário, representado pelo Estado-Juiz, seria, em princípio, o meio hábil de reivindicação de direitos. Por isso o art. 5º, XXXV, da CRF/1988²⁴ traduz o acesso a uma ordem jurídica justa, ou seja, não garante somente o acesso ao Juízo para a resolução de conflitos, mas também o direito a uma tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva, que de fato prova a pacificação social, pois *“a pacificação é o escopo magno da jurisdição e, por consequência, de todo o sistema processual (uma vez que todo ele pode ser definido com a disciplina jurídica da jurisdição e seu exercício)”*²⁵.

Entretanto, caso o acesso ao Judiciário seja restrito a uma parcela da população, ou então quando é falho e não cumpre satisfatoriamente a sua função

²⁴ “Art. 5º. (...) XXXV A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

²⁵ CINTRA, *et al.* 2007. p. 30.

pacificadora, os direitos individuais e sociais tornam-se meras promessas ou declarações políticas, desprovidas de qualquer efetividade.

Assim, o acesso à justiça não compreende somente o acesso aos Tribunais ou Fóruns locais, mas sim, a obtenção da solução da demanda.

O acesso à justiça constitui a principal evidência dos direitos subjetivos, em torno do qual gravitam todas as garantias destinadas a promover a efetiva tutela dos direitos fundamentais. Porém, não deve ser pensado como a única forma de garantir a resolução dos conflitos. Nesse sentido, juristas como Mauro Cappelletti e Bryant Garth buscaram analisar os meios de acesso à justiça, procurando encontrar maneiras de democratizá-la e permitir que os cidadãos pudessem com facilidade, e em grau de igualdade, recorrer às soluções jurisdicionais. Em suas palavras:

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. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como 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 e GARTH, 1988, p. 09)

Percebe-se que o tema do acesso à justiça não se esgota no acesso ao Judiciário. Assim, é necessário ter o cuidado de não reduzi-lo apenas à criação de mecanismos processuais; a problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes, pois não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à “ordem jurídica justa”. Por isso, discute-se a busca de mecanismos que visem garantir uma solução prática e justa das demandas, o que será estudado no segundo capítulo desta Dissertação.

O excesso de formalidades e regras, que fazem o sistema judicial caminhar lentamente, além das custas processuais dificultarem o acesso à justiça, é confirmado por (CINTRA *et al*, 2007, p. 33):

(...) os meios informais gratuitos (ou pelo menos baratos) são obviamente mais acessíveis a todos e mais céleres, cumprindo melhor a função pacificadora. (...) constitui característica dos meios alternativos de pacificação social também a delegalização, caracterizada por amplas margens de liberdade nas soluções não-jurisdicionais (juízo de equidade e não juízos de direito, como no processo jurisdicional).

A fim de possibilitar o acesso à justiça de forma mais equitativa e justa, o poder jurisdicional do Estado deveria observar a efetividade e a satisfatoriedade das

suas soluções. No entanto, o Judiciário está sobrecarregado de processos, as custas processuais são elevadas, a morosidade assola a prestação jurisdicional, razão porque muitas vezes não consegue compor satisfatoriamente os conflitos, deixando de assegurar e efetivar os direitos. Assim, a questão do acesso à justiça tem intrigado aqueles que buscam a efetividade da jurisdição, porque em um ambiente onde o Estado não consegue resolver de forma efetiva com toda a sua estrutura os litígios que chegam, é de se questionar o direito fundamental de acesso à justiça, pensando-se na necessidade de reestruturação dos mecanismos atualmente designados para garantir a sua efetividade e concretização.

Segundo Cappeletti e Garth (1988), a busca de soluções práticas para os problemas de acesso à justiça inclui historicamente três momentos (obstáculos ou ondas): a primeira é representada pela assistência jurídica para os pobres; a segunda está relacionada à representação dos interesses difusos, especialmente os relativos aos consumidores e ao meio ambiente; e a terceira onda diz respeito à representação em juízo e a uma concepção mais ampla de acesso à justiça e a tendência do uso de procedimentos mais acessíveis, simples e eficientes.

Cada uma dessas ondas equivale, respectivamente, aos obstáculos econômico, organizacional e processual. Sobre o “obstáculo processual” ao acesso à justiça, o autor sustenta que em certas espécies de controvérsias, o tradicional processo litigioso perante o Judiciário pode não ser o melhor caminho para a tutela efetiva de direitos. Este terceiro obstáculo está diretamente relacionado com os métodos alternativos de solução de conflitos, superando a excessiva burocratização da justiça pública.

Devido ao congestionamento dos processos que assolam nosso Poder Judiciário, garantidos constitucionalmente pelo acesso à Justiça do cidadão, o sistema Judiciário encontra-se cada vez mais lento, menos eficaz e, conseqüentemente menos justo.

Há ainda, a existência de alguns obstáculos ao efetivo acesso à Justiça como, por exemplo, a sobrecarga dos tribunais ocasionando a morosidade dos processos e seu elevado custo, bem como a burocratização da Justiça, além de outros fatores, que somados conduzem à inevitável congestão das vias de acesso à Justiça, distanciando, cada vez mais o Poder Judiciário de uma Justiça mais digna.

Passemos a analisar alguns dos obstáculos mais relevantes e que contribuem para a dificuldade de efetivação do princípio do Acesso à Justiça de forma eficaz.

1.3 A crise do Judiciário ou do Estado

1.3.1 Morosidade do processo

O século passado, especialmente após a II Guerra Mundial, foi marcado por um progresso sem precedentes na história da humanidade, com novas descobertas científicas e o surgimento de inovações tecnológicas, resultando num mundo cada vez mais dinâmico, no qual as relações sociais, políticas e econômicas se desenvolvem de modo célere e em tempo real. Neste clima, novos direitos²⁶ surgiram, novas relações jurídicas se formaram, principalmente em relação aos direitos humanos com o seu reconhecimento internacional pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e a sua pormenorização nas Constituições de vários países ocidentais, garantindo-lhe um novo *status* normativo com uma proteção jurídica superior.

No âmbito nacional, a Constituição Federal de 1988 não ignorou essas transformações, contribuindo para a (re)democratização do país, com a ampliação do rol dos direitos fundamentais, com ênfase especial no meio ambiente, saúde, educação pública, proteção ao consumidor, à infância e à juventude, promovendo uma verdadeira revolução social normativa, em vários trechos de seu corpo, mas especialmente no imenso artigo quinto e no artigo sexto.

A solução de conflitos de interesses passou da autotutela à prestação jurisdicional como meio de promover segurança e justiça e de lograr a paz social. Nesse último estágio, o Estado assumiu o monopólio da justiça, uma exclusividade que embora adequada aos modelos de concentração de poder então vigentes, veio a se tornar incompatível diante de novas realidades que, com a evolução tecnológica e cultural e a revolução das comunicações experimentadas no século passado, apresentam um irreprimível incremento e complexidade de necessidades coletivas e uma explosiva gama de relações sobre elas travadas.

Nessa realidade, não há como o Estado pretender assumir, sozinho, a titularidade, a gestão ou a responsabilidade sobre todos os interesses públicos e muito menos,

²⁶ Muitos desses “novos” direitos são “direitos a prestações sociais coletivas”, cuja realização e satisfação exigem atividades positivas do Estado, com a criação concreta de atos promocionais, prestacionais e efetivos, o que nem sempre ocorre, tornando-se freqüente a sua cobrança através do Judiciário.

manter o monopólio da justiça, como atitude de tutela da sociedade, a que deve servir e não dirigir. (NETO e JURUENA, 2004, p. 215).

Por outro lado, esse progresso no campo sócio-econômico fez gerar expectativas crescentes de efetivação destes direitos pelo Estado, já que no modelo atual a lei impõe ações concretas do Poder Público, garantindo-se constitucionalmente (art. 6º e ss.; art. 193 e ss. da CRF/1988) um enorme conjunto de prestações sociais positivas²⁷. Porém, a Administração Pública não estava preparada para cumprir satisfatoriamente essa legislação socialmente promotora do ser humano e da sociedade coletiva, deixando, assim, de atuar com o efeito desejado pela população, motivo pelo qual as expectativas se voltaram para o Poder Judiciário, que passou a ser provocado para garantir os direitos consagrados na Lei Fundamental.

Neste panorama, além de um crescimento quantitativo de direitos perseguidos, percebe-se também uma transformação qualitativa, ou seja, além da sobrecarga do número de processos dirigidos ao Poder Judiciário, a complexidade das relações sociais produz outro problema a ser enfrentado pelo Estado-juiz, operando-se uma diversificação exaustiva de demandas dirigidas aos mecanismos tradicionais de solução de conflitos. Isso tem feito com que o Estado-juiz brasileiro não consiga cumprir o seu papel de apaziguador social, emperrado pela morosidade e ineficácia frente às necessidades dos cidadãos, gerando inúmeros transtornos aos usuários da “máquina pública” jurisdicional nacional, sobretudo nos últimos anos, situação denominada por muitos operadores do direito de “crise do judiciário”²⁸.

De fato, surgiu na Justiça brasileira uma avalanche de demandas, especialmente com a diversidade das novas relações jurídicas, contribuindo para o aumento da quantidade de processos, gerando uma verdadeira “explosão de litigiosidade”, tornando cada vez mais lenta a realização da justiça. Sabe-se que o

²⁷ Em contraposição ao dever de abstenção do Estado liberal, surgiu na sociedade atual um Estado com o dever de dar, fazer, ou prestar, onde o Estado passou a ter uma atuação positiva que realmente permita a fruição dos direitos e liberdades pelos indivíduos (Estado-providência ou Estado de bem-estar social, chamado em inglês de *Welfare State*).

²⁸ Segundo o CNJ, no ano de 2012, no primeiro grau de jurisdição estadual em todo o país, a carga de trabalho dos Juízes chegou a aproximadamente 5,4 mil processos por magistrado, com uma taxa de congestionamento que permanece na faixa de 80%, praticamente aumentou em 10% desde o ano 2008 (informações disponíveis em www.cnj.jus.br).

Estado exerce, através do Poder Judiciário, seu poder jurisdicional para resolução e composição dos conflitos de interesses existentes entre os indivíduos, como meio de pacificação social, de conservação e desenvolvimento da vida em sociedade, ou seja, aplica a lei ao caso concreto que lhe é trazido, impondo sobre os sujeitos de direitos e de obrigações a solução para seus conflitos de interesses, assegurando a ordem jurídica.

Se a jurisdição é uma das expressões do poder estatal, que o Estado tem de decidir imperativamente e impor decisões, pode-se dizer que o processo é o instrumento da jurisdição, ou seja, o meio que se vale o Estado para exercer sua função jurisdicional na resolução dos conflitos sociais²⁹.

A inafastabilidade da prestação jurisdicional, por meio do Poder Judiciário, de toda e qualquer lesão ou ameaça a direito do cidadão como garantia constitucional do acesso do cidadão ao Poder Judiciário, foi gradativamente sendo utilizada de forma desvirtuada pelo próprio cidadão que não possui capacidade de resolver seus problemas pela autocomposição.

Neste quadro, a facilitação do ingresso ao sistema solucionador e pacificador de questões que afligem as pessoas, alcançou índices alarmantes, ocasionando a estagnação do Poder Judiciário para a resolução dos conflitos sociais, ocasionando uma quantidade absurda de processos nos Tribunais, ao ponto de o número de processos nas Comarcas ultrapassarem a quantidade populacional local.

Esta lentidão judicial acaba lesando os interessados no feito, mesmo a parte que sai vencedora do litígio, com o aumento dos custos para os litigantes, a pressão econômica exercida contra a parte mais fraca financeiramente, levando-a a aceitar acordos desfavoráveis ou até mesmo a desistência da ação³⁰.

Mais que isso, a morosidade prejudica inclusive o desempenho econômico do país. Estas também foram as palavras de (GOMES, 2011).

Assim, com a morosidade processual coloca-se em prejuízo a razoável duração do processo como meio de efetivação do princípio do acesso à justiça.

²⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo *et al.* **Teoria geral do processo**, p. 24

³⁰ CAPPELLETTI e GARTH, **Acesso à justiça**, p. 20-21.

A morosidade do Judiciário é hoje uma triste realidade, e deixa a sociedade à mercê de uma justiça lenta e inadequada, que retarda sobremaneira o efetivo atendimento da prestação jurisdicional buscada, estimulando a injustiça, e a consequente descrença do Poder Judiciário.

1.3.2 Falta de estrutura (Física e de Recursos Humanos)

Outro problema que afeta a efetiva prestação jurisdicional do Estado e com isto se torna outro obstáculo à efetivação de forma coerente do princípio do acesso à justiça é a falta de estrutura física e capacidade de mão de obra qualificada para atuarem perante os órgãos do Poder Judiciário.

O servidor do Poder Judiciário é uma engrenagem muito importante neste processo de efetivação do acesso à justiça. Contudo, com o decorrer do tempo, o aumento de processos superou demasiadamente a capacidade das Comarcas processarem suas demandas devido a limitação de mão de obra capaz de dar encaminhamento aos processos de forma mais rápida.

Por mais que os Tribunais realizem concurso público visando resolver esta problemática de falta de servidores qualificados e na capacidade ideal, a demanda de processos sempre supera esta capacidade de servidores para darem andamento célere aos processos.

Este é um dos grandes entraves encontrados pelo CNJ que prejudica o atendimento da justiça aos anseios sociais, pois nem sempre o número de processos atrasados corresponde a baixa produtividade, mas ao contrário o que se observa é que em muitas Comarcas em que os processos se encontram parados há algum tempo, a produtividade é elevada, mas a conclusão que se chega é de que há carência de infraestrutura.

Outro problema que faz de forma um tanto sutil, mas que contribui para a morosidade no andamento processual e de certa forma não é observado pela população é que apesar da informatização ter facilitado e contribuído para a celeridade processual, hoje os Tribunais são obrigados a fornecerem dados estatísticos e informações bem detalhadas de todos os eventos processuais.

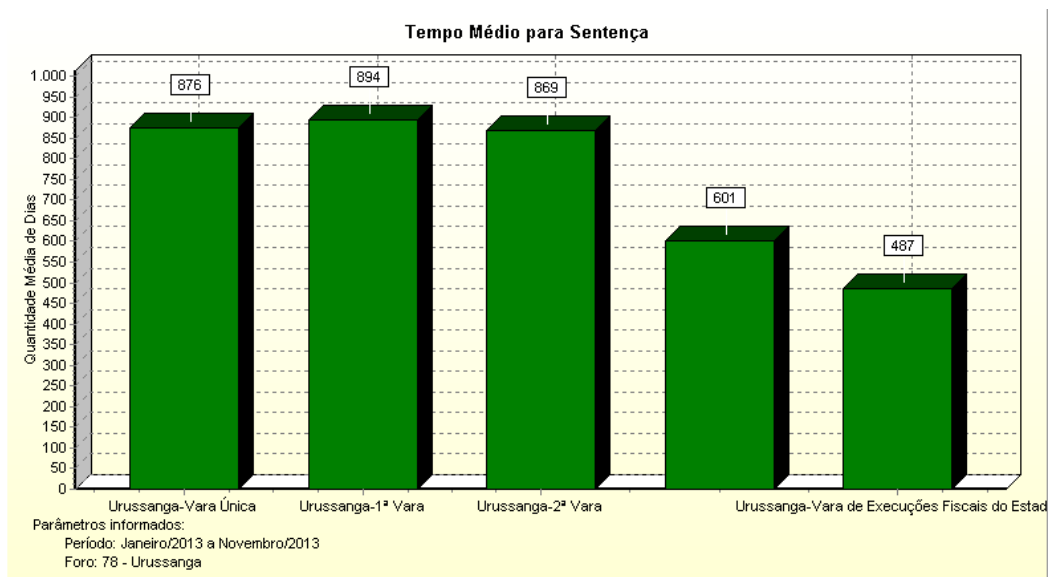
Tal prática exigida pelo CNJ visa dar maior transparência e controle aos atos do Poder Judiciário. Claro, que não se deve almejar apenas a rápida distribuição do processo perante o Poder Judiciário, mas sim, que a lide seja recebida e processada adequadamente, e que o provimento judicial esperado pelo cidadão realmente satisfaça o seu desejo de obtenção de justiça.

1.3.3 Volume de serviço

Houve uma ampliação do acesso dos cidadãos à Justiça, porém o Poder Judiciário não se estruturou, não se modernizou adequadamente para essa nova realidade que se instaurou no país.

Em decorrência no aumento do número de processos, e ao caos que encontra-se hoje o Poder Judiciário, aumenta absurdamente o número de feitos aguardando decisão.

Para conhecimento ilustrativo, extrai-se da pesquisa pelo Sistema SAJpg a totalização do número de processos da Comarca de Urussanga, sendo que o levantamento apresenta um grande número de processos em andamento e que em média os processos levam em torno de 800 dias para serem sentenciados (ver gráfico abaixo).



Fonte: Sistema SAJ Estatística

Em que pese a maioria dos servidores superarem de forma demasiada as horas exigidas de trabalho, estes não conseguem dar vazão a grande quantidade de processos em andamento, fato este que de certa forma contribui para o descrédito desta instituição.

Conforme relatório extraído do site com Conselho Nacional de Justiça³¹, em 2012, o Poder Judiciário Brasileiro possuía em andamento 92,2 milhões de processos com um total de 390 mil servidores, onde 70% dos processos ajuizados em 2012 ainda não tinham sido julgados.

O processo é necessariamente formal. Nele as partes têm a garantia de legalidade e imparcialidade no exercício da jurisdição, é garantido contraditório, há a realização de provas, entre outros fatores do devido processo legal, que acabam acarretando a demora processual.

A resolução formal de litígios é muito dispendiosa e os altos custos na medida em que uma ou ambas as partes devam suportá-los, agem como uma importante barreira ao efetivo acesso à Justiça, impondo ao vencido, inclusive, os honorários de sucumbência.

A demora na resolução de um processo gera efeitos devastadores, inclusive financeiramente, além do que uma justiça lenta deixa de ser justa.

Um processo pode chegar a levar 5 (cinco) anos para ser julgado em primeira instância e até mais se for ajuizado recurso contra a decisão de primeiro grau.

A solução dos processos judiciais, seu processamento e julgamento é algo que demanda uma certa atenção do Judiciário, contudo, o aumento da litigância é um fenômeno muito mais complexo, como disse o presidente do CNJ e do STF, o Ministro Joaquim Barbosa na apresentação dos dados “o excesso de novos processos não é fenômeno que envolve somente o Judiciário, mas a sociedade como um todo”.

³¹ CNJ – Conselho Nacional de Justiça, Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relatorio_jn2013.pdf>. Acesso em 20 de out. 2013.

1.3.4 Duplo grau de jurisdição

O elevado número de processos que tramitam em nossos Tribunais de 2ª instância, hoje, decorrentes dos excessivos e protelatórios recursos interpostos pelas partes, previstos no artigo 496, do Código de Processo Civil, são um dos principais motivos da morosidade do descrente sistema Judiciário.

A interposição de recursos pelas partes, apesar de ser uma garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório, prolonga ainda mais o litígio e seus custos.

Todas as formalidades processuais demandam tempo e um elevado custo, prolongando-se os litígios durante anos, causando a insatisfação social.

A demora processual decorrente das formalidades do processo, bem como do elevado índice de processos que tramitam no Poder Judiciário, e do tempo gasto até o término de um processo, são inimigos da efetividade da função pacificadora do Estado, causando o enfraquecimento do Poder Judiciário.

1.3.5 Crise do Judiciário ou do Estado

Todas as considerações sobre a jurisdição e seus obstáculos (crises criadas à partir das exigências sociais) são consequências da crise estatal.

Devido a essa assertiva é que se deve discutir a tão aclamada crise da jurisdição a partir da crise do Estado, observando sua gradativa perda de soberania, sua incapacidade de dar respostas céleres aos litígios atuais, de tomar as rédeas de seu destino, sua fragilidade nas esferas Legislativas, Executiva e Judiciária, enfim, sua quase total perda na exclusividade de dizer e aplicar o direito. Em decorrência das pressões centrífugas da desterritorialização da produção e da transnacionalização dos mercados, o Judiciário, enquanto estrutura fortemente hierarquizada, fechada, orientada por uma lógica legal-racional, submisso à lei, se torna uma instituição que precisa enfrentar o desafio de alargar os limites de sua jurisdição, modernizar suas estruturas organizacionais e rever seus padrões funcionais para sobreviver como um poder autônomo e independente. (MORAIS, SPENGLER, 2012, p. 77).

Neste contexto a jurisdição torna-se alvo de uma preocupação constante, voltada para a instrumentalidade e aplicação do direito de forma eficaz e necessária para sua realização.

O nosso Judiciário, por mais admirável que seja, é excessivamente lento e demasiadamente oneroso, dificultando o efetivo acesso do cidadão à Justiça.

O Poder Judiciário tem como função primordial a busca da realização da Justiça. Aplicando a lei ao caso concreto, o Poder Judiciário torna-se o principal garantidor da efetivação dos direitos individuais e coletivos e, por consequência, guardião das liberdades e da cidadania. Todavia, nosso sistema Judiciário passa por uma terrível crise interna.

Existe um enorme descompasso entre a teoria, contida na lei e na doutrina, e a prática judiciária, o dia-a-dia forense. O abismo é imenso. Atualmente, o aparelho estatal Judiciário encontra-se demasiadamente estagnado, devido aos problemas já citados anteriormente.

Cada vez mais, a tão almejada Justiça acaba se distanciando daqueles que realmente dela necessitam. Pode ser observado que inúmeras vezes não conseguimos obter de forma satisfatória a pacificação das relações sociais, sequer de nossos conflitos individuais, o que acaba por gerar novos conflitos judiciais.

A esse quadro angustiante de uma Justiça morosa, cara, complicada, burocratizada e praticamente inacessível a maior parte da população, soma-se a falta de resposta processual para os conflitos próprios de uma sociedade de massa, da coletividade.

Todos esses aspectos levam a sociedade à insatisfação e, conseqüentemente, ao declínio de sua credibilidade em relação ao Poder Judiciário, enquanto instituição criada com a finalidade precípua de garantir o exercício da Jurisdição, o acesso à Justiça.

Há uma grande preocupação entre os estudiosos e os operadores do Direito, em imprimir maior celeridade procedimental, visando minimizar a duração de um processo, a um lapso temporal razoável, buscando-se, assim, a efetividade do processo, e um verdadeiro acesso à Justiça.

Deve-se dessa forma, voltar a atenção para outras modalidades que não dependam do Poder Judiciário, através da desformalização da controvérsia, para a solução dos conflitos de interesses existentes entre as pessoas, como meios alternativos e medidas extrajudiciais de pacificação social, com celeridade e eficiência.

Corroboram com a ideia de se buscar os meios alternativos para a resolução dos litígios na busca do efetivo acesso à Justiça, Cappelletti e Garth (1988, p. 13), quando afirmam que:

O acesso não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.

Nessa perspectiva, surgem os meios alternativos de solução de controvérsias, quais sejam, conciliação, arbitragem e mediação, como elementos importantes na busca de soluções práticas para os problemas de acesso à justiça.

Neste sentido Moreira Neto e Souto (2004, p. 215) acentuam que:

[...] não obstante a tentativa, que é sempre alvitrada, para manter um obsoleto monopólio da justiça (que não se confunde com o monopólio da jurisdição – este, inerente ao próprio conceito de Estado), de resolver essa situação com o mero aumento de estrutura judiciária (cartórios, juízos, orçamento, modificação na legislação processual e informatização da justiça), tornou-se indispensável nos Estados contemporâneos a adoção de fórmulas adicionais de solução de conflitos, em especial, a revitalização dos sistemas extrajudiciais, com destaque, no caso, para a arbitragem, o que MAURO CAPPELETTI, denominou de terceira onda do movimento universal de acesso à justiça.

O problema vivido pelo Judiciário é tamanho que o próprio CNJ criou o projeto “Movimento pela Conciliação”, buscando diminuir o tempo de duração da lide, além de reduzir o número de processos que se avolumam no Judiciário, inclusive com o estímulo para a implantação de centros de mediação extraprocessual em comunidades de baixa renda, oferecendo um resultado rápido e de baixo custo, já que não precisam pagar custas muitas vezes em acima da sua capacidade financeira. Isso tem refletido cada vez mais na busca pela aplicação de novas formas de solução de conflitos, especialmente as negociadas, como a mediação, a conciliação e a arbitragem, onde se possa reconstruir, dentro do possível, o relacionamento entre as partes, ajudando a resolver suas disputas e a administrar melhor seus conflitos, pois, como se compreende da leitura de Cappelletti e Garth (1988, p. 20-21), “uma justiça tardia representa a própria negação da justiça, pois, para muitas pessoas, torna-se uma justiça inacessível”.

Nada mais plausível que a permissão da partilha deste modelo quase exclusivamente jurisdicional de prestação de direitos com os meios alternativos agregados ao Judiciário, até porque a possibilidade de analisar qual instrumento melhor se coaduna com a causa, a condução do processo e a solução da demanda

serão mais eficazes. Neste sentido, tem-se ampliado o campo desta discussão para a utilização de métodos não adversariais de solução de conflitos no âmbito judicial, pois o que importa é resolver os conflitos, pacificar, seja extrajudicialmente (por meios mais baratos, simples e céleres), seja no âmbito jurisdicional (acordos/conciliações em ações judicialmente necessárias).

A entrega oportuna e célere de efetiva Justiça, com a resolução dos conflitos de interesse, pode ser alcançada com a desobstrução dos processos que tramitam pelo Poder Judiciário, através das formas alternativas de solução dos conflitos, entre elas a Conciliação, a Mediação e a Arbitragem, temas que serão melhor abordados no próximo capítulo.

CAPÍTULO 2 – A APLICAÇÃO DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO SISTEMA BRASILEIRO

2.1 O paradigma da judicialização dos conflitos

Na antiguidade as sociedades solucionavam seus conflitos através de diversos meios, tendo em vista a fraqueza da organização estatal da época ou, não raro, da inexistência da figura do Estado.

Com a ampliação dos direitos sociais, através das lutas e conquistas, passou-se a exigir do Estado uma maior intervenção na garantia dos mesmos, garantindo o direito na lei; o Legislativo em tese cumpriu seu papel, contudo, a sociedade busca agora a efetivação de seus direitos. Diante de um executivo limitado pelo fator econômico e político, a sociedade busca no judiciário, uma das instituições do poder estatal, como possibilidade de efetivação destes direitos.

Nesta busca pelo judiciário, como meio para solução dos conflitos sociais com vistas a dar consolidação à cidadania social é possível identificar um grande obstáculo de caráter jurídico-sociológico, onde atualmente, a crise se dá a nível estrutural e normativo, pois os poderes estatais, já definidos e organizados, sofrem com a carência estrutural das instituições nos diferentes segmentos organizacionais.

A Administração Pública não é um valor em si mesmo e o núcleo do Direito não é o poder, mas a realização de direitos fundamentais. Trata-se da legitimação do Direito como via de interesse de todos os indivíduos.

Contudo, o entendimento que se tem à respeito do tratamento da maioria dos conflitos é de que existem dois lados na batalha, onde um deve vencer e o outro perder, além de um ou ambos não quererem desistir do confronto.

Resolver o conflito é recorrer ao juiz e atribuir a ele o poder de dizer quem ganha e quem perde. As formalidades exigidas pelo Direito têm origem em épocas ancestrais e decorrem da forte influência do caráter religioso e sagrado atribuído ao Direito Romano, que fez com que sistema jurídico da época se fundamentasse em formas e procedimentos baseados em leis sagradas.

A cultura que imerge ainda enraizada é de que a segurança e credibilidade que se dá as decisões que visam resolver os conflitos só acontece

quando o Estado através do juiz – detentor do poder de dizer o Direito atua de forma imperativa perante a sociedade, ou seja, os cidadãos não possuem mais autonomia para tomar as rédeas de suas vidas e decidirem o melhor caminho, quando se defrontam com algum empasse acerca de seus direitos.

É tão cômodo ajuizar ações judiciais para qualquer conflito, por menor que seja. A banalização da judicialização dos conflitos é tão ruim tanto para o Judiciário, quanto para a população em si. Para a população que cria uma cultura social de que tudo pode e deve ser resolvido pelo juiz e para o Judiciário, porque desenvolve um dos obstáculos já comentados que dificultam o acesso à justiça e cria uma certa descredibilidade do Judiciário pelo volume exacerbado de processos.

Quem defende a tese é o desembargador José Renato Nalini, corregedor-geral da Justiça de São Paulo. Ele afirma que é necessário que se descubra uma forma de evitar que toda disputa chegue à Justiça, e que se criem meios de pacificação social fora dos tribunais. *“Precisamos criar uma forma de desjudicialização do máximo que pudermos, porque criamos uma sociedade que não dialoga”* (CANÁRIO, 2012).

De acordo com o desembargador, “o Brasil passa hoje por um momento de conscientização dos direitos fundamentais de cada um. Seria saudável, segundo ele, se isso não resultasse numa desconfiança no Poder Legislativo e, mais especificamente, no legislador”. (CANÁRIO, 2012).

É necessária uma redefinição, ou um resgate do real significado da cidadania em termos constitucionais, que supere a lógica-formalista vinculada ao ideário liberal o qual ainda se faz sentir presente no ensino do direito realizado no país.

Diante disto, os estudiosos do direito estão buscando e debatendo novos meios de resolução de conflitos, que sejam mais céleres, mais econômicos e menos burocráticos. Esta procura resultou no surgimento dos meios não adversariais de resolução de conflitos, denominados meios alternativos de pacificação social, dentre os quais se destacam a mediação, a conciliação e a arbitragem. Corroborando este entendimento os italianos Cappelletti e Garth (1988, p. 83-84) já disseram:

Existem vantagens óbvias tanto para as partes quanto para o sistema jurídico, se o litígio é resolvido sem necessidade de julgamento. A sobrecarga dos tribunais e as despesas excessivamente altas com os litígios podem tornar particularmente benéficas para as partes as soluções rápidas e mediadas, tais como o juízo arbitral. Ademais,

parece que tais decisões são mais facilmente aceitas do que decretos judiciais unilaterais, uma vez que eles se fundam em acordo já estabelecido entre as partes.

Neste contexto, passemos a analisar os meios alternativos de solução de conflitos, pois cada vez mais estão sendo reconhecidos como mecanismos mais rápidos e facilitadores para o caminho à efetivação dos direitos do cidadão.

2.2 As técnicas de solução de conflitos mais utilizadas no sistema brasileiro

Em diversos países europeus, nos Estados Unidos e no Canadá, inúmeras técnicas negociais passaram a ser utilizadas, sendo as mais conhecidas a conciliação, a mediação e a arbitragem, conhecidas internacionalmente por ADR - *alternative dispute resolution*.

No Brasil, essas técnicas passaram a ser conhecidas como MESCs (Métodos Extrajudiciais de Solução de Conflitos).

Antes de ingressarmos no tema propriamente dito, compete-nos esclarecer que o escopo do trabalho não é um estudo aprofundado dos meios alternativos de resolução de conflitos (conciliação, mediação e arbitragem) e ou elaborar um tratado sobre o tema.

Consiste basicamente em indicar a conciliação, mediação e arbitragem como formas relevantes de solução de conflitos perante a Administração Pública, na qual se apresenta com grande destaque, a morosidade do poder judiciário em dar resposta aos conflitos sociais emergentes.

2.2.1 A Heterocomposição

Nos meios de solução heterocompositivos um terceiro é quem decide. Azevedo (2004, p. 311) explica que a heterocomposição:

apresenta como características fundamentais: (1) a presença de um terceiro com poder de decisão vinculativo; (2) a lide, ou seja, a contraposição de conflitos de interesse; (3) a definidade, ou seja, a imutabilidade de decisões transitadas em julgado; (4) a substitutividade, ou seja, a atribuição do heterocompositor de substituir a vontade das partes para definitivamente compor a lide.

Este método abrange no Brasil basicamente dois tipos de resolução: **[a]** o **jurisdicional**, onde o Estado-juiz, através do Poder Judiciário, impõe sua decisão, substituindo a vontade das partes, exercendo uma função que lhe é própria (a jurisdição); **[b]** o **arbitral**, que é um meio privado de pacificação social onde os litigantes contratam um árbitro para decidir o conflito, cuja decisão produzirá o mesmo efeito impositivo da solução jurisdicional.

2.2.2 A Autocomposição

A autocomposição dos conflitos significa que as próprias partes buscam soluções para as suas controvérsias, com poder de decisão, caracterizada pelo consentimento espontâneo dos interessados. Segundo informa o professor André Gomma de Azevedo (2004), a autocomposição pode ser direta, quando presentes apenas os envolvidos, ou assistida (também chamada de indireta ou triangular), quando um terceiro neutro, sem poder de decisão, ajuda a compor a disputa, colaborando para que as partes cheguem ao resultado. Entre as espécies de mecanismos autocompositivos verificados no direito brasileiro, encontramos: **[a]** a **conciliação**, onde as partes solucionam seus conflitos mediante a presença de um conciliador, que as aproxima, aconselhando e auxiliando com a sugestão de possíveis acordos; **[b]** a **mediação**, que é caracterizada pela presença de um terceiro, o mediador, que ouve as partes e formula sugestões de decisões, mas sempre prevalecendo a vontade das partes; **[c]** a **negociação**, que pode ser compreendida como o meio de resolução de litígios em que as partes envolvidas dialogam e estabelecem um acordo sem que haja a interferência de um terceiro. Abaixo traremos as características de cada um destes mecanismos.

2.3 Os meios alternativos de solução de conflitos mais utilizados

2.3.1 A Conciliação e seus aspectos

Historicamente é difícil estabelecer a origem do instituto da conciliação, pois o ato de conciliar é inerente à natureza humana, como é o próprio conflito.

A conciliação foi conhecida e praticada, em maior ou menor escala, por todos os povos antigos. Como exemplo podemos citar os episódios bíblicos do antigo testamento encontrados em Gênesis, capítulo 31, versículos 36/44, que narra a discussão entre Jacó e Labão a qual culmina em conciliação, bem como em Êxodo, capítulo 18, versículos 13/26, que descreve os poderes que Moisés tinha para conciliar, julgar e delegar esses poderes a outros homens capazes. Há indicações de conciliação na Antiga Grécia, na medida em que suas leis tinham como objetivo tornar impossíveis as lides e para isso eram delegados a algumas categorias os poderes de vigia sobre determinados seguimentos da sociedade, intervindo como conciliadores quando necessário ³².

Com o advento da Lei das XII Tábuas, escritas no século III da fundação de Roma, inspiradas nas instituições gregas, os juízes foram obrigados a se dedicarem à obtenção de acordo. Nesta lei encontramos passagens que prescreviam a conciliação para certos casos de indenização de danos, e, esta sendo infrutífera, era imposta ao ofensor a pena de Talião que dizia que se alguém fere a outrem, que sofra a de Talião, 'olho por olho dente por dente', salvo se houver acordo, bem como a conciliação 'a cagúnho', onde se as partes entram em acordo a caminho, a causa é encerrada. A razão desta denominação encontra-se no fato de que, naquele tempo, a citação era feita por ato privado, sendo que o demandante surpreendia seu adversário em local público e o intimava, e havendo recusa, eram chamadas testemunhas que colocavam as mãos sobre os ombros das partes e iam caminhando até o magistrado; às vezes chegavam a um acordo e o magistrado devia limitar-se a aprová-lo ³³.

No processo de conciliação, há a figura de um terceiro que funciona como um intermediário entre os litigantes. O objetivo da conciliação é o entendimento, a composição entre as partes, independentemente da qualidade das soluções ou da interferência na interpretação das questões ³⁴.

A conciliação, geralmente confundida com a negociação, é o método alternativo de resolução de disputas em que um terceiro imparcial, que pode até

³² NEIMANAS, Roseli. **Revista dos Juizados Especiais**, p. 18.

³³ Op. cit., p. 20.

³⁴ RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **A Prática da mediação e o acesso à justiça**, p. 47.

propor soluções para o problema, auxilia as partes envolvidas no conflito na busca de um acordo.

[...] meio de solução de conflitos em que as pessoas buscam sanar as divergências com o auxílio de um terceiro, o qual recebe a denominação de conciliador. A conciliação em muito se assemelha à mediação. A diferença fundamental está na forma de condução do diálogo entre as partes³⁵.

No ordenamento jurídico brasileiro, a conciliação pode ocorrer fora do processo judicial (denominada extraprocessual), ou durante o desenrolar de uma ação judicial.

A conciliação é uma forma de autocomposição onde as partes encontram meios para diluir o conflito através da negociação. Talvez a diferença prática entre este método e a mediação seja a forma de condução da conversa por parte do terceiro que interfere no diálogo apontando opiniões e possíveis soluções, embora somente vingue o que decidiram os envolvidos.

A conciliação encontra-se definida no ordenamento jurídico brasileiro: está prevista no Código de Processo Civil (arts. 125, 277, 331, 447 a 449 e 740), especialmente no art. 125 que determina ao juiz o dever de a qualquer momento tentar conciliar as partes. Na Justiça do Trabalho é bastante utilizada, até porque constitui etapa obrigatória do processo trabalhista³⁶. A conciliação também está legitimada nos Juizados Especiais cíveis e criminais (leis 9.099/95 e 10.259/2001), onde é prevista como forma prioritária de resolução de litígios, uma vez que apenas se passa à fase de instrução e julgamento se não tiver sido frutífera a conciliação ou (se os envolvidos preferirem) o juízo arbitral (no caso cível). No que diz respeito aos entes públicos, a Lei nº 9.469/1997³⁷ permite ao Advogado-Geral da União, em determinadas causas, conciliar em juízo, formalizando acordos ou transações

³⁵ SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediação de Conflitos: Família, Escola e Comunidade**. 42.

³⁶ Art. 764 da CLT: “Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do trabalho serão sempre sujeitos à conciliação”.

³⁷ “Art. 1º O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais poderão autorizar a realização de acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas de valor até R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).”

judiciais, e a Lei nº 12.153/2009³⁸ (instituiu os Juizados Especiais da Fazenda Pública³⁹ no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios), permite que em diversas ações cíveis até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos se utilize o instituto da conciliação.

É válido fazer aqui um breve destaque sobre o “Movimento pela Conciliação”, promovido pelo Conselho Nacional de Justiça em todo país: desenvolvido desde 2006, cujo lema principal é “conciliar é legal”, e utilizando como carro-chefe as chamadas “Semanas de Conciliação”, o movimento busca reduzir o número de processos judiciais, a duração dos conflitos e a morosidade da justiça, além de possibilitar a ampliação e facilitação do acesso à Justiça, instituindo uma nova mentalidade voltada à pacificação dos conflitos.

O CNJ continua a incentivar a política de conciliação no âmbito do Judiciário e por meio da Resolução CNJ n. 125, de 29/11/10, que instituiu a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, vem buscando concretizar o princípio constitucional do acesso à Justiça, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, inciso XXXV da Constituição da República).

Um aspecto relevantíssimo nesse tema é a capacitação dos conciliadores e mediadores e, neste particular, é louvável a importância dada pelo CNJ à formação desses essenciais atores do processo, tanto que o Conselho exige uma formação mínima para a atuação destes nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, prevendo tal formação, inclusive a realização de estágio supervisionado.

A tendência da Justiça em incentivar essas formas de solução de conflitos se nota, inclusive, no Projeto do Novo Código de Processo Civil (Projeto 166/2010), resultado do trabalho da Comissão de Juristas presidida pelo Ministro Luiz Fux, que além de fazer diversas referências ao longo do texto ao mediador e ao conciliador,

³⁸ “Art. 8º. Os representantes judiciais dos réus presentes à audiência poderão conciliar, transigir ou desistir nos processos da competência dos Juizados Especiais, nos termos e nas hipóteses previstas na lei do respectivo ente da Federação.”

³⁹ Sobre o assunto, recomenda-se a leitura do livro “Juizado Especiais da Fazenda Pública” (Editora RT), de Joel Dias Figueira Junior.

prevê especificamente as figuras do conciliador e mediador (conteúdo a ser abordado posteriormente) na condição de auxiliares da Justiça, vejamos:

“CAPÍTULO III
DOS AUXILIARES DA JUSTIÇA

Art. 119. São auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições são determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, **o mediador e o conciliador judicial**”. (grifei).

Resumindo, a conciliação é ato processual preventivo pelo qual as partes, com a intervenção do juiz ou do conciliador, buscam a justa composição da lide. É meio de autocomposição do conflito de interesses, obtida com a colaboração de um terceiro.

2.3.1.1 Técnicas de conciliação

A técnica de conciliação é um conjunto de procedimentos e estratégias que otimizam a realização da audiência/sessão de conciliação, no sentido de torná-la produtiva. Visa contribuir para o alcance dos objetivos propostos de forma mais ágil e eficiente.

Conhecer as técnicas de conciliação e o uso correto das mesmas possibilita o conciliador ter mais facilidade, firmeza, segurança ao conduzir a audiência/sessão de conciliação. Naturalmente, apenas a prática irá assegurar o domínio delas.

Keppen(1996, p. 112-120), aponta ainda em seu estudo as diversas técnicas que devem nortear a solução do litígio, como sendo:

a) Postura do juiz – O juiz deve ser uma pessoa calma e serena, com autoridade moral, que busca o respeito de todos os jurisdicionados, não pela força que dispõe, mas sim pelo nível de suas atitudes;

b) Urbanidade - Além de sua postura, o juiz deve ser uma pessoa que trata os funcionários, os advogados e as partes com urbanidade, atenção e respeito, atendendo-os com dedicação e amor ao trabalho. Tal comportamento pelo respeito que impõe, facilita a conciliação;

c) Linguagem - O juiz, em contato com as partes, notadamente as mais humildes ou de menor cultura, deve produzir uma linguagem mais acessível, compreensível, sem

cair no chulo ou na arrogância. A linguagem técnica deve ser preservada para seus despachos e decisões;

d) Serenidade do juiz na audiência - O magistrado, no início da audiência, deve procurar controlar seu estado de ânimo, mostrando-se calmo e sereno, absolutamente seguro de suas atribuições;

e) Estudo prévio do processo antes da audiência - Eis aqui uma técnica da maior importância. É sabido que o juiz tem a obrigação de conhecer o processo. Contudo, para melhor estimular as partes à conciliação, mister se faz tenha perfeito domínio do processo. O juiz que não procede assim, além de não se revelar um profissional, terá menos êxito na obtenção do acordo;

f) Exortação para o acordo – o juiz deve ao iniciar a audiência, explanar acerca do acordo ser uma opção mais econômica e que demanda concessões de ambas as partes;

g) Fixação dos pontos controvertidos – facilita a possibilidade de acordo;

h) Conta preparada - O magistrado deve providenciar antes da audiência que o débito seja liquidado, ou que pelo menos se faça uma estimativa do valor do débito pleiteado. Isso torna a discussão objetiva, ajuda as partes e facilita a composição.

Não existe uma fórmula certa que prescreva com exatidão a possibilidade de restar exitosa uma audiência de conciliação, pois demandam vários fatores.

Contudo, se assimilado as técnicas aqui mencionadas, melhores resultados poderão surgir, tudo em benefício dos atores do palco judicial e da sociedade em geral.

2.3.2 A Mediação e seus aspectos

2.3.2.1 Natureza jurídica, requisitos e campo de atuação da Mediação

A Mediação consiste em um meio não jurisdicional de solução de conflitos, onde um terceiro se coloca entre os opostos e tenta conduzi-los a uma solução autocomposta, ou seja, as próprias partes decidem. Tem como características a liberdade das partes, a não competitividade, o poder de decisão das partes, a participação de terceiro imparcial, informalidade do processo e confidencialidade.

O processo segundo o qual as partes em disputa escolhem uma terceira parte, neutra ao conflito, ou um painel de pessoas sem interesse na causa, para auxiliá-las a chegar a um acordo, pondo fim à controvérsia existente. Nesse espírito, são elas mesmas que encontrarão a solução para o problema, ajudadas, em menor ou maior escala, pelo mediador. Como regra, busca-se a mediação quando as partes não mais acreditam que são capazes de resolver o conflito sozinhas.

Pode ser entendida, também, como uma negociação assistida ou negociação expandida. Contudo, o mediador, diferentemente do árbitro dentro do processo arbitral, não profere decisão alguma. (AZEVEDO, 2004, p. 313)

A mediação é um ramo alternativo ao estatal, na qual um terceiro neutro, denominado mediador, intervém na contenda para que as partes componham consensualmente o conflito, somando informações técnicas recebidas das partes envolvidas sobre a matéria discutida. A terceira pessoa tem a função apenas de auxiliar os envolvidos para alcançarem uma decisão, demonstrando que o conflito não é algo negativo, mas natural e positivo, pois conduz para o progresso e aprimoramento das relações interpessoais e sociais, não podendo discutir a causa e nem revelar para outras pessoas o que ocorre (princípio da confidencialidade)⁴⁰.

É necessário que haja diálogo e cooperação entre as partes, com a participação do mediador facilitando a conversa e mostrando que ambas as partes podem ser beneficiadas, onde prevalece o acordo por elas estabelecido. Embora não haja regulamentação legal, mas encontra-se em vias de ser positivado⁴¹,

⁴⁰ AZEVEDO, André Goma de (org). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**, p. 308.

⁴¹ No Brasil, a mediação começa a ganhar forma legislativa com o Projeto de Lei no. 4.827/98, oriundo de proposta da Deputada Zulaiê Cobra, tendo o texto inicial levado à Câmara uma regulamentação concisa,

estabelecendo a definição de mediação e elencando algumas disposições a respeito (PINHO, 2008, p. 12).

Na Câmara dos Deputados, já em 2002, o projeto foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e enviado ao Senado Federal, onde recebeu o número PLC 94, de 2002.

Ocorre que em 1999 o Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) já havia constituído comissão para elaborar um anteprojeto de lei sobre a mediação no processo civil, que culminou com diversos debates públicos e a elaboração de um texto final. O texto foi apresentado ao governo federal. Diante da existência do projeto de lei da Dep. Zulaiê Cobra, já aprovado na Câmara, o Ministério da Justiça realizou audiência pública, convidando a Deputada, as pessoas que com ela colaboravam, o IBDP e demais organizações sociais envolvidas com o tema da mediação.

Após essas diligências, foi elaborado um texto de consenso com a Deputada e estabelecida a estratégia de encaminhamento ao Relator do Projeto no Senado Federal, Senador Pedro Simon, solicitando-lhe que o apresentasse como substitutivo. O Senador Pedro Simon, todavia, apresentou substitutivo inspirado no texto elaborado pelo IBDP, mas alterado em seus aspectos principais.

O Governo Federal, no entanto, como parte do Pacote Republicano, que se seguiu à Emenda Constitucional no 45, de 8 de dezembro de 2004 (conhecida como “Reforma do Judiciário”), apresentou diversos projetos de lei modificando o Código de Processo Civil, o que levou a um novo relatório do PL 94.

O Governo resolveu, então, encaminhar um projeto de lei autônomo, cujo texto foi elaborado pelo IBDP. Em 14 de março de 2006, o relatório reformulado foi recebido e aprovado, na forma de seu substitutivo,

pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ).

Foi aprovado o substitutivo (Emenda no. 1-CCJ), ficando prejudicado o projeto inicial, tendo sido o substitutivo enviado à Câmara dos Deputados no dia 11 de julho.

Em 1º de agosto, o projeto foi encaminhado à CCJC, que o recebeu em 7 de agosto.

entende-se que este procedimento mostra-se uma solução eficaz para o conflito, pois objetiva aproximar as partes, permitindo ganhos mútuos que preservem o relacionamento entre elas.

A mediação possui natureza jurídica contratual, pois é firmada na soberania da vontade das partes, criando, extinguido ou modificando direitos⁴².

A partir de uma compreensão mais ampla de mediação, é possível afirmar que, em certo sentido, todos nós somos mediadores. Afinal, em algum momento de nossas vidas, já interviemos numa discussão entre duas pessoas no trabalho, em família ou em nossas relações de amizade, auxiliando-as a negociarem uma solução⁴³.

Pode-se resumir a mediação como sendo uma técnica de resolução dos conflitos seja na esfera judicial ou extrajudicial de forma não adversarial em que as partes ao lado de um profissional capacidade e habilitado (mediador) conseguem achar seus verdadeiros interesses e preservá-los através de um acordo em que todos saíam satisfeitos.

Vale aqui mencionar que, apesar da conciliação e a mediação terem características muito próximas, existem algumas diferenças.

Desde então não se teve mais notícia do referido projeto. Uma consulta recente ao sítio da Câmara mostra que o projeto está paralisado desde abril de 2007.

Quando já se perdiam as esperanças de uma positivação da mediação em nosso Direito, eis que, em 2009, foi convocada uma Comissão de Juristas, presidida pelo Ministro Luiz Fux, com o objetivo de apresentar um novo Código de Processo Civil. (PINHO, 2011, p. 2).

Em tempo recorde, foi apresentado um anteprojeto, convertido em projeto de lei (no 166/10), submetido a discussões e exames por uma comissão especialmente constituída por senadores, no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal. Em dezembro de 2010, foi apresentado um substitutivo pelo Senador Valter Pereira, que foi aprovado pelo Pleno do Senado com duas pequenas alterações.

O texto foi então encaminhado à Câmara dos Deputados, onde foi identificado como Projeto de Lei no 8.046/10.

No início deste ano de 2011, foram iniciadas as primeiras atividades de reflexão sobre o texto, ampliando-se, ainda mais, o debate com a sociedade civil e o meio jurídico, com a realização conjunta de atividades pela Comissão, pela Câmara dos Deputados e pelo Ministério da Justiça.

Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242895/000923117.pdf?sequence=1>>.

⁴² CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Mediação nos conflitos & direito de família, p. 35

⁴³ AZEVEDO, André Goma de (org). Manual de Mediação Judicial, p. 41.

(AZEVEDO, 2004, p. 308) esclarece as principais diferenças entre conciliação e mediação:

Entre os critérios comumente apontados para diferenciar conciliação e mediação aponta-se a orientação ou o papel interventivo, diretivo ou sugestionador que o terceiro imparcial exerce na conciliação. Há também quem distinga os termos a partir da voluntariedade e da confidencialidade ínsitas à mediação, em comparação ao caráter imperativo e público que teria a conciliação. (...) Por outro lado, o Conselho Nacional de Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA) define a conciliação como processo “não-adversarial e voluntário” de resolução de controvérsias no qual se busca obter solução consensual por intermédio de participação diretiva e avaliadora do conciliador, que opina quanto ao mérito e propõe soluções (...).

Também podemos citar o entendimento de (MORAIS, 2012, p.173):

A mediação consiste em um ‘dos instrumentos de pacificação de natureza autocompositiva e voluntária, no qual um terceiro imparcial, atua, de forma ativa e passiva, como facilitador do processo de retomada do diálogo entre as partes, antes ou depois de instaurado o conflito.

O mesmo autor ainda esclarece as principais diferenças entre a conciliação e a mediação:

[a] quanto ao conflito – na conciliação temos conflitos esporádicos sem relacionamento prévio entre os conflitantes, já na mediação temos conflitos nos quais os envolvidos possuem relações próximas anteriores ao litígio e que permanecerão íntegros após a resolução do mesmo;

[b] quanto ao objetivo – a conciliação tem por objetivo principal a pacificação do litígio processual mediante a elaboração de um acordo, enquanto a mediação pretende humanizar o conflito, restabelecendo a comunicação rompida entre os litigantes e tornando-a viável e, se possível, harmoniosa;

[c] quanto ao papel do mediador/conciliador - na mediação temos uma terceira pessoa que atua como mediador ajudando os conflitantes a restabelecer a comunicação, ou seja, não pode sugerir, nem propor acordos. O conciliador pode sugerir soluções, ao contrário do mediador;

[d] quanto às técnicas empregadas – a mediação prevê o emprego de técnicas voltadas para a escuta e o desvelamento do real interesse envolvido no conflito. A mediação prevê sessões mais longas do que a conciliação, podendo ser até em várias sessões, o que dificilmente acontece na conciliação⁴⁴. (grifei).

MOORE (1998 *apud* SPENGLER, 2012, p. 327), menciona que a mediação como toda nova técnica não se encontra juridificada no ordenamento jurídico, apesar de ser há muito tempo utilizada. Alguns autores afirmam a existência da mediação desde os primórdios da civilização, contudo, no mundo do Direito é um instituto novo enquanto instrumento de tratamento de conflitos sociais.

⁴⁴ MORAIS, José Luiz Bolzan de. Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição, p. 173-175.

Neste contexto, mesmo não sendo alvo de análise nesta obra, mas para fins de conhecimento, a crítica que se faz quanto à mediação é a falta de segurança jurídica que emerge quanto aqueles que defendem a necessidade de uma justificativa ou racionalidade enquanto legitimação teórica.

Contudo, concordando com as palavras de Splenger (2012, p. 329-330), há um certo risco de introduzir a mediação no sistema jurisdicional à condição de um mero instrumento a serviço de um Sistema Judiciário em crise. A mesma autora ainda defende que a institucionalização da mediação como instrumento de pacificação social pode ser muito útil se for realizada conforme critérios econômicos, contudo, pode ser perigosa se for de acordo critérios jurídico-políticos.

Neste cenário, o Poder Judiciário se mostra cada vez mais frágil e acaba muitas vezes retrocedendo ou desvirtuando a verdadeira função da mediação.

Como afirma Warat (2004, p. 195):

A formação do mediador necessita de um processo de educação participativa, onde a maioria das escolas de mediação estão formando profissionais incompletos, pois preocupam-se com as técnicas, com rituais, as formalidades, boas recomendações e esquecem do principal o trabalho dos sentimentos e da sensibilidade. As escolas de mediação formam conciliadores, negociadores, porém não mediadores.

Assim, devemos estar atentos que a tão almejada certeza jurídica e seus critérios de previsibilidade exigidos, como uma falha nos procedimentos de mediação podem desvirtuar a finalidade principal do referido instituto, pois o que se busca na mediação diferente da jurisdição formal são soluções não objetivas, ou seja, baseadas em preferências ou desejos das partes envolvidas.

O que deve ser defendido é o reconhecimento da mediação como instituto legitimado que propõe uma outra forma de tratar os conflitos, buscando não só uma solução para o Poder Judiciário, mas também, a autonomia das partes pode ser uma vantagem neste processo de identificação de uma pluralidade de caminhos condizentes com as características de cada conflito.

Este tema será melhor tratado no próximo capítulo como uma forma de mediação extrajudicial ou mediação na Administração Pública.

Por ora, é de suma importância destacar os requisitos indispensáveis ao instituto da mediação e neste sentido Pinho (2011), esclarece quais são:

[a] A existência de partes em conflito – com relação as partes, podem ser elas pessoas físicas ou jurídicas, podendo ser também pessoas despersonalizadas, desde que se possa identificar seus representantes. Pode ainda ser menores desde que

assistidos por seus pais (veja-se, por exemplo, a utilidade da mediação em conflitos juvenis e escolares e sua potencialidade como instrumento de prevenção de adolescentes com atividades criminosas);

[b] Clara contraposição de interesses – delimita a amplitude da atividade a ser desenvolvida pelo mediador. A mediação não se confunde com um processo terapêutico ou acompanhamento psicológico. É interessante que o mediador tenha conhecimentos de psicologia e prática em lidar com as relações humanas e sociais, mas deve haver um limite claro para sua intervenção, sob pena de restar a mediação um processo infrutífero;

[c] Terceiro neutro e capacitado – por fim, o mediador, deve ser pessoa neutra, sem nenhum vínculo com as pessoas envolvidas no conflito e que goze de credibilidade. Deve ser alguém que demonstre ser confiável e apto a auxiliar concretamente no processo de solução do conflito. (grifei).

Como menciona o mesmo autor, “a mediação é algo artesanal, que demanda tempo, não é tarefa tão simples, cada caso é único”.

Assim, neste contexto, observa-se que a mediação ao contrário da conciliação é dinâmica, ou seja, demanda análise aprofundada das questões envolvidas no conflito, sob os mais diversos ângulos, pois deve-se buscar os interesses por trás das posições assumidas pelas partes, pois nem sempre o conflito aparente, ou melhor, superficial é o motivador da contraposição entre as partes. Por isso a mediação como forma alternativa de solução dos conflitos foge ao modelo tradicional e até mesmo a conciliação, uma vez que, tais mecanismos visam resolver o conflito pelo ângulo processual, enquanto a mediação pretende resolver o conflito pelo ângulo social.

Contudo, antes de adentrar no instituto da Arbitragem, vale mencionar que existe atualmente uma intensa atividade legislativa no sentido de normatizar o instituto da Mediação, seja no âmbito judicial ou extrajudicial (via administrativa), bem como algumas alterações normativas no que tange a arbitragem.

Encontra-se em andamento no Senado Federal o Projeto de Lei n°. 517 de 2011, que institui e disciplina o uso da mediação como instrumento para prevenção e solução consensual de conflitos no âmbito judicial e extrajudicial; o Projeto de Lei n°. 406 de 2013, que altera a Lei 9.307 de 1996 (Lei de Arbitragem) e o Projeto de Lei n°. 405 de 2013, que dispõe sobre a mediação extrajudicial, tendo grande conotação com o objeto do presente trabalho, motivo pelo qual será melhor analisado no capítulo seguinte, quando será abordado acerca da possibilidade da aplicação dos meios alternativos de resolução de conflitos na Administração Pública. Ademais, tais projetos de lei por serem conexos e ao mesmo tempo possuírem certa dependência, encontram-se tramitando em conjunto.

Apesar de já ter sido mencionado o histórico legislativo acerca do referido instituto é importante destacar alguns pontos que estão sendo debatidos acerca do interesse em normatizar a Mediação, mais precisamente a alteração trazida no novo Código de Processo Civil.

Diante do quadro exposto, no tocante ao desgaste e insuficiência da prestação jurisdicional, no sentido de atacar o problema e criar soluções, eis que surge, inicialmente, um anteprojeto, convertido em projeto de lei nº. 166 de 2010, submetido a discussões e exames, por uma comissão especialmente constituída por senadores, no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal.

Contudo, em dezembro de 2010, foi apresentado um substitutivo pelo Senador Valter Pereira, que foi aprovado pelo Pleno do Senado com duas pequenas alterações. O texto foi então encaminhado à Câmara dos Deputados, onde foi identificado como Projeto de Lei nº. 8.046 de 2010, onde se insere significativas alterações no Código de Processo Civil, dotando o juiz de novas ferramentas para diminuir a quantidade de processos e acelerar a resposta do Estado às lides postas a seu julgamento.

A importância ao referido instituto é tanta que no âmbito processual, o projeto do novo Código de Processo Civil (Projeto 166/2010, com as alterações previstas no Projeto 8.046/2010), reconhece o instituto da mediação como um mecanismo eficiente à pacificação social. Além do que trata dos cargos de conciliadores e mediadores, atribuindo-lhes a qualidade de auxiliares da justiça.

Sem dúvida é um grande avanço no que tange ao processo judicial, por ser uma medida salutar para a solução dos conflitos, contribuindo de forma eficaz para a abreviação do tempo das demandas entre os litigantes.

Por ter caráter pacificador e buscar a resolução de conflitos, a mediação pode ser facilmente aplicada a várias situações litigantes em diversas áreas. Existem inúmeras áreas de atuação do Mediador na sociedade, como por exemplo, a área comercial onde o mediador pode atuar na mediação de contratos, compra e venda, financiamentos, no âmbito civil, que trata de questões de posse e propriedade, casos de perdas e danos, inventários, dissolução de sociedades. A mediação no âmbito familiar que trata da separação e divórcio de casais, bem como tutela dos filhos, pensão de alimentos de direito dos filhos e adoção. A mediação penal que

trata de processos de crimes contra a honra, crimes puníveis com pena de prisão não superior a 5 anos ou com punição não referente a pena de prisão, reconstrução ou reparação de bens danificados, pagamento de quantias pecuniárias e a mediação comunitária que trata da manutenção da ordem e do bem estar de uma comunidade e de todos os empecilhos resultantes desta.

Em suma, a mediação é uma abordagem que reforça a liberdade contratual entre os litigantes ou que permite preservá-la. Conseqüentemente a mediação permite ser aplicada em vários ramos do Direito.

2.3.2.2 Espécies de Mediação

A primeira diferença que se nota entre as espécies de mediação diz respeito a sua **obrigatoriedade ou facultatividade**. No nosso projeto de lei aprovado no Senado, apesar de constar a obrigatoriedade, bem à moda brasileira, essa obrigatoriedade não é exatamente uma obrigatoriedade, ou seja, não está prevista a aplicação de qualquer sanção para o não comparecimento à audiência.

No Direito comparado, como exemplo na Argentina e Colômbia há a obrigatoriedade de certos tipos de processos passarem antes pela mediação para posterior ajuizamento da demanda. Sendo, inclusive, descrito pelo legislador colombiano de requisito de procedibilidade ⁴⁵.

A mesma autora mencionada, destaca que pelo projeto de lei brasileiro, também percebe-se uma distinção quanto ao momento em que se realiza a mediação, podendo ser classificada como **mediação prévia e incidental**.

A mediação prévia se caracteriza pela voluntariedade da parte em se submeter à mediação antes mesmo do ajuizamento da ação, contudo, produz os mesmos resultados do ajuizamento de uma ação para efeitos de prescrição.

A mediação incidental é aquela a ser intentada quando o processo já se encontra em andamento.

⁴⁵ SOUZA, Luciane Moessa de. **Mediação: breve análise da proposta brasileira e das experiências argentina e colombiana na normatização deste método de solução de conflitos**, 2006.

O projeto de lei de alteração do Código de Processo Civil, ainda faz a distinção entre **mediação judicial** e **extrajudicial**, sendo a primeira a forma de mediação feita por advogado com no mínimo 3 anos de experiência e a extrajudicial por outros profissionais com experiência prática adequada à natureza do conflito ou formação técnica e conduta ilibada.

Contudo, entendo que a distinção do profissional que atuará na área de mediação é mera formalidade que transcende ao próprio objetivo da mediação (não excesso de formalismo), pois à partir do momento em que as partes envolvidas no conflito de forma espontânea resolvem aderir à mediação como forma de resolução de seus conflitos de forma indireta estariam convalidando ou melhor legitimando a mediação judicial ou extrajudicial como mecanismo de pacificação social.

Na verdade, tem-se nos meios não adversariais ou também chamadas de alternativos de resolução dos conflitos, em especial na mediação uma ferramenta muito importante como forma de redução das demandas e de eficiente meio de pacificação social.

2.3.3 A Arbitragem - Breves Notas (Histórico e Aspectos)

A arbitragem como um dos meios alternativos de resolução de conflitos, se difere dos dois institutos mencionados (conciliação e mediação), pois neste caso um ou mais árbitros são autorizados oficialmente pelas partes a tomar uma decisão unilateralmente, sendo esta de obrigatória execução às partes.

Conforme menciona José Luiz Bolsan de Moraes, ao tratarmos de arbitragem como estratégia de tratamento de conflitos sociais, temos que ter em mente a sua origem histórica.

No período arcaico o Estado Romano não interferia no tratamento de litígios deixando que os particulares se incumbissem de solucionar as controvérsias surgidas da sua vida quotidiana. Posteriormente o Estado tratou de regular e controlar o método privado de tratamento de litígios, terminando por assumi-lo totalmente. Assim, é necessário dizer que a raiz do direito processual romano é eminentemente privada (*ordo iudiciorum privatorum*) tendo evoluído progressivamente para a estrutura estatal (*cognitio extra ordinem*).

Percorrendo o histórico da arbitragem, percebe-se que o mesmo se evidenciou desde a Antiguidade e daí em diante passou a assumir papel importante no tratamento de conflitos. Encontram-se provas de arbitragem entre os povos gregos, tanto entre particulares como entre cidades-estados, este último podendo ser exemplificado pelo Tratado de Paz traçado entre Esparte e Atenas, em 445 a.C.

[...]

No Brasil, este instituto é legalmente conhecido desde os tempos da colonização portuguesa e, atualmente, vem encontrando um novo caminho, como provam a criação de várias câmaras arbitrais e a elaboração de projetos de lei, dos quais, o último, de autoria do senador Marco Maciel, culminou na Lei 9.307/96 que, como já se disse, revitalizou-o definitivamente, procurando corrigir seus principais pontos de enfraquecimento e desuso, adequando-o por óbvio, aos padrões e interesses vigentes no cotidiano econômico contemporâneo. (MORAIS, 2012, p. 213).

Claro que, até culminar com a Lei 9.307/96 como norma específica sobre o instituto da Arbitragem no Brasil, vários foram os acontecimentos históricos que possuem extrema relevância com a matéria mencionada e neste aspecto Cassela (1996, p. 30-40) relembra os documentos jurídicos neste sentido.

O Brasil é um dos países signatários do Protocolo de Genebra sobre cláusulas arbitrais, assinado em 24/09/1923, a ratificação no Brasil foi publicada através do decreto n°. 21.187 de 1932 e mesmo que sendo duvidosa a validade de referida norma foi ratificada pela jurisprudência nacional. O Código de Bustamante de 1928, também prevê regulamentações sobre a jurisdição arbitral, segundo o qual o Brasil aderiu.

No âmbito do Direito nacional, o Brasil já previa na Constituição de 1824 a possibilidade das partes nomearem árbitros para decidirem sobre as divergências jurídicas civis. O antigo texto do Código Civil de 1.037 previa a possibilidade de as partes poderem mediante um contrato de arbitragem acordarem em submeterem suas divergências jurídicas à decisão por um tribunal de arbitragem, contanto que possuem capacidade para celebrar acordos.

O Código Comercial de 1850 seguindo a base francesa, previa a possibilidade da arbitragem para resolução dos litígios. No Código de Processo Civil a arbitragem foi regulamentada em 1939 em seus artigos 1.031 a 1046.

Importante também lançar mão dos exemplos mencionados pelo doutrinador Paulo B. Cassela ao mencionar de forma histórica o uso da arbitragem no âmbito público, senão vejamos:

Além disso, em vários casos entidades governamentais integraram processos de arbitragem com base nos já referidos contratos assinados com empresas de utilidade pública locais, sem recorrer à não-obrigatoriedade da cláusula arbitral (comparando a sentença arbitral relativo ao caso do Prefeito de Belo Horizonte e a Companhia de Eletricidade). Outros processos arbitrais se referiam a

pagamentos de indenização do Estado devida por valores patrimoniais confiscados⁴⁶.

No plano internacional, o Brasil mostrou-se um tanto arredo, pois a integração do Brasil no contexto da arbitragem internacional deu-se a partir da assinatura do Protocolo de Genebra de 1923, sendo aderido em maio de 1996, sendo confirmada a validade à cláusula arbitral em contratos comerciais internacionais em 1923⁴⁷.

A arbitragem é uma técnica de composição de conflitos alternativa à via judicial (de cunho privado), onde as partes envolvidas submetem a disputa a um juízo arbitral por meio de um contrato ou acordo voluntário (denominado convenção de arbitragem). Aqui os conflitantes buscam uma terceira pessoa (o árbitro), com capacidade e competência para dirimir o conflito.

Além das características acima mencionadas, Morais (2012, p. 225), menciona tipos algumas distinções no âmbito da arbitragem, podendo ser:

a) De acordo com as partes envolvidas - arbitragem de direito público, quando se dá entre estados e de **direito privado**, quando as partes envolvidas são particulares;

b) De acordo com os procedimentos estipulados – arbitragem *ad hoc*, quando as partes definem o desenvolvimento da arbitragem, que poderá ser de direito ou de equidade, inclusive como se escolherá o árbitro para aquele caso. Neste modelo, a informalidade é mais forte, pois as partes se envolvem em todas as etapas de criação do tribunal. Há também o modelo de arbitragem **institucionalizada**, quando há uma instituição especializada em mediar e arbitrar litígios, com regulamento próprio e lista de árbitros, tudo previamente conhecido e sabido pelas partes;

c) De acordo qual forma será decidido o litígio - arbitragem equitativa, onde os árbitros são livres para decidir o litígio segundo o seu sentido, àquele que traduz uma solução mais justa, mesmo que seja em sentido contrário ao indicado pela lei, o que não quer dizer que deva o árbitro julgar afastando o direito positivo. Pode ser também a arbitragem de **direito**, que prevê que os árbitros decidirão segundo os princípios estritamente jurídicos, julgando em consonância com o direito positivo, Neste sentido, se dá abertura para as partes disporem no momento de se submeterem à arbitragem a maneira como os árbitros devem decidir as controvérsias, estipulando que poderão decidir como amigáveis compositores ou segundo o direito.(grifei).

⁴⁶ CASELLA, Paulo Borba. **Arbitragem a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional**. p.40-41.

⁴⁷ MORAIS, José Luiz Bolzan de. SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição**. p. 215.

Seguindo ainda a linha de pensamento do autor mencionado Morais (2012, p. 228-229) se faz imprescindível abordar a questão da natureza jurídica da arbitragem, onde se divide em duas correntes:

a) Corrente contratualista, onde a arbitragem é vista por um viés privatista, tanto no que se refere a sua origem, quanto a respeito da qualidade dos árbitros, pois o vínculo que se cria entre as partes e o árbitro é contratual, uma vez que o árbitro não exerceria uma verdadeira jurisdição, embora esteja implícito em sua atividade coercitiva quando necessária. Assim, por esta corrente, o árbitro não compõe a estrutura judiciária, o laudo arbitral não possui garantia de força coercitiva e o caráter principal da arbitragem é o consenso entre as partes e que o afasta da ideia de jurisdição, pois esta pertence somente ao Estado;

b) Corrente Jurisdicional, fundamenta-se no caráter público da administração da justiça. Reconhecem a origem do instituto, mas ao mesmo tempo alegam que se desprende do caráter privatista, adquirindo características próprias de uma sentença proferida por um juiz na função jurisdicional do Estado. Os árbitros passam à ser juízes não somente pelo consentimento das partes, mas porque o Estado, também lhes concedeu tal caráter. (grifei).

Não se pode negar o caráter público da atividade exercida pelo árbitro, só pelo fato destes administrarem a justiça por vontade das partes, pois na verdade estão contribuindo para a resolução dos conflitos sociais.

Nas palavras de Paulo César Teixeira⁴⁸

Equidade é a justiça aplicada ao caso concreto, o poder que tem o árbitro de prolatar uma decisão estando descompromissado com o rigorismo da lei escrita e mais atento ao que lhe parecer justo para ser aplicado ao caso examinado. Pode ser entendida como plena liberdade de consciência e desvinculação com as normas jurídicas no momento de prolatar-se uma decisão.

Com base nas duas correntes, tem surgido uma terceira denominada de natureza jurisdicional híbrida, onde o instituto seria “contratual (privado) na primeira fase e na segunda jurisdicional”. (MORAIS, 2012, p. 231).

Assim, finaliza dizendo que a função de julgar de natureza pública se projeta sobre quem tem a responsabilidade de fazê-la, não devendo haver distinção segundo seja um funcionário público ou uma pessoa que careça de uma vinculação jurídica permanente com o Estado.

Na verdade os árbitros se revestem da qualidade de verdadeiros juízes, onde passam a administrar a justiça por vontade das partes, não podendo assim,

⁴⁸ TEIXEIRA, Paulo César Moreira; ANDREATA, Rita Maria de Faria Corrêa. **A nova arbitragem: comentários à lei 9.307, de 23.09.96.** p. 67.

negar caráter público à sua atividade, pois em última instância, estão desempenhando atividades de interesse do Estado, que é a de pacificação social.

Marinoni e Arenhart esclarecem que a arbitragem surgiu como forma alternativa de resolução dos conflitos, caminhando ao lado da jurisdição tradicional, com o objetivo de reduzir o formalismo exagerado do processo tradicional e dar maior agilidade na resolução dos problemas. Defendem, ainda, que a arbitragem pode dar soluções mais adequadas a diversas situações concretas de litígio ⁴⁹.

Segue também o pensamento de Figueira Júnior(1999, p. 153):

A cláusula arbitral, assim como o compromisso arbitral e a conseqüente instituição do juízo arbitral, não ultrapassam o limite da mera facultatividade fundada em direito obrigacional, em que as partes, por contrato, subtraem o conhecimento da lide que tem por objeto direito patrimonial disponível à apreciação do Estado-juiz.

Nada obstante a instauração do juízo privado, o Judiciário permanece avidamente vigilante, servindo como guardião da estrita observância do devido processo legal constitucional, assim como das atuações voltadas à coerção, execução ou anulação de decisões arbitrais.

Finalizando, pode-se concluir que enquanto na Justiça comum existe um certo rigor vinculativo à lei pelos juízes estatais, no juízo arbitral, os árbitros poderão decidir as controvérsias, com base tanto na lei positivada, como no princípio da equidade, sendo que neste último o árbitro deve julgar considerando o mais justo para o caso em concreto.

Por fim, também merece menção a Lei nº 9.099/1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, onde os artigos 24 a 26 disciplinam sobre o uso do Juízo Arbitral nos processos cíveis deste juizado, caso não ocorra a conciliação, hipótese em que as partes, de comum acordo, poderão escolher um árbitro dentre os juízes leigos para decidir a lide, formalizando-se um laudo arbitral para homologação pelo magistrado, por sentença irrecorrível.

O objeto do instituto da Arbitragem é de menor amplitude que a abrangência da Justiça Estatal, sendo que esta pode solucionar toda e qualquer controvérsia em pendência, diferente do sistema arbitral, que somente atinge os direitos de que as partes podem livremente dispor sem qualquer problema, ou seja, os direitos disponíveis.

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: Procedimentos especiais**, 2009.

O tema da disponibilidade e indisponibilidade dos direitos e o âmbito de aplicação dos meios alternativos de resolução de conflitos será melhor delineada no próximo capítulo.

Vale lembrar que as decisões proferidas por juízo arbitral terá força de título executivo judicial.

2.4 Os Juizados Especiais de Pequenas Causas

Ao tratarmos do tema dos meios alternativos ou como alguns doutrinadores costumam falar de meios não adversariais de resolução de conflito, não podemos deixar de lado os juizados especiais.

Não será demais afirmar que a Justiça que estamos vivenciado é a Justiça da Conciliação, Mediação e Arbitragem. A justiça do futuro pretende repelir de certa forma a figura do litígio.

Neste contexto o surgimento dos juizados especiais de pequenas causas no âmbito brasileiro, teve como pressuposto a necessidade de uma solução rápida de certos conflitos, pois houve uma certa vulgarização da utilização do instituto cautelar.

Continuava, no entanto, a necessidade de se buscar uma solução diferenciada para os conflitos de menor complexidade, seja pelo pequeno potencial ofensivo do crime, seja pela matéria, ou ainda, pelo valor da questão em discussão, que vinha de encontro à realidade concreta da grande maioria da população brasileira, a qual, deparando-se com a morosidade e a dificuldade de acesso ao Judiciário, pela complexidade de seus trâmites para efetivação da solução dos conflitos, ou pelos altos custos, com frequência relegava ao esquecimento a ofensa ao seu direito, preferindo suportar a mesma a enfrentar o Tribunal.

Assim, surgiram no Rio Grande do Sul em meados de 1982, os primeiros Conselhos de Conciliação e Arbitramento, que foram chamados popularmente de Juizados de Pequenas Causas, sob a responsabilidade do Juiz Antônio Tanger Jardim, na época titular de uma das Varas Cíveis daquela localidade. Após os resultados positivos da prática e algumas discussões sobre o anteprojeto, em 1984, entrou em vigor a Lei Federal no 7.244. Novamente, o Rio Grande do Sul foi pioneiro

ao ser o primeiro a editar a lei receptiva, a Lei Estadual no 8.124, de 10 de janeiro de 1986 que criou o Sistema Estadual de Juizados de Pequenas Causas⁵⁰.

Transcorridos dez anos da edição da Lei 7.244/84, já consagrado o sucesso da nova forma de fazer justiça, e com o intuito de aperfeiçoar o instituto em razão da ampliação da gama de conflitos submetidos a tais regras, surgiu a Lei 9.099/95 no âmbito da Justiça Estadual e a Lei 10.259/2001, no âmbito da Justiça Federal.

Não visa este trabalho fazer uma análise suscita acerca dos juizados especiais, contudo, se faz necessário analisar os princípios norteadores dos Juizados Especiais, sendo eles:

a) Princípio da oralidade: Pelo princípio da oralidade entende-se que o juiz vai colher diretamente as provas, compreendendo assim um conjunto de princípios integrativos como: o da imediação, da concentração dos atos processuais, da irrecorribilidade e o da identidade física do juiz.

A oralidade faz gerar a compressão procedimental do processo perante os Juizados Especiais, e reduz o procedimento em uma só audiência, ou poderá ocorrer outra que será designada em curto prazo, visando assim à preservação dos fatos na memória do magistrado.

Conforme destaca o doutrinador Pedro Manoel Abreu, a oralidade, num sentido comum, significa “o predomínio da palavra oral nas declarações perante juízes e Tribunais”⁵¹.

b) Princípio da simplicidade: O princípio da simplicidade possui uma finalidade específica que está prevista no artigo 13 da Lei dos Juizados Especiais, que vem estabelecer a validade dos atos processuais por mais simples que sejam no âmbito processual.

“Art. 13. Os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais forem realizados, atendidos os critérios indicados no art. 2º desta Lei.”⁵².

⁵⁰ MAGALHÃES PINTO, Oriana Piske de Azevedo. **Abordagem histórica e jurídica dos Juizados de Pequenas Causas aos atuais Juizados Especiais Cíveis e Criminais Brasileiros**, 2008.

⁵¹ ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à justiça e juizados especiais**. p.213.

⁵² BRASIL. Lei nº 9.307, de 26 de setembro de 1995. Lei sobre os Juizados Especiais Cíveis e Crimes. Legislação Federal. sítio eletrônico internet - planalto.gov.br.

O que certamente pretendeu o legislador foi enfatizar a forma como devam funcionar os juizados especiais, ou seja, de forma clara, simples, acessível, da melhor forma possível para o entendimento das partes, e, conseqüentemente, para o desenvolvimento do processo, para que as mesmas não se esbarrem em dificuldades ou obstáculos. Logo, a simplicidade nos Juizados Especiais significa que não deve haver incidentes processuais, por exemplo, devendo toda a matéria de defesa estar na contestação, com exceção apenas das arguições de suspeição e impedimento.

c) Princípio da informalidade: Por este princípio, prega-se o desapego às formas processuais rígidas, despropositadamente solenizadas, inúteis até. Maior importância ganha quando se constata que aquele que acessa o Juizado Especial pode, em alguns casos, comparecer desacompanhado de advogado, motivo pelo qual o cerimonial que inibe as partes deve ser afastado.

d) Princípio da economia processual: O princípio da economia processual visa à obtenção do máximo de rendimento da lei com o mínimo de atos processuais. O objetivo principal deste supramencionado princípio é compactar os atos processuais para alcançar a celeridade da prestação jurisdicional.

Assim, o objetivo do princípio é obter o máximo de resultado com o mínimo emprego possível de atividades processuais.

e) Princípio da celeridade: Entende-se que este não é um princípio que pode ser respeitado sem que se atendam os demais, mostra-se como mera consequência do atendimento e garantia dos demais princípios já citados.

Sendo assim, com a presença máxima de oralidade, simplicidade, informalidade e economia processual, o processo, ou procedimento tende a ser mais célere e, portanto, mais efetivo. O processo em geral pauta-se no binômio da rapidez e segurança. Porém a busca pela verdade real, o que este princípio procura no ordenamento jurídico que é a celeridade.

Tal princípio visa viabilizar o resultado efetivo da forma mais rápida possível. Com esse princípio, tem-se o cumprimento eficaz da função do Poder Judiciário, ou seja, o de prestar rapidamente a jurisdição e também o alcance do seu objetivo de extinguir os litígios.

Contudo, com o crescimento dos números de processos tramitando nos juizados especiais, este princípio encontra-se fragilizado, pois os Juizados Especiais em algumas Comarcas, principalmente na justiça Estadual, segue com longas pautas, sem datas próximas, por não existir quantidade suficiente de magistrados e serventuários para darem um andamento mais célere de tais processos.

Apesar dos problemas existentes no âmbito dos juizados especiais, há de se destacar que em muito colabora para facilitar o acesso à justiça. Os juizados especiais possuem em seu contexto a conciliação como instrumento principal de resolução dos conflitos sociais, o que fez com que aumentasse sua credibilidade e aceitação no meio jurídico.

A conciliação entre os litigantes, no curso de um processo judicial, é medida salutar para a solução dos conflitos, e contribui de forma eficaz para abreviação do tempo das demandas entre os jurisdicionados.

Nos Juizados Especiais, na maioria das vezes, a tentativa de conciliação é presidida por conciliadores leigos, escolhidos dentre os estudantes de Direito e bacharéis que prestam serviço voluntário, na qualidade de estagiários ou colaboradores do Poder Judiciário.

É prática comum ainda, as instituições de ensino, em convênio com os tribunais estaduais de Justiça ou tribunais regionais federais, instalarem unidades desses juizados, como anexos, dentro de suas instalações, ou em unidades externas por elas patrocinadas, com o objetivo de atender exigência do MEC, para estimular a prática jurídica e proporcionar a prestação de serviço à comunidade, já que esta é uma das funções institucionais das universidades, faculdades e centros universitários, em geral.

Tal prática é salutar quando se mostra como um instrumento convincente e pacificador dos conflitos sociais, mas quando serve somente com o intuito de cumprir um formalismo, em homenagem e respeito ao próprio Poder Judiciário, se torna um instrumento sem nenhum resultado prático.

Na verdade, o Juizado Especial Cível surgiu para atender aos anseios daquele cidadão que não buscava a tutela de seus direitos porque tinha a crença de que o acesso à Justiça era difícil, caro e complicado.

Foi o primeiro passo para garantir efetivamente o acesso do cidadão à Justiça, principalmente daquele cidadão que reprimia seus direitos, indignado por não ter meios para alcançá-los.

Ele não foi idealizado apenas para atender as pessoas desprovidas de capacidade econômica, bem como para aliviar o Poder Judiciário. Ele foi criado para atender toda e qualquer pessoa, independentemente de seu nível cultural e econômico. Surgiu para facilitar o acesso à Justiça, na busca da prestação jurisdicional, que há alguns anos não era buscada principalmente pelo seu alto custo, não só das custas processuais, como também da contratação de advogados, vez que, na maioria das vezes, o valor de seus honorários era mais elevado que o próprio valor da causa.

O Juizado Especial Cível foi criado para dar efetividade à garantia constitucional de acesso à justiça, preocupação constante do Estado, dando condições básicas para que o indivíduo pudesse exercer seu direito de cidadania, pleiteando pessoalmente seus interesses lesados perante o Poder Judiciário, sem necessidade de qualquer tipo de assistência, ou seja, fazendo-se ouvir.

Atualmente no âmbito Catarinense pode-se dizer que o instituto da conciliação tem sido amplamente difundido no âmbito dos Juizados de Conciliação, tanto que a prática corrente é a do incentivo da criação e instalação dos Fóruns municipais denominados de Casa da Cidadania ou Juizados da Cidadania, principalmente nos município que não sediam Comarcas.

Extraído do próprio site do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, o objetivo geral da criação das Casas da Cidadania é de “humanizar a Justiça, implementando ações que visem o pleno exercício da cidadania, gerando uma cultura de democracia participativa, como corolário de uma prática integrada com a comunidade”.

Os Juizados Especiais, tanto no âmbito interno (Varas do Juizado Especial) como externo (Casas da Cidadania), têm como intuito proporcionar à população mecanismos ágeis, fáceis e eficientes para a solução dos conflitos.

O surgimento dos Juizados Especiais e Casas da Cidadania possuem como corolário a efetivação e credibilidade do instituto da conciliação como instrumento de pacificação social, antes não alcançado por todos os cidadãos.

Como já mencionado a criação das Casas da Cidadania e postos de atendimento possuem como base, a necessidade de atendimento à certa classe de cidadãos que não dispunham de acesso à justiça, seja por falta de perspectiva de atendimento da tutela jurisdiciona ou pelo fator econômico de não poder custear as despesas processuais e honorários advocatícios.

No âmbito Catarinense, o Projeto Casa da Cidadania teve início em maio de 2000, quando se encontrava na Presidência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina o nobre Desembargador Francisco Xavier Medeiros Viera, tendo sido inaugurada a primeira unidade na cidade de Camboriú⁵³.

2.4.1 A conciliação informal

O crescimento da sociedade e as grandes concentrações demográficas, que vêm tornando o convívio entre os indivíduos mais frio e agressivo, produziram dois efeitos diretos sobre o Judiciário. Por um lado, as facilidades proporcionadas pelo avanço tecnológico tornaram a Justiça mais próxima da população menos privilegiada.

Por outro, entretanto, agravou o abarrotamento do judiciário e diminui a qualidade do serviço prestado. Este movimento, dialético por excelência, evidencia a crise do sistema judiciário de certo diagnosticada, diariamente, por juízes, advogados, promotores, defensores, serventuários, entre outros.

É normal e desejável, portanto, que surjam propostas que ampliem a seguridade dessas garantias; propiciem a todos a contraprestação oferecida pelo Estado; adotem um modelo de formação e atuação que tornem os juízes mais abertos aos valores sociais e preparem a Justiça para os desafios de nossa realidade. Produto deste contexto, a reforma do judiciário vem testando novos modelos para que, finalmente, os benefícios da universalidade e da celeridade sejam alcançados.

⁵³ MOREIRA, Elisabet Valero. Roteiro Teórico-Prático dos Juizados Informais de Conciliação, p. 7.

Neste sentido, seguindo a linha de desenvolvimento dos Juizados Especiais, surge a ideia dos Juizados Informais de Conciliação, como outra forma de pacificação ainda mais célere dos conflitos sociais.

O Juizado Informal de Conciliação era até certo momento, assunto pouco discutido no meio jurídico. Sua implementação se deu na tentativa de proporcionar aos litigantes uma prestação jurisdicional mais rápida e seguindo os meios conceitos e princípios da Lei 9.099 de 1995, já mencionados.

Na prática é um procedimento utilizado para solução de conflito envolvendo direitos disponíveis e que é realizado antes mesmo da formação do processo, ou seja, a parte comparece em uma das unidades dos Juizados Especiais Cíveis da Comarca e informa qual será sua demanda e há a designação de uma audiência de conciliação no intuito de tentar um acordo entre as partes. Contudo, restando inexitosa e, caso a parte, tenha interesse poderá ser formalizado o pedido, a qual terá seu trâmite na Vara do Juizado Especial.

Tal prática na verdade, visa um ganho operacional e tem como objetivo, desmistificar a formalidade presente no âmbito processual, mesmo nos Juizados Especiais em que o juiz profere suas decisões e despachos de andamento processual. Tal forma se parece na verdade como uma autocomposição na sua forma pura, apenas instruída por um profissional que possui uma função de confrontar os direitos ofendidos e apaziguar o litígio.

Se é verdade que o processo judicial tem que ser justo não só para o particular mas também para a Administração Pública, não menos certo é dizer que é do interesse do Estado de Direito e, como corolário natural, também do interesse da Administração Pública a realização dos direitos fundamentais dos cidadãos. Esta premissa deve nortear o pensamento garantista na busca de salvaguardar os direitos fundamentais do cidadão através de uma tutela judicial efetiva em face da Administração Pública.

Neste contexto, no próximo capítulo passemos a analisar a necessidade e interesse da Administração Pública (Executivo e Judiciário) transcenderem da fase de imposição para a fase de pacificação social, desmistificando a ideia de que os conflitos sociais devem ser resolvidos exclusivamente no âmbito do Poder Judiciário,

ou pelo menos que toda a fase de análise dos direitos conflitantes devam ser objeto de análise pelos juízes.

Capítulo 3 – PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL

3.1 A Questão da disponibilidade dos direitos patrimoniais no Direito Brasileiro na utilização dos métodos alternativos de solução de conflitos

Inicialmente, faz-se necessário estabelecer o conceito de Administração Pública Direta. Para isto, seguimos os ensinamentos da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem a Administração Pública é conceituada em dois aspectos:

a) **forma subjetiva, formal ou orgânica**, consiste no conjunto de órgãos, entidades e agentes aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa, uma das funções do Estado;

b) **forma objetiva**, compreende a natureza da atividade desenvolvida pelo Estado através do conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas que exercem a atividade administrativa, compreendendo basicamente as atividades de fomento, polícia administrativa e o serviço público.

Assim, a Administração Pública Direta representa os próprios entes políticos do Estado brasileiro previstos constitucionalmente (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), composto por órgãos internos, aos quais foi atribuída a atividade administrativa de forma centralizada⁵⁴.

Apesar de não estar bem delineado ao longo deste trabalho para quais órgãos da Administração Pública (Direta ou Indireta) se orienta o objetivo de aplicação dos meios alternativos de resolução de conflitos, o interesse maior se dá perante os órgãos da Administração Pública Direta, aqui envolvendo a União, Estados, Municípios e Distrito Federal), bem como o Judiciário.

O Judiciário entendo que faz parte da Administração Pública no sentido de que apesar de cada órgão do Estado possuir uma função específica (Executivo – administrar, Legislativo – legislar e Judiciário – aplicar as leis), as funções precípua dos três Poderes nos remetem a ideia de que há um objetivo a ser alcançado pelo Estado (Administração Pública), e cada poder tem o seu papel administrativo (lato sensu) a cumprir, seja na figura do Estado como legislador, como gestor ou na

⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia. Direito Administrativo, p. 53 e ss.

figura jurisdicional, todos trabalhando em suas funções típicas e atípicas para o desenvolvimento da Administração Pública.

Como bem destaca Volinei Ivo Carlin:

A Administração Pública é constituída de órgãos e serviços do Estado na gestão de bens e interesses da comunidade.

A Administração direta é efetivada imediatamente pelos Entes Federativos e tem como características a hierarquia e a generalidade das atribuições que lhe cabem, através de seus órgãos próprios. A indireta é realizada por meio de entidades vinculadas à Administração Pública, em cada nível dela.

A direta consiste nos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios, regulamentada pela Lei n. 9.649/98, bem como na organização das esferas estaduais, municipais e do Distrito Federal. (CARLIN, 2007, 105-106).

Em termos didáticos, a Administração Pública Direta é formada por órgãos públicos, sem personalidade jurídica, e um ente político de existência obrigatória (ou entidade política); já a Administração Indireta caracteriza-se pela presença de entidades administrativas, com personalidade jurídica, subdivididas em inúmeros órgãos públicos. De qualquer forma, a expressão *Administração Pública* não tem um sentido unívoco e não se resume ao Poder Executivo, contudo, seus desdobramentos e ampliações, para além das orientações iniciais da Constituição Federal, dependem da existência de lei.

No subcapítulo seguinte, será analisado a possibilidade do uso de formas não adversariais para a resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública (Executivo e Judiciário).

Contudo, ainda persistem alguns entendimentos contrários, fundamentando-se, sobretudo, na premissa do respeito aos princípios da legalidade (necessidade de lei específica autorizando a consensualidade na Administração Pública) e da indisponibilidade do interesse público.

A fim de esparcar estas opiniões mais tradicionais, surge a necessidade de se analisar o que seriam tais princípios e demonstrar que a indisponibilidade do interesse público e a legalidade não são empecilhos à possibilidade de negociação pelos entes estatais, mostrando-se, em breves passagens, que no contexto atual, os princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público diferem dos fundamentos pelos quais os autores mais tradicionais se sustentam, devendo ser interpretados como meios de preservação e defesa dos reais interesses públicos da

população (interesse público primário), cumprindo-se o universo da Constituição Federal.

3.1.1 O Princípio da Legalidade

A Constituição Federal, em seu art. 37, *caput*⁵⁵, determina de forma expressa que a Administração deve se sujeitar ao princípio da legalidade. Desse comando constitucional extrai-se que a Administração somente pode agir, se lhe for atribuída competência legal para tanto, e dentro dos limites da lei.

O princípio da legalidade, como a própria designação já menciona, consiste no fato de a Administração Pública estar rigorosamente subordinada à Constituição e à lei. Assim, para o administrador público, o princípio da legalidade significa que ele só pode fazer aquilo que a lei determina, ao contrário do administrador privado, para quem aquilo que não é proibido é permitido fazer.

A essência básica de que os entes de direito público não podem usar a composição amigável dos conflitos está arraigada à noção da completa submissão da Administração às leis, e respeito à CRF/1988. Assim, muitos dos administrativistas brasileiros, sobretudo os mais antigos e tradicionais, confundem a noção de legalidade com a ideia de que a Administração deve tão somente obedecer e cumprir estritamente as leis, colocando-as em prática.

Todavia, a legalidade não impõe a necessidade de reconhecimento normativo expresso para cada ato da Administração Pública, mas apenas a sua regular adequação ao ordenamento jurídico, aos princípios e normas constitucionais.

Nem todas as atividades desenvolvidas pelo administrador público pressupõem uma lei especificamente disciplinando a elaboração de cada um de seus atos. Pode-se aplicar, por analogia, o mesmo entendimento para a utilização de instrumentos consensuais de resolução de conflitos, sem que isso implique ofensa ao princípio da legalidade administrativa; ou seja, se a lei não determina todas as formas como a Administração atuará imperativamente, supõe-se que é

⁵⁵ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de **legalidade**, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (...)”. (grifo meu)

possível admitir a realização de atividades consensuais, mesmo na ausência de lei específica autorizando a prática do ato consensual concreto, desde que, lógico, não esteja em conflito com o ordenamento, exceto se o próprio ordenamento for inconstitucional. A esse respeito, esclarece Binenbojm (2006, p. 38):

Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade contra *legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição).

Neste sentido, importa destacar a necessidade de uma interpretação sistemática dos princípios e regras constitucionais como forma de fundamentar a atuação administrativa consensual.

Freitas (2007, p. 12) leciona que a Administração deve “intensa vinculação não apenas à legalidade, senão que à totalidade dos princípios regentes das relações jurídico-administrativas, mormente os de vulto constitucional”.

Impõe-se ao administrador público a busca da melhor solução para o interesse público e o princípio da legalidade não coloca óbices à atuação consensual administrativa como meio de realizar o interesse público coletivo.

Assim, o critério a ser aferido é o de verificar se a solução adotada, seja imperativa ou consensual, possibilita um resultado que atenda de forma otimizada o interesse público. Nesse enfoque, sendo o objeto litigioso transacionável, isto é, tratando-se de direito disponível, a Administração pode resolver a controvérsia por meio de solução consensual, até porque a submissão da Administração à lei estrita não garante a melhor persecução do interesse público.

O princípio da legalidade, mesmo para o administrador, deve ser compreendido não como um limite intransponível, mas uma das referências na promoção do interesse público primário – que nem sempre coincide com a expressão literal da lei – a partir de normas e princípios constitucionais⁵⁶.

Por outro lado, a consensualidade representa um instrumento de ação colocado à disposição da Administração Pública para resolução de controvérsias

⁵⁶ MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática**. p. 405.

administrativas, permitindo a consolidação de uma Administração Pública mais democrática, onde a participação do cidadão se manifesta de forma concreta.

Nesse sentido, a margem de discricionariedade atribuída ao administrador deve ser exercida no âmbito das normas que concedem poderes de valoração para seu exercício.

Lembramos a permissão legal do uso da Arbitragem na Administração Pública (consolidada nas Leis nº 8.987/1995 e nº 11.079/2004), a possibilidade legal da AGU requerer a extinção de ações em curso (Lei nº 9.469/1997) e a existência de lei disciplinando a conciliação nos Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei nº 12.153/2009).

3.1.2 O Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público

No Estado Democrático de Direito, a noção de interesse público configura medida e finalidade da função administrativa, apresentando-se como princípio legitimador dos atos no âmbito da Administração Pública⁵⁷.

Tal interesse a ser perseguido pela Administração não é simplesmente um somatório de interesses individuais, tampouco é um interesse próprio do Estado, muito menos se identifica com o interesse de eventuais governantes⁵⁸.

Mello (2004, p. 50) registra que se trata de conceito amplo e de difícil conceituação e que ao se buscar definir interesse público, normalmente se pensa em uma categoria de interesse contraposta a de interesse individual, isto é, ao interesse privado de cada pessoa; entretanto, dizer isso é muito pouco para a compreensão de seu sentido.

Notadamente, em face das transformações por que passa o Estado, diante da emergência do Estado Democrático de Direito, torna-se necessário investigar a compatibilidade da prevalência *a priori* do princípio da supremacia do interesse público com a ordem constitucional que reconhece a centralidade do sistema de direitos fundamentais.

⁵⁷ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**, p. 186.

⁵⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**, p. 246.

Com efeito, foi a partir da necessidade de satisfação do interesse público, pelo Poder Público, que a doutrina administrativista construiu, dentre outros, o denominado princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, que ao longo do tempo, serviu de fator e fundamento de legitimidade para o conjunto de privilégios de natureza material e processual que permeia o regime jurídico-administrativo, de forma que é possível extrair a princípio, que interesse privado e interesse público são de natureza distintas e antagônicas.

Contudo, Mello (2004, p. 60-61) defende o entendimento de que o interesse público seria “o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos têm enquanto membros da sociedade”, adotando, portanto, uma concepção unitária de interesse público que, ao abarcar tanto uma dimensão individual quanto coletiva, em muito se aproxima da própria noção de bem comum.

A Administração Pública, no cumprimento de suas atribuições, deve perseguir a proteção dos interesses dos cidadãos e ao melhor cumprimento dos fins da Administração significa afirmar que o interesse público é melhor atendido quando também se consideram os interesses dos particulares.

Em se tratando ainda da delimitação da expressão interesse público, faz-se necessário o estudo da divisão do interesse público na concepção primária e secundária, com o fim de demonstrar que no modelo de Estado em que a Constituição alcança primazia qualificadora no caráter prevalente dos genéricos e clássicos fins estatais, há a necessidade de conciliar a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais com o caráter objetivo dos fins do Estado.

Contudo, como não é objeto de análise neste trabalho, fica a indicação da obra de ALEXY, Robert. “*Teoría de los derechos fundamentales*” sobre a temática da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais.

A doutrina administrativista brasileira costuma classificar os interesses públicos em “primários” (originários) e “secundários” (instrumentais ou derivados).

O estudo da divisão do interesse público entre primário e secundário foi desenvolvida pelo jurista italiano Renato Alessi⁵⁹, já que os critérios nela envolvidos servem como elemento norteador da disponibilidade dos bens e interesses geridos

⁵⁹ Para saber mais, leia ALESSI, Renato. *Principii di Diritto Amministrativo*. Milão: Giuffrè.

pela Administração Pública: **interesse público primário** é o interesse geral, da coletividade/sociedade/população, enquanto que o **interesse público secundário** representa o interesse particular do próprio Estado fazendário em suas atividades de gestão patrimonial, não havendo que confundir o interesse do bem geral (interesse público primário) com o da Administração (interesse público secundário).

De acordo com essa classificação, os interesses públicos primários são indisponíveis e os interesses públicos secundários possuem natureza instrumental, existindo para operacionalizar aqueles, com características patrimoniais e que, por esse motivo são disponíveis⁶⁰.

Neste sentido, o ensinamento de Bandeira de Mello (2001, p. 32-33):

Também assim melhor se compreenderá a distinção corrente da doutrina italiana entre interesses públicos ou interesses primários – que são os interesses da coletividade como um todo – e interesses secundários, que o Estado (pelo só fato de ser sujeito de direitos) poderia ter como qualquer outra pessoa, isto é, independentemente de sua qualidade de servidor de interesses de terceiros: os da coletividade.

Há erro, muito comum, em relacionar a indisponibilidade do interesse público a tudo que diga à Administração. Porém, deve haver diferenciação entre interesse público primário e secundário da Administração Pública. A distinção de Alessi permite evidenciar que nem sempre coincidem o interesse público primário e o secundário, pois, como se vê, existem interesses da Administração Pública que são indisponíveis, quais sejam, todos aqueles que dizem respeito ao atendimento imediato do interesse público (interesse primário), e, por outro lado, interesses disponíveis da Administração Pública (interesse secundário), onde se aplicaria a consensualidade.

Neste sentido, milita Dallari (2001 *apud* IWAKURA, 2010, p. 788):

O interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração ou Fazenda Pública; o interesse público está na correta aplicação da lei, e se confunde com a realização concreta da Justiça. Inúmeras vezes, para defender o interesse público, é preciso decidir contra a Administração Pública.

Sobre a temática é importante ressaltar a análise explanada por Selma Lemes:

⁶⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações de direito administrativo**, p. 225-226.

Após essas considerações, pode-se aferir que disponibilidade de direitos patrimoniais não se confunde com indisponibilidade de interesse público. Destarte, como verificado, indisponível é o interesse público primário, não o interesse da Administração. (...) A disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais não encontra correlação com a disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público⁶¹.

A Constituição brasileira dispõe de forma expressa sobre a indisponibilidade absoluta de alguns bens. É o caso, por exemplo, da disposição contida no art. 225 do texto constitucional que estabelece que o meio ambiente, bem de uso comum do povo, é absolutamente indisponível. Qualificadas como de interesse difuso, as questões afeitas ao meio ambiente tendem a ser absolutamente indisponíveis, e que, por isso mesmo, afastariam a possibilidade de acordos ou transações administrativas. Entretanto, mesmo diante da restrição inconstitucional, podem existir situações em que a possibilidade de acordo ou transação é autorizada por lei, relativizando-se, por consequência, a indisponibilidade do bem.

A princípio, interesses indisponíveis não comportam acordo. Todavia, mesmo interesses absolutamente indisponíveis por determinação constitucional admitam a possibilidade de acordo parcial, desde que o objeto do acordo diga respeito a aspectos adjacentes da questão central, como no caso do meio ambiente em que o Termo de Ajustamento de Conduta confere a possibilidade de celebração de transação.

Diga-se ainda, por oportuno, que o Superior Tribunal de Justiça vem sedimentando jurisprudência de suma importância para a distinção quanto aos interesses públicos primários e indisponíveis e os interesses públicos secundários, patrimoniais e, portanto, disponíveis⁶².

Nesse sentido, em vista da amplitude das conceituações possíveis para a expressão interesse público, seria possível concluir que elas representam a exigência da satisfação das necessidades coletivas e que determinam que a Administração na prossecução do interesse público, dos fins de interesses gerais,

⁶¹ LEMES, Selma. **Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica**. p. 133.

⁶² A título de exemplo cito a decisão no EDcl no AgRg nº. Ag 1052235 / SP, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 10/11/2009.

adote em cada caso concreto a melhor solução possível do ponto de vista administrativo em consonância com o princípio constitucional da eficiência.

O dever de conter os conflitos retrata, por isso mesmo, o dever do Estado de repensar o seu papel e seus objetivos em relação à sociedade, assim como no dever de repensar a sua presença e a sua ação, buscando a salvaguarda dos direitos dos cidadãos e da sociedade na persecução das necessidades coletivas.

Analisado a questão dos princípios da Administração Pública legalidade e da (in)disponibilidade do interesse público, finalmente chega-se ao ponto chave da presente obra, qual seja, analisar a questão da possibilidade dos meios alternativos de resolução de conflitos, quando houver a participação da Administração Pública, tendo em vista as limitações legais à negociação de bens públicos.

De fato, não se ignora, aqui, que muitos direitos da Administração Pública são indisponíveis, como, por exemplo, os bens de uso comum do povo (ex. estradas, praças) e bens de uso especial (ex. edifícios destinados ao serviço da Administração), mas esta indisponibilidade não é absoluta.

Assim, alude-se que é necessário alavancar a revisão de pressupostos e formas de abordagem do Direito Administrativo a reivindicar o respeito às fronteiras de atuação do Estado e seus órgãos que não podem invocar em vão o interesse público, sob pena de violação expressa ao texto constitucional.

Nesse cenário, em seguida será abordado a possibilidade ou não dos meios alternativos de resolução de conflitos como propostas para a atividade administrativa, que deve ser norteada para a efetivação dos direitos fundamentais e a salvaguarda dos procedimentos democráticos.

3.2 A aplicação dos meios alternativos de resolução de conflitos na Administração Pública como quebra de paradigma da judicialização dos conflitos e imperativo na boa gestão pública

O Poder Judiciário, espaço tradicional de solução de conflitos, apresenta-se na sociedade atual ainda como o caminho quase exclusivo para aqueles que necessitam resolver querelas de todas as naturezas, especialmente quando envolvem a Administração Pública Direta.

Os vários desafios contemporâneos e as mudanças nas relações sociais, políticas, econômicas e culturais alteram constantemente os fundamentos da vida em sociedade, e, conseqüentemente, os seus conflitos. O crescente número e a diversidade dos tipos de contendas envolvendo a Administração Pública requerem mecanismos de resoluções diversas que satisfaçam os interesses dos envolvidos, sobretudo os interesses públicos, e que visualizem a sociedade como um sistema.

O próprio direito evoluiu e se aprimorou muito nos últimos anos, passando de uma posição de rigidez autoritária para a flexibilidade democrática, até mesmo como forma de acompanhar a dinâmica do interesse social.

Corolário lógico, a partir da instituição da gestão participativa e consensual, e especialmente diante da natural mutabilidade das necessidades sociais, é que o mesmo se dê com a Administração Pública no exercício de sua função. Nesse cenário, a Administração Pública e, conseqüentemente, o direito administrativo, não podem se limitar à fórmulas rígidas, formais e burocráticas para as soluções de conflitos, como o processo judicial adversativo.

Sobre este novo perfil dialógico do direito público, anota (SOUTO, 2006, p. 443:

Quanto ao seu caráter, arrefece a unilateralidade, assumindo feição dialógica com a qual se compadecem fórmulas de transação e de acordos preliminares à edição do ato administrativo, o que se ilustra com a aceitação da cláusula de arbitragem em contratos administrativos, como vem a admitir a recente lei que instituiu a parceria público-privada entre nós, cláusula essa que sempre se considerou incompatível com direitos indisponíveis, como se supõe ser os do Estado.

A atuação da Administração Pública passou a se reger por um perfil democrático de direito, de feição participativa e consensual. De fato, juntamente com o advento do Estado Democrático de Direito, surgiram princípios de inspiração libertária e entre esses, o princípio da consensualidade e da participação, asseverando Moreira Neto (2003 *apud* BORGES, 2007) que se trata de “um embrionário princípio do consenso, ainda em tímida construção, mas que já pode ser detectado e definido como a afirmação do primado da concertação sobre a imposição nas relações de poder”.

O Estado flexibiliza a sua posição de ente autoritário e assume o papel de moderador, no intuito de promover a aproximação entre a Administração Pública e a sociedade, fundamental para a consecução do interesse coletivo e superação de

suas adversidades e antagonismos. Destarte, mais uma vez o entendimento de Moreira Neto:

No processo formador de culturas e de civilizações, o dinamismo do poder comporta dois tipos de relações cratológicas: a *cooperação* e o *antagonismo*. O *antagonismo*, gerador de confrontos de poder, aos conflitos e às guerras, tem no viés da competição a mola do progresso, daí ser necessário administrá-lo para que deles se possam retirar os benefícios da competição sadia, minimizando. Mas, por outro lado, está na *cooperação* o tipo de relacionamento que possibilita a coordenação de diversas expressões de poder para o atingimento de fins comuns, desenvolvendo virtudes sociais como a tolerância e a confiança, possibilitando a concertação de vontades e o surgimento do *consenso*. (MOREIRA NETO, 2007, p. 132)

A tendência da visão evolucionista da consensualidade é a mudança do valor que alterou para melhor as relações do Estado com os administrados como forma de alcançar o desenvolvimento social. O que se espera cada vez mais do Estado, portanto, são ações na busca por resultados que determinem definitivamente a passagem de uma gestão imperativa para uma administração consensual e que valorize os direitos fundamentais.

Adelma Borges em interessante Dissertação sobre o assunto assinala:

Diante das indispensáveis quebras de paradigmas no âmbito do direito administrativo contemporâneo, observa-se uma certa predisposição à criação de normas impregnadas de conceitos voltados à convivência harmônica, igualitária, baseada na confiança e, principalmente, justa e consensual. Caminha-se no sentido de uma sociedade mais voltada para a realização da dignidade humana, da cidadania, para os direitos sociais e, sobretudo, para a pacificação social. (...) Não resta dúvida, após uma análise dos fundamentos nos processos das mudanças que acarretaram na diminuição da imperatividade e aumento da consensualidade que essas quebras de paradigmas resultaram na criação de normas invadidas de conceitos voltados para uma convivência harmônica, igualitária, de confiança e, principalmente, justa e consensual⁶³.

Escrevendo sobre transação nos contratos administrativos, SCHWANKA e RIBEIRO (2010) ilustram bem a consensualidade administrativa:

Assim, o processo de determinação do interesse público tende a ser desenvolvido a partir de uma perspectiva dialógica de ponderação dos interesses envolvidos em conflitos contratuais, a qual contrasta com a dominante perspectiva imperativa e monológica da arcaica práxis administrativa. Trata-se da Administração Consensual, a qual marca a evolução de um modelo centrado no ato administrativo (unilateralidade) para um modelo que passa a contemplar os acordos administrativos (bilateralidade e multilateralidade). Sua disseminação tem por fim nortear a transição de um modelo de gestão pública fechado e autoritário para um modelo aberto e democrático, habilitando o Estado contemporâneo a bem desempenhar suas tarefas e atingir os seus objetivos, preferencialmente, de modo compartilhado com os cidadãos.

⁶³ BORGES, Adelma Cavalcante Ferreira. **Função Extrajudicante e a Administração Pública**. 2007.

Odete Medauar (2003, p. 202), a seu turno, acredita que Administração Pública passou a exercer a atividade de composição consensual de conflitos por estar mais próxima ao cidadão comum, e às aspirações coletivas da sociedade:

A Administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade. A Administração passa a ter atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração. Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos. Passa a ter relevo o momento do consenso e a participação.

Assim, para compor os conflitos de interesses com eficiência (mensurável por meio de resultados), a alternativa encontrada é a readequação ou reformulação cultural para a utilização de meios consensuais para a pacificação de conflitos, inaugurando-se uma nova fase na gestão de conflitos envolvendo a Administração Pública Direta com a criação de alternativas mais adequadas às especificidades dos conflitos, aptas e ágeis para atender aos anseios desse novo tempo de reavaliação e relativização do poder de império do Estado e da plena cidadania.

Por outro lado, pode-se afirmar, também, que a previsão de disposição de mecanismos de consensualidade, especialmente quando utilizados como alternativa a uma Jurisdição Estatal falha, torna-se um bom exemplo de promoção da eficiência administrativa, como meio de gestão de resultados transformadores da Administração Pública e da própria sociedade, exigência, inclusive, que conta na CRF/1988⁶⁴.

Vislumbra-se, portanto, uma necessidade de ajuste do Estado para que realize suas funções em linha com as necessidades da sociedade e de seus administrados, determinando-se que a eficiência estatal seja maximizada na busca desta satisfação.

Com efeito, em conjunto com a cogente observância do princípio da eficiência pela Administração Pública, o uso da consensualidade se perfaz como diretriz a ser implementada pelo Poder Público, especialmente para cumprir com o

⁶⁴ CRF/1988: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e **eficiência** e, também, ao seguinte: (...)” (grifo meu)

dever de fomento ao desenvolvimento nacional. Neste sentido, ensina Borges (2007):

O regime jurídico-administrativo absorve as transformações ocorridas na sociedade e evolui no sentido de não quedar-se estático em um padrão de comportamento que o impeça de atingir a finalidade pública, ou seja, o interesse da coletividade. Significa estar em constante observação do seu dever constitucional de eficiência (art. 37, *caput*, da CF/88). Nesse ponto específico, o dever de eficiência é entendido como o dever da função administrativa de se coadunar com as tendências sociais na promoção de regras normativas, principalmente no regramento jurídico de direito privado que demonstrem ser mais adequados e eficientes. Pode-se afirmar, assim, que a previsão de disposição de mecanismos de consensualidade como alternativa à Jurisdição Estatal é meio de promoção da eficiência administrativa.

Assim, o dever de eficiência se traduz na resolução ágil, eficaz e satisfatória dos conflitos através de meios de conciliação ou negociação, constituindo até mesmo uma base de trabalho do Estado para o seu dever de buscar a concretização dos interesses da população.

O Estado Democrático de Direito reclama uma posição de flexibilidade e consensualidade entre o Poder Público e a sociedade. Para tanto, o estabelecimento dos meios de solução de conflitos consensuais, ao invés da imperatividade, levam em conta os anseios, as finalidades, os objetivos e a modelagem do Estado atual, promovendo negociação pacífica e eficiente. Além do mais, no que tange à Administração Pública, o uso de meio de composição consensual preserva os interesses públicos da Administração e da coletividade, pois representa uma forma mais hábil, célere e módica de solução das controvérsias. Nesse sentido, importa também ressaltar que a opção pela consensualidade leva em consideração todos os interesses envolvidos e os resultados obtidos são mais satisfatórios.

Desse modo, o Estado deve ter como horizonte a utilização do princípio da consensualidade nas relações com os administrados, não permitindo que o uso de técnicas obsoletas de gestão e prerrogativas materiais e processuais sejam motivos de distanciamento deste objetivo. É importante, portanto, que sejam maximizados os institutos da consensualidade como forma de melhor administrar o Estado brasileiro.

Cabe, a Administração Pública conciliar, negociar, mediar e utilizar-se da arbitragem privada, com vistas à solução de controvérsias, desde que propicie uma solução otimizada para o atendimento dos interesses públicos, pois é evidente que

as suas atividades consensuais de resolução de conflitos não desrespeitam o princípio da legalidade e da indisponibilidade do direito público.

3.2.1 A Conciliação na Administração Pública

Conforme visto no capítulo anterior, a conciliação é um mecanismo de consensualidade onde as partes se esforçam para dirimir o conflito com o auxílio de uma terceira pessoa, cuja função é conduzir a negociação, orientando sobre a matéria discutida e buscando a melhor solução para o conflito, mas sempre respeitando a autonomia da vontade das partes.

Geralmente é utilizada como fase inicial nos procedimentos judiciais que envolvem direitos patrimoniais disponíveis, onde a tentativa de conciliação é obrigatória, entre os quais se destacam as Leis nº 9.099/1995 e nº 10.259/2001 (juizados especiais), o processo civil em geral (arts. 125, 277 e 331 do CPC) e as reclamações trabalhistas (art. 764 da CLT).

Em várias situações a legislação pátria autoriza expressamente o uso de meios alternativos. Uma das hipóteses é a assinatura de **termo de compromisso**, em que a Administração Pública evita eventuais condenações judiciais cíveis ou penais ao assumir a responsabilidade de compor a controvérsia voluntariamente, conforme admitem a Lei nº 6.385/1976 (Lei que Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários), onde permite referido instituto a efetuar negociação de valores mobiliários, a Lei 7.347/1985 (Lei que disciplina a Ação Pública).

No que diz respeito aos entes públicos, existe autorização específica para o Advogado-Geral da União realizar, em determinadas causas envolvendo a Administração Pública Federal, acordo ou transação em juízo, decidir pela não propositura de ações e a não interposição ou desistência de recursos judiciais, além da possibilidade da AGU requerer a extinção de ações em curso (Lei nº 9.469/1997⁶⁵).

⁶⁵ Sobre a transação judicial no âmbito das relações jurídicas da Administração Federal, devem ser examinadas, entre outras leis: Lei Complementar Nº 73/1993; Decreto nº 2.346/1997; Decreto nº 4.250/2002; a Lei Nº 10.667/2003; Decreto Nº 4.250/2002; Portaria da AGU nº 1.281/2007.

Além disso, a Lei nº 12.153/2009 (dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios) permitiu que, em diversas ações cíveis até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos, particular e ente público utilizem o instituto da conciliação⁶⁶, representando um significativo avanço e uma abertura do Judiciário aos cidadãos em geral. Assim, dificilmente encontraremos opositores sobre a possibilidade e utilidade da conciliação na Administração Pública.

Sobre a conciliação, o professor Francisco Alves (2010, p. 84) ensina:

A conciliação em relação à Fazenda Pública hoje não mais encontra óbices. O ordenamento e a cultura processual, em verdade, passaram a estimulá-la em todas as searas, independente da parte que figura no pólo passivo. Injustificável, portanto, a recusa pura e simples à conciliação não lastreada em argumentos concretos que a desautorizem especificamente. (...) A conciliação em relação à Fazenda Pública é plenamente viável e deve ser estimulada, tanto pelos motivos expostos, como, também, por uma questão de ética e boa-fé processuais, além do aspecto econômico-financeiro, que pode importar em vantagem para os cofres públicos.

Exemplo concreto extrajudicial são as “Câmaras de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal”, comandadas pela Advocacia-Geral da União, cujo objetivo é resolver conflitos internos do governo federal por meio de conciliação e arbitragem, que será mais detalhadamente analisado no próximo capítulo.

Outro exemplo é a possibilidade de composição amigável no ramo do Direito Tributário, pois apesar deste ramo do Direito impor algumas limitações e pressupostos específicos que acabam por restringir as possibilidades de celebração, em razão de sua subordinação ao princípio da tipicidade, de outro, o princípio da legalidade expresso no art. 37 da Constituição Federal não afasta a possibilidade de transação. Apenas determina a necessidade de lei que indique a autoridade competente e procedimento para que a Administração fiscal realize a transação, ou seja, o instituto da conciliação foi recepcionado pelo Direito Tributário, contudo, com algumas modificações. Trata-se da imposição da Administração Pública ao princípio

⁶⁶ “Art. 8º. Os representantes judiciais dos réus presentes à audiência poderão conciliar, transigir ou desistir nos processos da competência dos Juizados Especiais, nos termos e nas hipóteses previstas na lei do respectivo ente da Federação.”

da legalidade⁶⁷. Neste contexto, podemos citar como exemplo a possibilidade de instauração de uma câmara de conciliação tributária no âmbito fiscal municipal.

É de se mencionar, igualmente, os projetos de lei envolvendo a transação tributária extrajudicial (e judicial), que têm sido apresentados pelo Poder Executivo Federal: Projeto de Lei Complementar n. 469/2009 e o Projeto de Lei n. 5.082/2009.

Não se desconhece que a aceitação da possibilidade de celebração administrativa tributária no direito brasileiro, entretanto, não é pacífica. Para diversos doutrinadores, o instituto da transação não poderia existir no ramo tributário, sob o argumento de que a autoridade tributária não poderia fazer concessões ao efetuar a atividade administrativa do lançamento tributário, mas, deveria apenas fazê-lo conforme determina a lei⁶⁸.

Porém, na realidade, a transação administrativo-tributária representa contrato de Direito Público, o qual possibilita, em razão à existência de controvérsias e mediante concessões recíprocas, a fixação acordada do montante do crédito tributário, anteriormente ao lançamento, ou ainda, a extinção de obrigações tributárias por meio de redução ou perdão de multas, ou até mesmo o afastamento do tributo, tal como se dá na remissão ou anistia de tributos.

Conforme explanado até o presente momento, principalmente no que se refere na esfera tributária, há o interesse do Estado na busca por soluções consensuais para a resolução de conflitos de direito público brasileiro, notadamente, na esfera administrativa, o que demonstra que também pode ser implementado nas outras esferas do Direito (ex. Família, Juizado Especial Criminal de Pequenas Causas, entre outros).

Portanto, mesmo na Administração Pública a conciliação pode ser utilizada como meio eficaz de solução de controvérsias e com o escopo de evitar que se leve ao Judiciário, conflitos de interesses conciliáveis (questões que podem

⁶⁷ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígio e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática**, p. 425.

⁶⁸ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **op. cit.**, p. 417.

ser objeto de negociação extrajudicial), bem como para a obtenção de bons resultados em demandas ajuizadas.

3.2.2 A Mediação na Administração Pública

A mediação é meio consensual não judicial de solução de conflitos pelas próprias partes, mas com o auxílio de um mediador que faz o papel de aproximador. O mediador estimula a diminuição do antagonismo e o aumento da cooperação entre os contendores, favorecendo trocas construtivas, estimulando a comunicação e o equacionamento do conflito.

Contudo, este terceiro se mantém neutro, deixando que as partes, após conhecerem a matéria objeto de conflito, entrem espontaneamente em consenso. Neste processo de consenso, os próprios envolvidos decidem e estabelecem os termos do acordo, mostrando-se a mediação um meio extrajudicial eficaz e uma forma de evitar delongas jurisdicionais.

A mediação parte de uma premissa de devolução às partes do poder de gerir e resolver o conflito, no sentido de que são elas as mais indicadas para solucionar suas questões, pois sabem o que é melhor para elas próprias e enfrentam momentaneamente dificuldades em melhor administrá-lo.

Fabiana Marion Spengler, em seu artigo⁶⁹ defende a ideia de que a mediação na linha de pensamento de Habermas seria um elemento novo e essencial para a formação de uma esfera pública autônoma, que mediada pela comunicação possibilitará a formação de um processo racional de consenso, livre de coação e que outorga poderes de legitimidade para a construção de uma democracia permanente.

Com a utilização, portanto, da teoria da ação comunicativa habermasiana, há uma interlocução política entre os sujeitos, os quais se tornam atores constitutivos do poder político. É tão somente neste espaço público democrático baseado na ampla comunicação entre sujeitos que vão se constituir as legítimas políticas públicas aptas a

⁶⁹ SPENGLER, Fabiana Marion; GHISLENI, Ana Carolina. **A mediação como meio de construção de uma Administração Pública Democrática**, 2011.

implementar a participação fundacional do cidadão, o qual se tornará corresponsável pelo seu próprio desenvolvimento e o da realidade em que vive⁷⁰.

Não há lei específica sobre o instituto, mas encontra-se recentemente em tramitação no Congresso os seguintes Projetos de Lei: **[a]** 517/2011 que disciplina o uso da mediação como instrumento de prevenção e solução consensual de conflitos; **[b]** 8.046/2010, que altera o Projeto de Lei n°. 166/2010, que dispõe sobre a reforma do Código de Processo Civil e a criação dos cargos de conciliadores e mediadores; **[c]** 405 de 27 de setembro de 2013 (anexo I) que visa a institucionalização e disciplina da mediação, como método de solução consensual de conflitos na esfera civil no âmbito extrajudicial e **[d]** 406 de 2013, que altera a lei 9.307/96 e a lei 6.404/76, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem.

O Brasil ainda se encontra carente de uma legislação específica para disciplinar o uso da mediação e conciliação, mas mesmo assim são técnicas muito utilizadas nas diversas esferas em que seja necessária. Historicamente o que existe são leis esparsas que ao longo do tempo se tentou implementá-la em situações específicas, como exemplo, a Lei 9.870/99, que em seu artigo 4º prevê a possibilidade da utilização de um mediador em casos de conflitos entre pais ou associação de pais e alunos e escolas, decorrentes de reajuste de mensalidades escolares. A Lei 10.101/01, que dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros e resultados das empresas, prevendo em seu artigo 4º, que naquelas negociações, caso ocorra algum impasse, se utilize a mediação. O artigo 11 da Lei 10.192/01, por seu turno, estabelece a possibilidade de, frustrada a negociação, as partes utilizarem um mediador. Este dispositivo foi posteriormente regulamentado, pelo Decreto nº 572/95 e as Portarias do Ministério do Trabalho e Emprego nº 817 e 818/95.

O que existe atualmente de mais concreto é a Resolução 125/2010, do CNJ, que trata do assunto, mas não parece ser suficiente para garantir a segurança jurídica necessária às partes, aos mediadores e magistrados.

O projeto de lei n°. 517/2011, que disciplina o uso da mediação como instrumento de prevenção e solução consensual de conflitos, de autoria do senador

⁷⁰ Op. cit., 2011.

Ricardo Ferraço tem como escopo, expandir o uso da mediação de conflitos para qualquer situação em que a legislação não proíba que os envolvidos negociem.

O texto prevê que o juiz recomende a mediação judicial, preferencialmente, em casos nos quais exista a necessidade de preservação ou recomposição do vínculo interpessoal ou social, ou quando a decisão dos envolvidos tragam consequências para terceiros.

O referido projeto se pauta na necessidade de se buscar “resolver questões emocionais mais profundas que nem sempre são expostas na maneira tradicional de abordagem do problema, seja no setor público ou no setor privado”.

O projeto de lei n°. 517/2011, prevê dois tipos de mediação: a judicial e a extrajudicial. Conforme se extrai do mencionado projeto de lei, a mediação judicial deverá ser recomendada pelo magistrado, preferencialmente, em conflitos nos quais haja a necessidade de preservação ou recomposição de vínculo interpessoal ou social entre os conflitantes, ou quando as decisões puderem causar consequências jurídicas a terceiros. Na extrajudicial, a mediação ocorre de acordo entre as partes e através de cláusula promissória.

Não obstante, a mediação tenta quebrar alguns paradigmas arraigados em nossa sociedade, como a cultura da litigiosidade e necessidade de levar ao Poder Judiciário demandas que poderiam ser solucionadas em um ambiente mais propício e com mecanismos mais apropriados.

Portanto, nesta atual sociedade um tanto complexa, como a que se vive atualmente, “o interesse público não pode ser somente confiado às instituições, mas reclama a iniciativa (e não somente a participação) dos cidadãos”. Nesse ponto, a mediação é instrumento promotor de autonomia individual na medida em que as partes são responsáveis pela decisão tomada” Gardini (2008 *apud* SPENGLER, 2011).

Portanto, se faz necessário uma maior integração entre o cidadão e a instituições estatais. Ainda destacando o projeto de lei n° 517/2011, vislumbra-se a preocupação do legislador no que tange ao espaço de aplicação da mediação, deixando claro que a mediação tem espaço em várias áreas, podendo, inclusive, ser na esfera pública, quando menciona em sua justificativa a possibilidade de aplicação no âmbito ambiental e administrativo, por exemplo.

Neste contexto cabe citar a justificativa para a criação do referido projeto:

A mediação não se limita ao campo judicial, possuindo um leque de abrangência amplíssimo, já tendo a sua utilização colhido bons frutos por onde foi explorada. Com efeito, o instituto pode ser aplicado na solução dos conflitos: administrativos, escolares, familiares, infanto-juvenis, empresariais, empregatícios, prisionais, ambientais, etc. Assim, tanto os órgãos públicos como os privados devem atentar para a importância de se adotar a mediação em suas relações interpessoais, especialmente nas de trato continuado, garantindo sentimentos de satisfação mútua.

Academicamente, é a mudança do modelo perde-ganha para o modelo ganha-ganha⁷¹.

Por sua vez, o projeto de lei n°. 405 de 2013 é um marco histórico no que tange à mediação extrajudicial. Analisando detidamente o referido projeto verifica-se intensa preocupação do legislador em expandir o campo de atuação da mediação para fora das portas exclusivas no Poder Judiciário.

Admite que todo e qualquer conflito pode ser objeto de mediação, inclusive, aqueles relacionados a direitos indisponíveis, contudo, salienta nestes casos a necessidade de ser homologado judicialmente ou quando envolver interesses de incapazes tenha que ser ouvido obrigatoriamente o representante do Ministério Público. Tal assertiva se encontra em seu artigo 2º, §§ 1º e 2º.

No capítulo VI em seus artigos 24 e 25, verifica-se a possibilidade de Mediação envolvendo os entes da Administração Pública Direta e Indireta, a saber:

Capítulo VI
Da Mediação na Administração Pública

Art. 24. Os órgãos da Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios poderão submeter os litígios em que são partes à mediação.

Art. 25. Poderá haver mediação:

- I – em conflitos envolvendo entes do Poder Público;
- II – em conflitos envolvendo entes do Poder Público e o Particular;
- III – coletiva, em litígios relacionados à prestação de serviços públicos.

Ora, tal posicionamento sinaliza que a adoção da mediação para a solução de controvérsias é plenamente compatível com o Direito Público brasileiro, não existindo, conforme o mencionado projeto de lei, nenhuma óbice, contudo, nos casos em que o interesse público é primário se faz necessário a homologação judicial ou ciência do Ministério Público nos casos em que envolverem incapazes.

⁷¹ Projeto de Lei n° 517/2011. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/atividade/materiagetPDF.asp?t=95181&tp=1>>. Acesso em 05 de set 2013.

Tal exigência encontra-se corretíssima, pois o que se pretende não é alargar a margem de discricionariedade do administrador público a ponto de efetuar mediações insubsistentes, mas sim possibilitar o alargamento do Acesso à Justiça.

Acesso à Justiça em um sentido amplo, que perpassa pela ideia de uma justiça rápida e eficaz.

Também, cabe mencionar o Projeto de Lei encaminhado pelo Ministério da Justiça ao Senado em 01 de outubro do corrente ano (anexo II), que dispõe sobre a Mediação em todos os seus ângulos, seja judicial ou extrajudicial.

A ideia é tornar o mecanismo obrigatório para as causas que tratam de direitos disponíveis, como patrimônio e contratos. De acordo com o projeto, assim que ocorrer o ajuizamento da ação, ela seguirá direto para o setor de mediação, que terá três meses para tentar resolver o litígio. Em se tratando de mediação judicial, a presença de advogado é obrigatória.

Além da mediação judicial e extrajudicial, o Projeto de Lei traz outras duas novidades: a mediação pública e a mediação online. Na primeira, o mecanismo poderá ser aplicado nos litígios entre órgãos públicos, entre entes públicos e privados ou em questões de direitos difusos ou coletivos, ou seja, a norma prevê de forma expressa a possibilidade de mediação perante a Administração Pública. A mediação online inclui tudo o que a pública pode fazer, mas pela internet.

No caso da mediação extrajudicial, feita fora do Judiciário, as partes poderão abrir mão do auxílio de advogados e defensores públicos. Para isso, deverão apresentar uma renúncia expressa. Pelo projeto, o juízo poderá reduzir as custas processuais dos casos que tiverem passado por uma tentativa de mediação extrajudicial prévia ao ajuizamento da ação.

Diante deste contexto, inúmeras são as áreas que podem ser aplicadas a mediação no contexto da Administração Pública, tais como: Mediação como Política Pública de Segurança, no âmbito das Delegacias de Polícia, buscando uma forma de Polícia Comunitária; Mediação Familiar, também no âmbito das Delegacias de Polícia, bem como nos Grupos de Serviços Social Municipal; perante os órgãos de fiscalização ambiental, visando uma conciliação ou mediação ambiental.

Sendo assim, quando se tratar de direitos indisponíveis, restabelecido o diálogo e providas as respectivas informações, as partes deverão ser encaminhadas

à Justiça estatal para que seja dado início aos atos processuais previstos em lei, agora mais céleres e menos traumáticos a partir do pré-questionamento extrajudicial motivado pelas partes. Este procedimento proporciona um ambiente alternativo de geração de opções consensuadas, exigindo-se esforços mútuos entre os solicitantes.

Deve-se recuperar o instinto de auto tutela da comunidade. Wolkmer (1994, p.276), esclarece que:

(...) na medida em que o órgão de jurisdição do modelo de legalidade estatal convencional tornou-se funcionalmente incapaz de acolher as demandas e de resolver os conflitos inerentes às novas necessidades engendradas pelos movimentos sociais, nada mais natural do que o poder societário instituir novas instâncias extrajudiciais assentadas na informalidade, autenticidade, flexibilidade e descentralização. A constituição de um novo paradigma da política e do jurídico está diretamente vinculada ao surgimento comunitário-participativo de novas agências de jurisdição não-estatais espontâneas, estruturadas por meio de processos de mediação e de conciliação. Não se trata aqui das formas de conciliação já previstas e consignadas no interior da legislação estatal positiva, mas de instâncias e procedimentos mais amplos, em regra informalizados e independentes, nascidos e instaurados pela própria sociedade e seus múltiplos corpos intermediários quase sem nenhuma vinculação com os órgãos do Estado.

Trata-se de um procedimento mais simplificado, distinto da atividade jurisdicional clássica, pois os mediadores extrajudiciais ou públicos são agentes que exercem funções diversas na comunidade, não necessitando ser juízes ou mesmo advogados. O critério deve nortear a “conciliação” extra-oficial como ruptura e alternativa à Justiça do Estado.

A partir do exposto, entende-se que a mediação extrajudicial ou pública, realizada por membros da própria comunidade, devidamente capacitados, possivelmente poderia vir a ampliar os índices de resoluções consensuadas, propiciando a diminuição da demanda de processos aos órgãos judiciais estatais.

A capacitação dos mediadores deverá estar disponível à distância, ou seja, através de ambientes virtuais de aprendizagem, abrangendo assim, localidades distantes dos grandes centros, onde geralmente, mais se necessitam de métodos alternativos de resolução de disputas, devido à precariedade ou a falta de órgãos jurisdicionais. Entende-se que estas comunidades poderão ter acesso à informação e ao treinamento, utilizando-se a estrutura física destes espaços coletivos de grande representatividade social.

3.2.3 A Arbitragem na Administração Pública

A arbitragem difere em grau da mediação e da conciliação. Com efeito, o árbitro detém não só os poderes do mediador (aproximar as partes) e do conciliador (aproximar as partes e propor soluções), como também está investido do poder jurisdicional de substituir as partes na solução dos conflitos.

Disciplinada pela Lei 9.307/1996, destaca-se como um instrumento de solução de conflitos alternativo à submissão da Jurisdição Estatal, no qual os interessados, livremente, optam pela via privada, escolhendo árbitros para decidirem seus conflitos sobre direitos patrimoniais disponíveis. Apesar de haver em lei a possibilidade do uso da arbitragem na Administração Pública Direta, ainda existe alguma polêmica doutrinária sobre o seu uso.

Contemporaneamente, a arbitragem surgiu na Administração Pública com a promulgação da Lei nº 8.987/1995 (trata do regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos), disciplinada nos artigos 23, XV⁷² e 23-A⁷³ (este acrescido pela Lei 11.196/2005). É sem dúvida uma inovação que se coaduna com as já citadas transformações na Administração Pública brasileira, buscando-se soluções de controvérsias por meios consensuais (se pode ocorrer transação, negociação, conciliação, pactos, etc. no âmbito da Administração Pública, é razoável que se utilize também a arbitragem). Registre-se, também, que a Lei 11.079/2004⁷⁴ (estabele normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada), aplicável à Administração Pública Direta, autoriza, em seu artigo 11, o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, nos conflitos envolvendo contratos de parceria público-privada.

⁷² “Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: (...) XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.”

⁷³ “Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.”

⁷⁴ “Art. 1º (...) Parágrafo único. Esta Lei se aplica aos órgãos da Administração Pública direta (...).”

A arbitragem está umbilicalmente ligada à noção de Administração Pública Consensual, além de fazer parte da evolução do Estado ocidental⁷⁵.

Além do mais, sua adoção encontra-se em consonância com o interesse público de buscar o desenvolvimento econômico e social do país, e em comunhão com o resto do mundo ocidental (em busca de ajustes que valorizem as relações dos Estados com os parceiros privados), pois a justiça Arbitral é dotada de *experts* nos assuntos que lhe são submetidos, seu trâmite é célere, o que assegura eficiência e economicidade e, principalmente, imparcial (não há vínculo com as partes contratantes – garantia de imparcialidade), afastando a possibilidade de influência de cunho político na sua gestão, o que lhe confere mais segurança jurídica. Por isso, a sua aceitação nos contratos administrativos é um dos pontos essenciais para o direito público contemporâneo pátrio, tornando-a um importante meio de viabilidade do Estado para atrair o investidor privado, especialmente nos contratos administrativos de Concessão Pública e de Parcerias Público-Privadas.

Existem alguns argumentos contrários ao uso do procedimental arbitral na Administração Pública, uma vez que defendem: **[a]** apenas direitos disponíveis podem ser tutelados pelo juízo arbitral; **[b]** A Administração Pública se pauta pelos princípios da legalidade e indisponibilidade do interesse público; **[c]** A Lei n°. 8.666/93 que disciplina as licitações e contratos administrativos não prevê a arbitragem para compor os litígios.

Com relação ao primeiro argumento, é preciso registrar não existir na legislação brasileira vedação expressa ao uso da via arbitral para a resolução de litígios entre o particular e o Poder Público.

Conforme já analisado anteriormente, é preciso reconhecer que a Administração Pública também é detentora de direitos disponíveis, isto é, direitos negociáveis.

No que diz respeito ao segundo argumento, é preciso dizer que a Administração Pública não está dispondo do interesse público e tampouco abrindo

“Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato (...) podendo ainda prever: (...) III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem (...).”

⁷⁵ Nota-se que essa evolução se deu em quase todos os sistemas jurídicos vigentes, tendo como principal motivo à intensificação das relações entre empresas, entre Estados no caminho traçado pelo fenômeno da globalização. (SZKLAROWSKY, 2004)

mão de seus direitos quando escolhe o juízo arbitral. Na verdade, apenas há a escolha da jurisdição não-estatal para por fim ao litígio.

Quanto ao último argumento, embora a lei de licitações e contratos administrativos não faça referência à arbitragem, não quer dizer que não haja proibição.

Ademais, podemos observar em algumas leis especiais a implementação da arbitragem para dirimir os conflitos relacionados à telecomunicações (Lei 9.472/97 - dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, cria a ANATEL, sob regime autárquico, no art. 93, e trata do contrato de concessão), dispõe, em seu art. 120, do foro e do modo amigável para a solução extrajudicial dos conflitos contratuais).

A Lei 10.233/2001 dispõe sobre os transportes aquaviário e terrestre, cria a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-estrutura de Transportes, determinando, de forma cogente, no contrato de concessão e permissão, em seus arts. 35, XVI e 38, XI, que sejam fixadas *“regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem”*.

Eros Roberto Grau (2000, p. 14-20) entende não existir qualquer razão para inviabilizar o uso dos tribunais arbitrais pela Administração Pública nos contratos administrativos em geral. O autor fala que a análise desta questão passa por 3 (três) pontos: 1. a consideração de que a arbitragem não encerra jurisdição, mas sim a previne. 2. a noção de contrato administrativo; e 3. a indisponibilidade do interesse público. O problema, então, é definir o que pode ou não ser objeto de arbitragem, este é o núcleo da questão.

As palavras de Moreira Neto (2007, p. 262-263):

É chegada, assim, a hora da consensualidade alcançar também a solução de conflitos pela larga via, já extensamente desenvolvida universalmente, que vem a ser a ampla adoção da arbitragem, afastando, de vez, a confusão entre *monopólio da jurisdição*, que tem sentido coercitivo, e um inexistente *monopólio da justiça*, uma vez que é a força do consenso das partes em conflito que leva a uma fórmula de composição. Tudo o que cabe ao Estado administrador, uma vez eleita a via solução consensual, é garantir, tal como nos contratos, o primado da autonomia da vontade e a eficácia da decisão arbitral no campo dos direitos disponíveis.

Também não deve prosperar o argumento de que a arbitragem seria inconstitucional por ferir o princípio da inafastabilidade do judiciário, previsto no

artigo 5º, XXXV, da CRF/1988, pois o Supremo Tribunal Federal já decidiu que a arbitragem em si considerada e a lei de arbitragem editada para regulamentá-la são perfeitamente constitucionais, quando se discutiu a constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral e com discussão incidental de vários tópicos da lei de arbitragem:

(...) o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. (...) Constitucionalidade – aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31). (STF. SE-AgR 5206 – Reino da Espanha, j. em 12/12/2001. Rel. Min. Sepúlveda Pertence)

O certo é que há previsão na legislação brasileira permitindo a arbitragem na Administração Pública Direta, o que reforça o entendimento pela sua viabilidade. Desta forma, cremos ser perfeitamente possível a submissão de uma controvérsia administrativa que recaia sobre direitos disponíveis à arbitragem prevista na Lei nº 9.307/1996, até porque, se houver alguma ilegalidade, o procedimento arbitral poderá ser objeto de ação judicial.

Todavia, cumpre deixar claro que a arbitragem somente será legítima no que diz respeito a aspectos patrimoniais (interesses públicos disponíveis) e nunca ao serviço público propriamente dito e aos interesses públicos primários (estes, indisponíveis), pois, embora não exista impedimento absoluto ao uso da arbitragem, nem toda matéria pode ser resolvida por essa via.

Mais precisamente, conforme já mencionado, encontra-se em tramitação Projeto de Lei nº. 406 de 2013, que visa ampliar a aplicação da arbitragem perante à Administração Pública, conforme expresso em seu artigo § 1º, do artigo 1º: “A Administração Pública direta e indireta, poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos à direitos patrimoniais disponíveis decorrentes de contratos por ela celebrados”.

O referido projeto de lei vincula a necessidade de aplicação da arbitragem de direito, respeitando-se neste contexto o princípio da legalidade.

Neste contexto, conclui-se ser possível a utilização da arbitragem como forma de meios alternativos de solução de conflitos envolvendo a Administração Pública, seja estando em ambos os lados ou somente um lado (ativo ou passivo).

3.2.4 Política Pública de Resolução dos Conflitos (CNJ)

Uma política pública pode ser compreendida como um “conjunto de ações e decisões do governo, voltadas para a solução (ou não) de problemas da sociedade”⁷⁶

Possivelmente umas das maiores dificuldades para implementar uma nova política pública consiste não apenas em apresentar novas propostas, mas também em criar condições para a sua expansão e em desenvolver mecanismos de aferição da efetividade dessas práticas.

No caso específico, no que se refere à conciliação e mediação, como forma de dirimir os conflitos sociais, a qual vindo sendo incentivados a utilização pelo CNJ, o desafio consiste principalmente em encontrar formas de replicar os bons resultados, universalizando assim, tal prática.

Criada em 2010, a Política Nacional de Conciliação foi instituída pela Resolução nº 125 do CNJ e tem como objetivos reduzir os processos judiciais que sobrecarregam os tribunais do país e pacificar as partes em conflito.

O objetivo é estabelecer uma mudança de paradigma, ou seja, sair da cultura do monopólio do Estado em resolver os litígios.

O movimento iniciado pela Resolução nº. 125 do CNJ tem como objetivo fundamental promover a busca de soluções para os conflitos mediante as práticas de conciliação e mediação.

Uma política pública se forma e se realiza no bojo do Estado, no sentido mais amplo do conceito de Estado e conforme sua conformação política podemos afirmar que as regras técnicas inerentes à formação de qualquer política pública devem ser observadas por todos os poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, levando-se em conta a responsabilidade executiva de suas proposições, suas características e natureza, bem como as despesas públicas advindas das mesmas.

A Política Pública no âmbito do Poder Judiciário para tratamento dos conflitos sociais se deu através da Resolução 125 de 29 de novembro de 2010. A

⁷⁶ LOPES, Brenner; AMARAL, Jefferson Ney; CALDAS, Ricardo Wahrendorff. **Políticas Públicas: conceito e práticas**, 2008.

elaboração da referida Resolução foi desenvolvida por uma comissão constituída previamente para tal finalidade, tendo sido o grupo nomeado por meio da Portaria nº. 141 de 20 de julho de 2010⁷⁷.

A referida resolução foi elaborada com base na proposta do professor Kazuo Watanabe, doutrinador mencionado e elogiado pelos seus trabalhos, tendo como diretriz principal o acesso à Justiça como “acesso à ordem jurídica justa”.

Um dos objetivos dessa Resolução foi o de uniformizar as práticas voltadas aos métodos alternativos de solução de conflitos em todo o território nacional.

Na verdade, a Resolução nº. 125/2010 trata sobre a ampliação do acesso à justiça e da pacificação do conflito por meio dos métodos consensuais, considerando que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que sua apropriada implementação visa reduzir a excessiva judicialização dos conflitos.

Contudo, observa-se que a política pública implementada na Resolução nº. 125/2010, se dá na via do litígio já instaurado, ou seja, se torna um instrumento de mudança positiva, pois visa a mudança de comportamento dos operadores do direito, incentivando a autocomposição no curso do processo, principalmente pelos mutirões das semanas de conciliação e mediação.

Contudo, a natureza do conflito a ser tratado no âmbito da Resolução é aquele judicial, ou seja, onde existe uma demanda processual.

Entretanto, devemos separar o conceito de demanda judicial do conceito de demanda pré-processual. A própria natureza que ambos os conceitos carregam, já aponta a diferença entre estes tipos. A natureza da demanda judicial é específica e única, depende da promoção de um processo judicial e de sua jurisdição para uma decisão que é chamada de prestação jurisdicional.

⁷⁷ CONSELHO Nacional de Justiça. **Portaria n 141, de 20 jul 2010**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/12026:portaria-n-141-de-20-de-julho-de-2010>>. Acesso em

A natureza de uma demanda pré-processual é aquela que, contrário senso, não se formou o processo judicial. Existe o interesse, mas, não existe a formação da jurisdição.

O termo “conflito pré-processual” é uma expressão nova que pode significar um conflito ofertado extrajudicialmente, enquanto, que na fase processual, a composição poderá ser obtida através da realização de audiências específicas para esse fim ou em etapa própria do procedimento.

A Resolução prevê que a possibilidade de solucionar o conflito de forma pré-processual através dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, o que por si só já caracteriza um avanço em termos de solução de conflitos.

Nada pode ser mais eficiente do que a conciliação pré-processual, vez que se baseia no consenso entre as partes conflitantes, que devem, antes de tudo, abandonar a animosidade e o espírito contencioso presente nos processos judiciais. As partes, ao optarem pela adoção de via alternativa à jurisdição estatal, devem ter o propósito de resolver questões surgidas de forma amigável, agindo de boa fé e boa vontade, para que realmente possam por fim às desavenças.

Promovida a conciliação, incentiva-se a realização de acordos entre as partes litigantes, permitindo-se a simplificação do processo e a realização da verdadeira pacificação social. Isto porque, no momento em que as partes chegam ao consenso não existe um vencedor ou perdedor, todos saem ganhando. Além disso, as chances de o acordo ser cumprido são grandes o que evita, ou ao menos diminui, a principal causa de lentidão do Judiciário.

Contudo, este é o ponto de análise relativo à Portaria n°. 125/2010, que demanda certa crítica, pois por um lado, se é louvável as iniciativas que permitem as partes promoverem a tentativa de acordo antes de avançarem para o litígio, por outro lado, ainda persiste a preocupação que o ambiente de realização desta atividade ocorra somente no âmbito do Poder Judiciário, pois a sistematização dos moldes sugeridos deveriam ser pensados como forma subsidiária ao modelo das atividades originárias do Judiciário.

O pensamento externado nas presentes linhas é no sentido de que as atividades e serviços públicos para os conflitos pré-processuais possam ser realizados entre os diversos atores envolvidos na resolução dos conflitos, ou seja,

não há necessidade de concentração de que o papel de mediador ou conciliador tenha que ser do Judiciário, podendo envolver a esfera dos três Poderes.

Esta teoria já foi analisada no decorrer deste trabalho, podendo se dar tanto na esfera do ente público, como entre os entes públicos.

É cediço, por certo, que uma política pública com tal envergadura deva ser patrocinada pelo Estado como um todo é o que decorre dos pactos republicanos realizados entre os Poderes. Uma das premissas do pacto republicano é permitir a colaboração efetiva dos três Poderes na realização de indispensáveis reformas processuais e atualização de normas legais.

Igualmente, como já mencionado é importante frisar a necessidade de participação do Poder Judiciário junto aos serviços de conciliação e/ou mediação a serem realizados pelos demais agentes públicos em todas as searas possíveis, como forma de participação e distribuição da justiça, principalmente quando se tratar de direitos em que há um certo conflito entre a possibilidade de disponibilidade e o interesse público, minimizando assim, o impacto lesivo que possa causar.

3.2.5 O Projeto de Lei de alteração do Novo Código de Processo Civil e de implementação dos meios alternativos de solução de conflitos no âmbito judicial e extrajudicial

Foi visto no capítulo anterior, que as ideias que nortearam a política pública judiciária, materializada através da resolução 125/2010 do CNJ, pautaram-se pelo pensamento do controle e instrumentalização pelo próprio Poder Judiciário, por intermédio dos Tribunais de Justiça.

Também, no decorrer do presente estudo, demonstrou-se que já houve tentativas legislativas no sentido de criação de mecanismos que possam colaborar na pacificação social, onde alguns se encontram em andamento e outros foram suspensos.

Neste sentido, o presente capítulo se propõe a analisar a proposta de alteração do Código de Processo Civil, através do Projeto de Lei nº 166/2010, sendo posteriormente emendado sob o nº. 8.046/2010.

Em junho de 2010, foi apresentado o Anteprojeto de Código de Processo Civil ao Senado, elaborado por uma comissão de eminentes juristas. Nele há a inserção da figura do mediador judicial como auxiliar da justiça (assim como já eram os peritos judiciais e os oficiais de justiça, por exemplo). Em dezembro do mesmo ano, o Senado aprovou o Anteprojeto do novo CPC, com algumas alterações:

Seção V

Dos conciliadores e dos mediadores judiciais

Art. 144. Cada tribunal pode criar setor de conciliação e mediação ou programas destinados a estimular a autocomposição.

(Texto anterior: Art. 134. Cada tribunal pode propor que se crie, por lei de organização judiciária, um setor de conciliação e mediação.)

§ 1º A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da neutralidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade e da informalidade.

§ 2º A confidencialidade se estende a todas as informações produzidas ao longo do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

§ 3º Em virtude do dever de sigilo, inerente à sua função, o conciliador e o mediador e sua equipe não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

Art. 145. A realização de conciliação ou mediação deverá ser estimulada por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

§ 1º O conciliador poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

(Texto anterior: § 1º O conciliador poderá sugerir soluções para o litígio.)

§ 2º O mediador auxiliará as pessoas interessadas a compreenderem as questões e os interesses envolvidos no conflito e posteriormente identificarem, por si mesmas, alternativas de benefício mútuo.

(Texto anterior: § 2º O mediador auxiliará as pessoas em conflito a identificarem, por si mesmas, alternativas de benefício mútuo.)

Art. 146. O conciliador ou o mediador poderá ser escolhido pelas partes de comum acordo, observada a legislação pertinente.

Parágrafo único. Não havendo acordo, haverá distribuição a conciliador ou o mediador entre aqueles inscritos no registro do tribunal, observada a respectiva formação.

(Texto anterior: Parágrafo único. Não havendo acordo, o conciliador ou o mediador será sorteado entre aqueles inscritos no registro do tribunal.)

Art. 147. Os tribunais manterão um registro de conciliadores e mediadores, que conterà o cadastro atualizado de todos os habilitados por área profissional.

§ 1º Preenchendo os requisitos exigidos pelo tribunal, entre os quais, necessariamente, a capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, o conciliador ou o mediador, com o certificado respectivo, requererá inscrição no registro do tribunal.

(Texto anterior: § 1º Preenchendo os requisitos exigidos pelo tribunal, entre os quais, necessariamente, inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil e a capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada pelo tribunal, o conciliador ou o mediador, com o certificado respectivo, requererá inscrição no registro do tribunal.)

§ 2º Efetivado o registro, caberá ao tribunal remeter ao diretor do foro da comarca ou da seção judiciária onde atuará o conciliador ou o mediador os dados necessários para que o nome deste passe a constar do rol da respectiva lista, para efeito de distribuição alternada e aleatória, obedecendo-se rigorosa igualdade.

(Texto anterior: § 2º Efetivado o registro, caberá ao tribunal remeter ao diretor do fórum da comarca ou da seção judiciária onde atuará o conciliador ou o mediador os dados necessários para que o nome deste passe a constar do rol da respectiva lista, para efeito de sorteio.)

§ 3º Do registro de conciliadores e mediadores constarão todos os dados relevantes para a sua atuação, tais como o número de causas de que participou, o sucesso ou o insucesso da atividade, a matéria sobre a qual versou a controvérsia, bem como quaisquer outros dados que o tribunal julgar relevantes.

§ 4º Os dados colhidos na forma do § 3º serão classificados sistematicamente pelo tribunal, que os publicará, ao menos anualmente, para conhecimento da população e fins estatísticos, bem como para o fim de avaliação da conciliação, da mediação, dos conciliadores e dos mediadores.

§ 5º Os conciliadores e mediadores cadastrados na forma do caput, se inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, estão impedidos de exercer a advocacia nos limites da competência do respectivo tribunal e de integrar escritório de advocacia que o faça. *(Parágrafo acrescentado)*

Art. 148. Será excluído do registro de conciliadores e mediadores aquele que:

I - tiver sua exclusão motivadamente solicitada por qualquer órgão julgador do tribunal;

(Texto anterior: I – tiver sua exclusão solicitada por qualquer órgão julgador do tribunal;)

II - agir com dolo ou culpa na condução da conciliação ou da mediação sob sua responsabilidade;

III - violar os deveres de confidencialidade e neutralidade;

IV - atuar em procedimento de mediação, apesar de impedido.

§ 1º Os casos previstos no caput serão apurados em regular processo administrativo.

(Texto anterior: § 1º Os casos previstos nos incisos II a IV serão apurados em regular processo administrativo.)

§ 2º O juiz da causa, verificando atuação inadequada do conciliador ou do mediador, poderá afastá-lo motivadamente de suas atividades no processo, informando ao tribunal, para instauração do respectivo processo administrativo.

(Texto anterior: § 2º O juiz da causa, verificando atuação inadequada do conciliador ou do mediador, poderá afastá-lo motivadamente de suas atividades no processo, informando ao tribunal e à Ordem dos Advogados do Brasil, para instauração do respectivo processo administrativo.)

Art. 149. No caso de impedimento, o conciliador ou o mediador devolverá os autos ao juiz, que realizará nova distribuição; se a causa de impedimento for apurada quando já iniciado o procedimento, a atividade será interrompida, lavrando-se ata com o relatório do ocorrido e a solicitação de distribuição para novo conciliador ou mediador.

(Texto anterior: Art. 139. No caso de impedimento, o conciliador ou o mediador devolverá os autos ao juiz, que sorteará outro em seu lugar; se a causa de impedimento for apurada quando já iniciado o procedimento, a atividade será interrompida, lavrando-se ata com o relatório do ocorrido e a solicitação de sorteio de novo conciliador ou mediador.)

Art. 150. No caso de impossibilidade temporária do exercício da função, o conciliador ou o mediador informará o fato ao tribunal para que, durante o período em que perdurar a impossibilidade, não haja novas distribuições.

Art. 151. O conciliador ou o mediador fica impedido, pelo prazo de um ano contado a partir do término do procedimento, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer dos litigantes.

Art. 152. O conciliador e o mediador perceberão por seu trabalho remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça.

Art. 153. As disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes.

(Texto anterior: Art. 143. Obtida a transação, as partes e o conciliador ou o mediador assinarão termo, a ser homologado pelo juiz, que terá força de título executivo judicial. - artigo excluído)

O referido projeto do novo CPC está em apreciação na Câmara dos Deputados e ainda existem alguns dispositivos polêmicos. O § 5º do art. 147 (que impede os advogados de exercerem sua profissão nos limites da competência do tribunal no qual forem cadastrados como conciliadores e mediadores) é um desses dispositivos, pois se o projeto anterior pecava pela reserva de mercado aos

advogados, já que somente os inscritos na OAB poderiam ser mediadores ou conciliadores, o atual aplica excessivo rigor territorial com esses profissionais.

Assim, a lei é de extrema importância e muito bem vinda, contudo, a institucionalização da conciliação e mediação deve ser analisada com muita reserva, pois para o sucesso dos referidos institutos se faz necessário a criação de uma base sólida e moldada aos interesses da sociedade.

Focando agora na questão da mediação, o Título III da Parte Geral do Projeto se refere ao Juiz e aos Auxiliares da Justiça. Localizamos no Capítulo Terceiro, especificamente na Seção V, as disposições relativas aos conciliadores e mediadores judiciais.

O Projeto se preocupa, especificamente, com a atividade de mediação feita dentro da estrutura do Poder Judiciário. Isso não exclui, contudo, a mediação prévia ou mesmo a possibilidade de utilização de outros meios de solução de conflitos (art. 153).

Ficam resguardados os princípios informadores da conciliação e da mediação: independência; neutralidade; autonomia da vontade; confidencialidade; oralidade; e informalidade.

A escolha do mediador também é uma questão que mereceu tratamento adequado no Projeto. As partes podem escolher livremente o mediador ou o conciliador, havendo consenso entre elas acerca do nome deste profissional. Se não houver acordo, haverá um sorteio entre os profissionais inscritos no Tribunal (art. 146 do Projeto), que, por sua vez, manterá um registro de todos os habilitados por área profissional.

Não possui este estudo, o objetivo de analisar de forma detalhada todos os aspectos do referido Projeto de Lei, mas apenas dar um enfoque na preocupação do legislativo, no que se refere ao papel do conciliador e mediador para o sucesso da institucionalização da conciliação e mediação como forma de abrangência do Acesso à Justiça, na forma preconizada por Watanabe, “*acesso à ordem jurídica justa*”.

3.3 Formação de equipe interdisciplinar para a implementação dos métodos alternativos de solução de conflitos no âmbito da Administração Pública

O presente tema tem como escopo uma reflexão mais profunda acerca da simetria que deve ser assegurada na formação de uma equipe interdisciplinar para a implementação dos métodos alternativos de solução de conflitos nas várias esferas da Administração Pública.

A equipe poderá ser composta de funcionários capacitados para serem conciliadores ou mediadores, profissionais e estagiários voluntários. Dentre os servidores em se tratando de conciliação ou mediação na Administração Pública e operadores da conciliação ou mediação Comunitária é de suma importância que um dos operadores na equipe tenha, preferencialmente, formação em Serviço Social, Psicologia, Direito ou Pedagogia.

A formação de uma equipe interdisciplinar nem sempre é fácil, contudo, para garantia de sua formação é interessante a implementação de convênios com as universidades interessadas na execução do projeto e oferecimento de capacitação específica e continuada para a formação desses profissionais.

A implementação da conciliação e mediação fora do seio do Judiciário tem como escopo facilitar a solução dos conflitos sociais, por serem mais rápidas e pacíficas. Nelas há uma diminuição no risco de injustiça, na medida em que são as próprias partes que, mediadas e auxiliadas pelo conciliador/mediador encontram solução para o conflito de interesses. Nesta forma, dificilmente há perdedor.

Nessa perspectiva, funcionando como solução para as controvérsias, a conciliação e mediação pode ser, efetivamente, um novo modelo de acesso à justiça, ainda que funcionando extrajudicialmente, ou mesmo por intermédio do Poder Judiciário, por ter a capacidade de promover a pacificação social e garantir uma possibilidade de acesso às partes na composição dos conflitos, possibilitando-lhes exercer a prerrogativa constitucional de cidadania que assegura esse direito.

Trazendo um exemplo do direito comparado, a França foi o primeiro país europeu a utilizar-se sistematicamente da mediação no Poder Judiciário e, de acordo com Andrade (2010, p. 494), enquanto nos Estados Unidos a mediação visa à solução da demanda através de um acordo, na França ela desenvolveu-se em torno da ideia de que “[...] o acordo não é um objetivo em si, mas um, a

consequência da transformação do conflito nas mãos dos mediandos, sob o olhar atento e imparcial do mediador”.

A interdisciplinaridade de certo é indissociável de alguns tipos de mediação, principalmente a mediação familiar, ou seja, não há como compreender a atividade do mediador sem conhecimento interdisciplinar, uma vez que amplia as possibilidades do diálogo num conjunto de saberes e experiências, permitindo que a mediação se estabeleça em vários níveis.

Praticar a interdisciplinaridade enquanto processo de integração recíproca entre várias disciplinas e campos de conhecimento, capaz de romper as estruturas de cada uma delas para alcançar uma visão unitária e comum do saber trabalhando em parceria é, sem dúvida, uma tarefa que demanda um grande esforço. Contudo, permite um grande avanço em termos de aplicação na conciliação e mediação.

Em se tratando de conflito manifesto, ou seja, aqueles de ordem material, exemplo, exigibilidade de pagamento de uma dívida, reparação de danos, onde a conciliação tem grande efetividade a formação de uma equipe interdisciplinar não se faz de certo necessário. Pode-se citar, a formação de um Conselho de Conciliação no âmbito fiscal nas Prefeituras, no âmbito dos CDL ou Procon.

Agora em se tratando de conflito latente, a mediação possui mais aplicabilidade, sendo possível a formação de Grupo de Mediação no âmbito das Delegacias, prevenindo a necessidade de ajuizamento de uma ação cível ou criminal de menor potencial ofensivo. Pode ser interessante também, a formação de Conselhos Comunitários no campo da mediação.

É neste contexto, que se insere a questão do atendimento interdisciplinar, oportunidade do profissional buscar referências e orientações que escapam ao seu tempo de conhecimento e ao conhecimento da norma.

Assim, na mediação familiar, a participação dos assistentes, sociólogos e psicólogos tornam-se um grande facilitador do trabalho do mediador, eis que nem sempre este possui alguma das respectivas formações.

Não é comum quando da participação de um advogado, na verdade é de suma importância a participação deste profissional nas sessões de mediação com vistas em discutir e decidir em conjunto o caso em análise.

A questão do atendimento interdisciplinar se torna ainda mais relevante quando as questões familiares envolvem pessoas de baixa renda ou que são vítimas de violência, hipóteses em que a busca por uma solução estritamente jurídica, sem dúvida alguma, seria insatisfatória.

Em síntese o atendimento com foco interdisciplinar permite que o mediador conheça e compreenda melhor e mais profundamente, as questões subjetivas daqueles a quem atende.

Ao mesmo tempo, esse tipo de atendimento serve aos ideais de efetivo acesso ao Judiciário, ao dar ao indivíduo no mínimo de condições para ser parte numa demanda judicial, permitindo-lhe passar por um processo de identificação de suas necessidades e objetivos.

Exemplos práticos em que a formação de uma equipe interdisciplinar e a implementação da conciliação e mediação no âmbito extrajudicial possam ser implantados, visando a pacificação social fora da estrutura exclusiva do Poder Judiciário:

[a] Contexto Laboral: conflito entre empregados, despedida injusta, discriminação, greves;

[b] Contexto Organizacional: problemas entre sócios, conflito entre departamentos, disputas contratuais, conflito escolar;

[c] Contexto Comunitário: conflito entre comunidades religiosas, conflitos étnicos, conflito entre vizinhos, conflito entre comunidade e governo;

[d] Contexto Público: conflito entre cidade e polícia, entre municípios, questões ambientais.

Os espaços de implementação das técnicas de mediação, conciliação e ou arbitragem poderiam ser tanto público ou privado, tais como: Conselho Comunitário na comunidade local; Conselho Escolar nos conflitos escolares daquele município; Conselho Civil no âmbito das Delegacias de Polícia Civil, para conflitos de sua competência, tais como crimes de menor potencial ofensivo.

Durante as pesquisas realizadas, eu encontrei uma prática consensual muito interessante utilizada pela prefeitura da cidade de Marialva no Paraná⁷⁸. Embora não tenha feito parte desta dissertação, eu acho válido mencionar esta excelente iniciativa.

Por meio da negociação extrajudicial e tendo em vista a responsabilidade objetiva da Administração Municipal, a Procuradoria Jurídica do Município de Marialva-PR busca prevenir litígios e facilitar o acesso do Cidadão lesado ao ressarcimento/indenização, em casos que envolvam exclusivamente direitos patrimoniais, utilizando-se de instrumentos simples através de um rápido e módico procedimento administrativo.

Esta prática também recebeu o prêmio Innovare, na edição do ano de 2010, na categoria advocacia. o autor do projeto foi bruno grego dos santos, procurador do município de Marialva-PR.

Uma excelente informação sobre esta prática consensual é que desde a sua implementação, em 2008, até meados de 2010, apenas um fato ocorrido durante este período (entre aqueles passíveis de negociação) foi levada ao Poder Judiciário.

Ao descrever a prática, o advogado do município assim se manifesta: “A reparação de danos, assim promovida, evita o por vezes penoso, prolongado e caro processo judicial e reveste de dignidade, eficácia e agilidade a relação jurídica entre a Administração e o Particular, num modelo facilmente adaptável às mais diversas esferas do Poder Público”. Eu acredito que isto explica muito bem o significado da resolução consensual dos conflitos.

O processo tem início na própria Procuradoria municipal, que orienta e auxilia os cidadãos na coleta de documentos e também fazendo a redação dos pedidos. Exige-se apenas um boletim de ocorrência ou relatório administrativo do fato, fotografias do dano e orçamentos. As partes então se reúnem e transacionam a indenização. Além de ser tudo muito simples, prático, rápido e custar pouco, a

⁷⁸ Fonte: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/14960:transacao-extrajudicial-ajuda-a-reduzir-litigios-no-parana>>. Acesso em 14/09/2013.

decisão é consensual, portanto ambas as partes saem satisfeitas, bem diferente do que normalmente ocorre com ações judiciais deste tipo.

Em seguida será apresentado alguns modelos práticos em que é possível ou já se encontram ativos a implantação da conciliação e mediação como forma de solução de conflitos pré-processuais.

3.4 Aplicação prática da conciliação ou mediação nos órgãos públicos

3.4.1 A Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública Federal

A Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF, criada em 27/09/2007, pelo Ato Regimental AGU nº 5, e regulamentada pelas Portarias nº 1.281/2007 e nº 1.099/2008 da AGU, foi instituída como uma unidade da estrutura da Consultoria-Geral da União (que por sua vez integra a AGU), com o objetivo de solucionar por conciliação ou arbitragem, conflitos envolvendo órgãos e entidades públicas federais, bem como controvérsias entre a Administração Pública Federal e a Administração Pública dos Estados ou do Distrito Federal.

Seus objetivos principais são evitar a judicialização de demandas entre órgãos e entidades da Administração Federal, conciliando administrativamente os interesses divergentes, além de buscar o encerramento de processos já judicializados, chamando os órgãos envolvidos para negociarem na Câmara.

A CCAF representa tamanha importância e inovação na Administração Pública brasileira que em 2008 recebeu menção honrosa na 5ª edição do Prêmio Innovare⁷⁹, cujo tema era “A Justiça do Século XXI”, pela prática da conciliação e arbitragem na Administração Pública Federal.

É interessante destacar a forma como a AGU se pronuncia sobre a CCAF: informa que na CCAF não há partes, mas apenas interessados, pois todos os entes ou órgãos envolvidos atuam no mesmo sentido (visam ao interesse público, por isso

⁷⁹ Promovido pelo Instituto Innovare (organização da sociedade civil de interesse público, sem fins lucrativos), o “Prêmio Innovare” foi criado para identificar, premiar e divulgar práticas inovadoras do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia que estejam contribuindo para a melhoria e a modernização dos serviços da Justiça nacional. Mais informações em: <<http://www.premioinnovare.com.br/>>.

a paz social entre eles é importante). Escreve também que a CCAF tem como visão de futuro “tornar-se o marco e a referência na cultura da conciliação da Administração Pública, promovendo a sua disseminação em todo o Brasil. Ainda, editou uma cartilha para informar ao público sobre o seu funcionamento”⁸⁰.

Neste mister, desde então a CCAF vem se empenhando para dar cumprimento à meta de utilizar, em âmbito nacional, a prática da conciliação como solução e meio adequado para a pacificação dos conflitos envolvendo a Administração Pública Federal. Abaixo, maiores informações sobre a CCAF, todas extraídas do site da Advocacia Geral da União (www.agu.gov.br), com exceção do item que trata das etapas de funcionamento.

Os principais dispositivos normativos relativos à CCAF são:

[a] Art. 4º, incisos I, X, XI, XIII, XVIII e § 2º, da Lei Complementar nº 73/1993 (Lei Orgânica da AGU);

[b] Arts. 8º-B e 8º-C da Lei nº 9.028/1995 (dispõe sobre o exercício das atribuições institucionais da AGU, em caráter emergencial e provisório);

[c] Arts. 3º e 11 da Medida Provisória nº 2.180-35/2001;

[d] Ato Regimental AGU nº 5/2007;

[e] Portarias AGU nº 1.281/2007 e 1.099/2008; e

[f] Artigo 18 do anexo I do Decreto Presidencial nº 7.392/2010.

A competência da CCAF está prevista nas portarias da AGU nº 1.281/2007 e 1.099/2008 e no Decreto Presidencial nº 7.392/2010, conforme abaixo transcritos:

[a] Portaria AGU nº 1.281/2007:

Art. 1º O deslinde, em sede administrativa, de controvérsias de natureza jurídica entre órgãos e entidades da Administração Federal, por meio de conciliação ou arbitramento, no âmbito da Advocacia-Geral da União, far-se-á nos termos desta Portaria.

[b] Portaria AGU nº 1.099/2008:

Art. 1º O deslinde, em sede administrativa, de controvérsias de natureza jurídica entre a Administração Pública Federal e a Administração Pública dos Estados ou do Distrito Federal, por meio de conciliação, no âmbito da Advocacia-Geral da União, far-se-á nos termos desta Portaria.

⁸⁰ Para saber mais, visite o site www.agu.gov.br.

[c] Decreto Presidencial nº 7.392/2010, anexo I:

Art. 18. À Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal compete:

- I - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da Advocacia-Geral da União;
- II - requisitar aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal informações para subsidiar sua atuação;
- III - dirimir, por meio de conciliação, as controvérsias entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal, bem como entre esses e a Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios;
- IV - buscar a solução de conflitos judicializados, nos casos remetidos pelos Ministros dos Tribunais Superiores e demais membros do Judiciário, ou por proposta dos órgãos de direção superior que atuam no contencioso judicial;
- V - promover, quando couber, a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta nos casos submetidos a procedimento conciliatório;
- VI - propor, quando couber, ao Consultor-Geral da União o arbitramento das controvérsias não solucionadas por conciliação; e
- VII - orientar e supervisionar as atividades conciliatórias no âmbito das Consultorias Jurídicas nos Estados.

Os usuários da CCAF somente podem ser órgãos e entidades da Administração Pública Federal (direta e indireta) em conflitos entre si, ou em conflitos entre eles e a Administração Pública dos Estados e do Distrito Federal, ou seja, a CCAF não é utilizada quando há pessoas físicas ou pessoas jurídicas privadas envolvidas nos conflitos, nem quando há município envolvido, conforme preceituam as Portarias nº 1.281/2007 e nº 1.099/2008.

Os conciliadores da CCAF são os próprios integrantes das carreiras jurídicas da Advocacia-Geral da União, conforme preconiza o art. 13 da Portaria nº 1.281/2007.

As atividades conciliatórias são desenvolvidas pela CCAF em Brasília e em unidades da Consultoria-Geral da União nos Estados federados (estes são denominadas “Núcleos de Assessoramento Jurídicos”, e tratam de questões regionais da União em que a melhor prática é o acompanhamento direto nos locais).

O sistema de processamento dos feitos na CCAF é bastante simples, rápido e módico. Abaixo, segue uma descrição resumida das suas etapas de funcionamento⁸¹:

⁸¹ Disponível em: <<http://www.premioinnovare.com.br/praticas/conciliacao-na-administracao-publica-federal-1744/>>. Acessado em 20 jul. 2013.

- 1 – O Processo é autuado pelo setor responsável;
- 2 – O (A) Dirigente da Unidade de conciliação faz uma análise prévia, designando o(a) Conciliador(a);
- 3 – O(a) conciliador(a) examina preliminarmente os autos: se a controvérsia não for caso da Câmara, emite despacho encaminhando os autos para o(a) Dirigente da Unidade, para a sua manifestação sobre incompetência da CCAF;
- 4 – Quando aprovada a submissão à CCAF, são encaminhados dois tipos de ofício(s) ou memorando(s): um solicitando documentos relevantes e informações jurídicas sobre a controvérsia; outro solicitando aos dirigentes máximos dos órgãos envolvidos a indicação do seu representante para participar da(s) reunião(ões) de conciliação;
- 5 – Recebida a designação dos representantes, expedem-se ofícios/memorandos informando-lhes a data do início das atividades conciliatórias;
- 6 – Se alguma das partes não comparecer, tenta-se nova data; comparecendo ambas as partes, inicia-se a conciliação, culminando em acordo ou não:
 - a) havendo conciliação, é lavrado um Termo de Conciliação e submetido ao Advogado Geral da União para a homologação;
 - b) não havendo acordo, o(a) Conciliador(a) marca nova audiência cientificando os representantes, ou declara a arbitragem;
- 7 – Com a finalização dos procedimentos, o(a) Conciliador(a) elabora relatório com termo final do resultado para ser assinado pelas partes homologado pelo Advogado-Geral da União e encaminha um dossiê do caso para o arquivo na CCAF.

O trabalho das Câmaras inicia-se com a identificação dos litígios entre órgãos e entidades da Administração Federal, manifestando-se quanto ao cabimento e à possibilidade de conciliação. Após, se for o caso, busca-se a conciliação entre os envolvidos. Ao final, havida a tão pretendida conciliação, elabora-se um instrumento que oficializa o acordo firmado pelos representantes dos órgãos e entidades envolvidos, cujos efeitos jurídicos passarão a vincular os interessados após a sua homologação pelo Advogado-Geral da União.

A criação da CCAF significa a existência de um centro administrativo especializado na resolução de controvérsias envolvendo a Administração Federal, permitindo celeridade e uma resolução consensuada destes conflitos, com economia do Erário público, além de evitar o aumento da demanda de processos no Poder Judiciário, beneficiando-se, em última análise, toda a sociedade.

Assim, a CCAF permitiu à Administração Federal alcançar uma maior interação entre os seus diversos Órgãos e Entidades, solucionando boa parte dos conflitos e divergências internas, bem como evitou a desnecessária judicialização de muitas demandas e retirou do Poder Judiciário muitas ações judiciais também desnecessárias, contribuindo assim para o aumento da eficiência e da economia dentro da Administração Pública Federal.

3.4.2 No âmbito da Prefeitura Municipal a fim de dirimir conflitos de natureza fiscal

Atualmente, no âmbito do Poder Judiciário tem ocorrido alguns mutirões de conciliação em várias áreas do Direito. Dentre elas estão os executivos fiscais, uma vez que tal prática proporciona algumas facilidades aos contribuintes, tais como: isenção de multas, descontos e parcelamento da dívida.

Contudo, a regra é que a prática de mutirão de conciliação fiscal se dá em processos judiciais em andamento e o que se pretende demonstrar aqui, é de que tal experiência pode ocorrer também na esfera extrajudicial, ou seja, antes mesmo do ajuizamento da ação.

Através de tal prática, se objetiva evitar o ajuizamento de várias demandas judiciais, diminuindo assim, os custos com tais processos. A Prefeitura deve constituir um oficial de justiça ad hoc, um espaço de conciliação onde deve ter um servidor capacitado em conciliação e conhecimento com cálculos, caso haja necessidade de efetuar atualização das dívidas fiscais.

Como exemplo, podemos citar a experiência que acontece no município de Várzea Grande – MT, que por meio da Secretaria da Receita que iniciou no dia 18 de novembro até 06 de dezembro a 2ª Semana de Conciliação Fiscal⁸²,

⁸² Fonte: <http://www.varzeagrande.mt.gov.br/sitepmvg/2013/ConteudoInterno.php?idPublicacoes=12039>.

objetivando proporcionar aos contribuintes do município uma chance de sanar suas dívidas fiscais.

Conforme explica o secretário de Receita, a implementação de tal medida, integra o chamamento nacional para a conciliação que está sendo feito pelo CNJ. “Novamente estamos concedendo prazos e facilidades ao contribuinte que está em situação irregular junto aos tributos municipais como IPTU, ISS, e taxas como o alvará”, frisa. Neste segundo momento da Conciliação Fiscal em Várzea Grande, a prefeitura segue com descontos de até 100% sobre juros e multas e ainda oferecendo parcelamentos de até 80% do valor devido”.

Tal medida é deveras importante, pois visa minimizar os efeitos de um número significativo de processos de execução fiscal que seriam ajuizados perante o Poder Judiciário, além do que proporciona uma maior arrecadação em um curto espaço de tempo à municipalidade.

Podemos citar outro exemplo de tal prática na Prefeitura Municipal de Cuiabá – MT⁸³, onde a Procuradora Fiscal do município em 2010 lançou a campanha da Conciliação Fiscal, onde incentivava o pagamento dos débitos fiscais, efetuando o desconto de 100% no valor dos juros e 60% das multas moratórias.

Outro exemplo é a Lei Ordinária Municipal n°. 2.376 de 19 de dezembro de 1998 do município de Urussanga, que incentiva a conciliação fiscal, autorizando o parcelamento da dívida em até 10 parcelas mensais, bem como a redução da multa que varia de 70% até 100% e a exclusão dos honorários advocatícios.

Com o Mutirão de Conciliação Fiscal, se permitiu a recuperação ágil de créditos de ISS, IPTU, taxas e multas diversas, que forma revertidos em benefício da população cuiabana, contribuindo com a redução do índice de congestionamento do Poder Judiciário, uma vez que a celebração de transação extrajudicial evita o ajuizamento de execuções fiscais, além de resultar em economia de tempo, menor desgaste do cidadão e redução de gastos financeiros para ambas as partes.

Pelo que se observa, a conciliação fiscal extrajudicial é uma prática que está cada vez mais ganhando adeptos, principalmente, porque possui como

⁸³ Fonte: <http://www.cuiaba.mt.gov.br/noticias?id=7401>.

benefícios, rapidez na resolução do conflito e com custos mais reduzidos se comparados ao Poder Judiciário.

3.4.3 No âmbito da Delegacia de Polícia Civil a fim de dirimir os conflitos sociais de sua abrangência (Mediação Policial)

Agora citemos outro ambiente em que a prática da conciliação e a mediação podem ser aplicadas de forma exitosa, objetivando a solução de conflitos, propiciando a diminuição das ações ajuizadas perante o Poder Judiciário.

Um bom exemplo da prática é a instituição da Mediação Policial, podendo funcionar para resolver os conflitos familiares e de vizinhança.

Podemos citar como exemplo de tal prática, a mediação de conflitos no 30º Distrito Policial no Bairro São Cristovão no município de Fortaleza - CE⁸⁴, colaborando para a solução dos conflitos sociais sem a necessidade de remessa ao Poder Judiciário, proporcionando uma forma rápida e eficiente na resolução dos conflitos sociais.

Trata-se de um convênio entre a Universidade de Fortaleza (Unifor) e a Secretaria de Segurança Pública e Defesa Social, onde o objetivo do projeto é expandir a mediação de conflitos para todas as delegacias do Estado.

É a mediação de conflitos alcançando patamares cada vez mais elevados, chegando às delegacias e, como consequência, tornando-se cada vez mais de conhecimento popular, servindo ainda mais como instrumento de pacificação social.

A formação de uma polícia cidadã nos moldes preconizado por SALES (2009) é uma opção que tem como perspectiva o desenvolvimento de ações preventivas no sentido de contribuir para a recuperação dos agentes do delito. Visa aproximar as polícias da sociedade, através de políticas públicas de segurança, dentre elas podemos citar: a descentralização do comando da polícia por área, a participação das pessoas civis, monitoramento e avaliação das atividades policiais.

⁸⁴ Fonte: http://www.pgj.ce.gov.br/nespeciais/nucleomed/pdf/NMC_Informe_65.pdf.

A polícia comunitária caracteriza-se por ser voltada para a comunidade, para os problemas por esta vividos, visando à inclusão social, o desenvolvimento tanto humano como estrutural. O intuito é de solucionar os conflitos, com a ajuda dos membros da comunidade, de forma mais pacífica e harmoniosa possível, por meio do diálogo e, conseqüentemente, da transformação do comportamento das pessoas. (SALES, 2009).

Neste contexto, a ideia de uma polícia comunitária no sentido de participação mais ativa dos cidadãos perpassa pelo ideal de construção de uma sociedade mais organizada, onde abre espaço para uma boa administração dos problemas e resolução de conflitos.

A criação de centros de mediação voltados para a polícia comunitária possibilita uma maior inclusão da população, na medida em que estão localizados nos bairros onde estas pessoas habitam e têm o seu acesso facilitado.

Desta feita, a ideia de mediação ligada à segurança pública é inovadora, pois além de contribuir para a aproximação dos policiais da população, melhora as atividades do policiamento comunitário na medida em que auxilia na administração dos diversos conflitos sociais que surgem na comunidade.

Vários já são os projetos de Mediação Policial em desenvolvimento no Brasil, entre eles podemos citar:

[a] Projeto Mediar da Polícia Civil de Minas Gerais, desenvolvido como piloto pela Delegacia Regional Leste, no ano de 2006 em parceria com o Programa de Mediação de Conflitos da Superintendência de Prevenção à Criminalidade da Secretaria de Estado de Defesa Social⁸⁵;

[b] Projeto Mediar RS, lançado há 03 meses na cidade de Canoas – RS, o exemplo chamou a atenção do chefe de Polícia Civil do Estado que pretende replicar em todo o Estado do Rio Grande do Sul. Neste período das 131 ocorrências realizadas, verificou-se 33 casos em que as partes se reconciliaram e 23 mediações exitosas, sendo que 50 casos as partes mantiveram o interesse em representar, ou seja, 60% menos processos em trâmite na vara criminal daquele município⁸⁶;

⁸⁵ MELO, Anderson Alcântara Silva. **Projeto Mediar: práticas restaurativas e a experiência desenvolvida pela polícia civil de Minas Gerais**, 2008.

⁸⁶ Fonte: <<http://infoenotidiasdeumpolicia.blogspot.com.br/2013/11/mediacao-policial-em-canoas-rs.html>>. Acesso em 13/11/2013.

A mediação de conflitos policial encontra seus fundamentos na moderna visão penal voltada às práticas de Justiça restaurativa, no seu potencial de prevenção criminal e, ainda, na perspectiva de polícia comunitária que enxerga o policial como defensor dos direitos e promotor de mobilização social na comunidade que enseja o fortalecimento dos laços de solidariedade horizontal e resolução das demandas coletivas, o que, por via de consequência, a transforma em um ambiente menos propício ao crime.

Um dos princípios fundamentais da mediação de conflitos é a disponibilidade dos direitos envolvidos, ou seja, somente os direitos chamados disponíveis, que são aqueles sobre os quais as próprias partes podem decidir, podem ser objetos de mediação.

Para as pessoas envolvidas nos crimes de menor potencial ofensivo classificados pela Lei 9099/95, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, também poderia ser indicada a mediação de conflitos, como forma de solucionar a real causa do conflito e impedir que este ecloda em violência.

No campo do Direito Penal tramita o Projeto de Lei 7006, de 2006 (anexo III), que se propõe a regular o uso facultativo e complementar de procedimentos de justiça restaurativa⁸⁷ no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais e preceitua expressa autorização às práticas restaurativas na abordagem de crimes e contravenções penais de menor potencial ofensivo, com caráter complementar e voluntário.

Vários são os pontos convergentes entre a polícia comunitária e a mediação de conflitos, o que indica a perfeita correlação entre as atividades. Verifica-se, portanto, que a mediação de conflitos é um importante instrumento do policiamento comunitário, tendo como principal alvo a prevenção criminal, através da solução não judicial de casos que prejudicam a convivência social.

⁸⁷ A Justiça Restaurativa baseia-se num procedimento de consenso em que a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo crime, como sujeitos centrais, participam, coletiva e ativamente, na construção de soluções para a cura das feridas, dos traumas e perdas causadas pelo crime. (PINTO, 2009).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crescente demanda de processos nos tribunais exige dos gestores judiciários a adoção de diversas medidas com o objetivo de enfrentar a sobrecarga de ações. Uma delas, estabelecida como meta prioritária, tem sido a utilização de métodos alternativos de gestão de conflitos (matéria que foi alvo de análise neste trabalho), com o intuito de resolvê-los no menor espaço de tempo e da forma menos onerosa possível, sendo as técnicas negociais mais destacadas: a conciliação, a mediação e a arbitragem.

O Acesso à Justiça em um sentido amplo perpassa pela ideia de uma justiça rápida e eficaz, o que gera um sentimento de credibilidade do cidadão perante o próprio Judiciário, pois a proposta de incentivo de utilização dos meios alternativos de solução de conflitos representa uma contribuição para o crescimento e mudança social para vencer a própria crise da justiça, consolidando assim ao lado do Judiciário, um sistema forte, eficaz de solução de conflitos, onde o Estado deixa de ser extremamente intervencionista para atuar como um incentivador e pacificador social.

A crise do Poder Judiciário pede medidas urgentes para melhorar o funcionamento da justiça, e o caminho encontrado foi o dos métodos alternativos de solução de conflitos, visto empregarem menos tempo e dinheiro, havendo o manejo das relações de conflito.

O fato de as pessoas terem a chance de solucionar seus próprios conflitos é a expressão de uma sociedade democrática, assim como o acesso à justiça para os grupos mais hipossuficientes é a expressão de uma sociedade justa.

Por isso que, os meios alternativos de solução de conflitos, anexos ao trabalho dos tribunais, é uma forma efetiva de ampliação do acesso à justiça, o que implica em uma tutela eficiente e não propriamente jurisdicional, porque o enfoque que se deseja dar refere-se ao acesso mais amplo à justiça e não apenas ao sistema judiciário.

Espera-se que os processos não adversariais de solução de conflitos possam viabilizar o diálogo construtivo e a negociação de tomada de decisões, visando relações interpessoais confortáveis no âmbito público.

Wolkmer (1994) participa da ideia que diante da complexidade e da multiplicidade de espécies de conflitos produzidos pelas atuais sociedades, talvez uma resposta eficaz seria a implementação de uma Justiça menos ritualizada e burocrática, mais flexível e rápida, com o alargamento dos meios alternativos de solução de conflitos para fora dos portões do Judiciário.

Em que pese, ainda que o caráter público das atividades estatais induza a solução judiciária para as controvérsias em que o Estado ou suas emanações oficiais venham a ser parte, a implementação de métodos alternativos para a solução dos conflitos do Direito Público, vem, gradativamente ganhando mais espaço e defensores.

Neste contexto, o alargamento dos meios alternativos de solução de conflitos, seja, sendo aplicada pela Administração Pública ou tendo a Administração Pública como parte ativa ou passiva traduz um avanço significativo e fortalece as premissas de Acesso à Justiça, Eficiência e Interesse Público na medida em que as partes são responsáveis pela decisão tomada. Tem como premissa a iniciativa de participação popular não confiando somente às instituições públicas o monopólio das decisões da sociedade, pois vale lembrar que, apenas a jurisdição é monopólio do Estado e não a solução dos conflitos.

Há muito o que melhorar para haver um acesso democrático à justiça brasileira. De fato, o processo judicial no Brasil é demorado e custoso, o judiciário encontra-se mais burocratizado do que nunca; há muitas despesas com taxas judiciais, honorários advocatícios e periciais, que obstaculizam o acesso de pessoas economicamente frágeis à justiça.

Portanto, quando se fala em acesso à justiça, estão inclusos os meios consensuais de solução de conflitos, seja alternativamente ao tradicional sistema jurisdicional, a fim de superar barreiras estruturais, seja no âmbito das ações judicializadas, promovendo-se efetividade, celeridade e economia processual.

Diante disto, a criação de alternativas à solução adversarial, tradicionalmente utilizada pela Administração Pública, não só pode ser mais adequada à solução dos conflitos, como também amplia o acesso da população à justiça, até porque é evidente que o sistema judicial não pode resolver todos os problemas sociais.

Seja através de uma consensualidade no âmbito fiscal municipal, público federal ou polícia comunitária, conforme mencionados neste trabalho, o objetivo principal é fortalecer a confiança da sociedade nas instituições do Estado, através da aproximação entre a população e o administrador público (Executivo), servidor público (Judiciário) e ou Polícia Civil ou Militar (Executivo), aumentando a participação da comunidade na solução dos problemas que a aflige, através dos caminhos da mediação de conflitos.

Por fim, a aplicação dos meios alternativos de solução de conflito no âmbito da Administração Pública poderá trazer vantagens significativas para a sociedade e para o Poder Público, uma vez que, a conciliação, mediação e arbitragem são técnicas para solução conflitos que visam, mas não obrigam, a celebração de acordo. Contudo, para que seja válido, não pode contrariar interesse público ou disposição legal; a utilização principalmente da conciliação ou mediação legitima a atuação da Administração Pública em sua busca pela realização do interesse público e em última análise possibilita a valorização da cidadania.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à justiça e juizados especiais**. o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado democrático de direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Título original: Theorie der Grundrechte.

ANDRADE, Gustavo. Mediação familiar. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JR, Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de (org.) **Famílias no Direito Contemporâneo**: Estudos em Homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo. Salvador: Jus Podivm, 2010.

ÁVILA, Elledite Mattos. **Mediação Familiar – Formação de base**. Editora Gráfica do TJSC, 2004.

AZEVEDO, André Goma de (org). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. Vol. 3. Brasília: Grupo de Pesquisa Unb, 2004.

AZEVEDO, André Goma de (org). **Manual de Mediação Judicial**. (Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD), 2009.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígio e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BORGES, Adelma Cavalcante Ferreira. **Função Extrajudicante e a Administração Pública**. 2007. 179 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <http://www.pmd-ucam.org/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=57>. Acesso em: 12/08/2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Lei de Arbitragem. Legislação Federal. sítio eletrônico internet - planalto.gov.br.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Leis sobre os Juizados Especiais Cíveis e Crime. Legislação Federal. sítio eletrônico internet - planalto.gov.br.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos & direito de família**. 1ª edição. Curitiba: Juruá, 2006.

CANÁRIO, Pedro. **Judicialização cria sociedade que não dialoga**. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-07/judicializacao-conflitos-cria-sociedade-nao-dialoga-nalini>>. Acesso em 20/09/2013.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARLIN, Volnei Ivo. **Manual de direito administrativo: doutrina e jurisprudência**. 4ª ed., Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo *et al.*. **Teoria geral do processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DIDIER JR., Fredie. **Direito Processual Civil: tutela jurisdicional individual e coletiva**. 5. ed. Salvador: Jus Podvim, 2005.

DEUTSCH, Morton. **A Resolução do Conflito: processos construtivos e destrutivos**. Traduzido por Arthur Coimbra de Oliveira revisado por Francisco Schertel Mendes. In: AZEVEDO, André Goma de (org). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. vol. 3. Brasília: Grupo de Pesquisa Unb, 2003.

DEUTSCH, Morton. **The resolution of conflict: constructive and destructive processes**. New Haven and London: Yale University Press, 1973. p. 1 a 32 e 349 a 400. Trad. Arthur Coimbra de Oliveira e revisado por Francisco Schertel Mendes. In: AZEVEDO, André Goma de (org). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Vol. 3. Brasília: Grupo de Pesquisa Unb, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 14. ed.. São Paulo: Atlas, 2002.

FIGUERIA JUNIOR, Joel Dias. **Arbitragem: jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

GOÉS, Guilherme Sandoval. Neoconstitucionalismo e dogmática pós-positivista. In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.) **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. **Lentidão da Justiça é ruim para a economia do país.** Revista Consultor Jurídico, 5 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-05/coluna-lfg-lentidao-justica-gera-rombo-us-10-bilhoes-ano>>. Acesso em 05/08/2013.

GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.** 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto.** 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. **As agências reguladoras.** RBDP, Belo Horizonte: Editora Forum. Ano 1, n. 1, abr./jun. 2003.

HABERMAS, Jürgen. O Estado nacional tem um futuro? *In*: HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política.** 2. ed. Tradução de: George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004. p.127-190. Título original: Die Einbeziehung des Anderen- Studien zur politischen Theorie.

IWAKURA, Cristiane Rodrigues. **Disponibilidade do objeto litigioso como condição de transigibilidade nas demandas em face da Fazenda Pública.** Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2593, 7 ago. 2010. Disponível em:< <http://jus.com.br/artigos/17135/disponibilidade-do-objeto-litigioso-como-condicao-de-transigibilidade-nas-demandas-em-face-da-fazenda-publica>>. Acesso em 18 jul. 2013.

KEPPEN, Luiz Fernando Tomasi. **Novos momentos da tentativa de conciliação e sua técnica.** Revista de Processo n. 86, 1996.

LOPES, Brener; AMARAL, Jefferson Ney; CALDAS, Ricardo Wahrendorff. **Políticas Públicas: conceito e práticas,** 2008, Disponível em < <http://www.agenda21comperj.com.br/sites/localhost/files/MANUAL%20DE%20POLITICAS%20P%C3%9ABLICAS.pdf>>. Acesso em 20/10/2013.

MAGALHÃES PINTO, Oriana Piske de Azevedo. **Abordagem histórica e jurídica dos Juizados de Pequenas Causas aos atuais Juizados Especiais Cíveis e Criminais Brasileiros,** 2008. Disponível em <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2008/abordagem-historica-e-juridica-dos-juiz-ad-os-de-pequenas-causas-aos-atuais-juizados-especiais-civeis-e-criminais-brasileiros-parte-ii-juiza-oriana-piske-de-azevedo-magalhaes-pinto>>. Acesso em 01/09/2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: Procedimentos especiais.** v.5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução.** 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos de Política Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

MELO, Anderson Alcântara Silva. **Projeto Mediar: práticas restaurativas e a experiência desenvolvida pela polícia civil de Minas Gerais**, 2008. Disponível em <www.faminasbh.edu.br/parlatorium/baixar.php?id=366>. Acesso em 12/11/2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição**. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição**. 3 ed. rev. e atual. com o Projeto de Lei do novo CPC brasileiro (PL 166/2010), Resolução 125/2010 do CNJ – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3 ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 14. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____, Diogo de Figueiredo; SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Arbitragem em contratos firmados por empresas estatais**. RDA, Rio de Janeiro, n. 236, abr./jun. 2004.

MOREIRA, Elisabet Valero. **Roteiro teórico-prático dos Juizados Informais de Conciliação**. Secretaria do Conselho Gestou do Sistema de Juizados Especiais e Programas Alternativos de Solução de Conflitos, 2011.

MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

NASCIMENTO, Eunice Maria Nascimento; EL SAYED, Kassem Mohamed. **A Administração de Conflitos**. 2002. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/563878/ADMINISTRACAO-DE-CONFLITOS-Eunice-Maria-Nascimento>>. Acesso em: 10 ago. 2013.

NEIMANAS, Roseli. **Revista dos Juizados Especiais**, n. 36, ano 10, abr/jun, 2005.

NUNES, Andrine Oliveira; SALES, Lília Maia de Moraes. **A possibilidade do alcance da justiça por meio de mecanismos alternativos associados ao judiciário**. 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br>>. Acesso em: 29 ago. 2013.

PALMADE, G. **Interdisciplinaridad e ideologias**. Madrid: Narcea, 1979.

PASOLD, Cesar Luiz (Coord.). **Primeiros Ensaios de Teoria do Estado e da Constituição**. Curitiba: Juruá, 2010.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **O novo CPC e a Mediação – Reflexões e ponderações**. 2011. Disponível em <[http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242895/000923117.pdf?sequence %20=1](http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242895/000923117.pdf?sequence%20=1)>. Acesso em 02 de nov 2013.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. **A construção da Justiça Restaurativa no Brasil. O impacto no sistema de Justiça criminal**. Revista Paradigma, 2009. Disponível em: <[http://jus2.uol.com.br/doutrina /texto.asp?id=9878](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9878)>. Acesso em: 11 nov 2013.

ROBBINS, Stephen Paul. **Comportamento organizacional**. São Paulo, São Paulo: Prentice Hall, 2002.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **A Prática da mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

SALES, Lília Maia de Moraes; FERREIRA, Plauto Roberto Lima; NUNES, Andrine Oliveira. **Segurança Pública, Mediação de Conflitos e Polícia Comunitária: Uma Interface**. 2009. Disponível em < <http://www6.univali.br/seer/index.php /nej/ article / %20view/1932/1484>>. Acesso em 10/11/2013.

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

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA, Luciane Moessa de. Mediação: breve análise da proposta brasileira e das experiências argentina e colombiana na normatização deste método de solução de conflitos. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, IX, n. 35, dez 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link= revista _artigos _leitura & artigo id=1426>. Acesso em: 04 de nov 2013.

SPENGLER, Fabiana Marion, GHISLENI, Ana Carolina. **A mediação como meio de construção de uma Administração Pública Democrática**, Disponível em <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3272/2054>>, 2011. Acesso em: 12 de out 2013.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. **Uma nova visão da arbitragem**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 387, 29 jul. 2004. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/5468/uma-nova-visao-da-arbitragem>>. Acesso em: 30 jul 2013.

TEIXEIRA, Paulo César Moreira; ANDREATTA, Rita Maria de Faria Corrêa. **A nova arbitragem: Comentários à lei 9.307, de 23.09.96.** Porto Alegre: Síntese, 1997.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna. Participação e processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

WARAT, Luiz Alberto Warat. **Surfando na porroca.** vol. III, Editora Fundação Boiteux, 2004.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico.** São Paulo: Alfa Omega, 1994.

ANEXO I

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 405, DE 2013

Dispõe sobre a mediação extrajudicial.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Capítulo I

Disposições Gerais

Art. 1º Esta lei dispõe sobre mediação extrajudicial.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, mediação extrajudicial é a atividade técnica exercida por terceiro imparcial e sem poder decisório que, escolhido ou aceito pelas partes interessadas, as escuta, e estimula, sem impor soluções, com o propósito de lhes permitir a prevenção ou solução de disputas de modo consensual.

Art. 2º Pode ser objeto de mediação toda matéria que admita composição.

§1º Os acordos que envolvam direitos indisponíveis deverão ser objeto de homologação judicial.

§2º Quando houver interesse de incapazes, a oitiva do Ministério Público será necessária antes da homologação judicial.

Art. 3º Esta lei não se aplica à hipótese de o juiz, no âmbito de processo judicial, ou de o árbitro, no âmbito de processo arbitral, buscar facilitar a obtenção de uma solução acordada entre as partes para o conflito.

Art. 4º O início de processo arbitral ou judicial não implica, por si só, renúncia a se recorrer à mediação ou à conclusão de procedimento de mediação em andamento.

Capítulo II

Do Termo Inicial de Mediação

Art. 5º As partes interessadas em submeter a solução de seus conflitos à mediação devem firmar um termo de mediação, por escrito, após o surgimento do conflito, mesmo que a mediação tenha sido prevista em cláusula contratual.

Art. 6º Constará, obrigatoriamente, do termo inicial de mediação:

I - a qualificação das partes;

II - a qualificação do mediador, ou dos mediadores, e ainda, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de mediadores;

III - a matéria objeto da mediação.

Art. 7º Poderão as partes, facultativamente, incluir no termo inicial de mediação outras matérias que repute relevantes, como a responsabilidade pelo pagamento das despesas com a mediação e fixação dos honorários do mediador, ou dos mediadores e o dever de confidencialidade aplicável a todos os envolvidos no procedimento, signatários do termo de mediação.

Art. 8º Caso, no termo inicial de mediação, as partes tenham se comprometido expressamente a não iniciar, enquanto não se consumir determinado prazo ou condição, processo arbitral ou judicial com relação ao conflito objeto da mediação, o tribunal arbitral ou o Poder Judiciário suspenderá o curso da arbitragem ou da ação pelo prazo previamente acordado.

§1º O disposto no caput não se aplica aos casos em que o acesso ao Poder Judiciário ou à arbitragem for necessário para evitar o perecimento de direitos.

§2º Ficará interrompido o prazo prescricional a partir da data da assinatura do termo inicial de mediação.

Capítulo III

Dos Mediadores

Art. 9º Compete ao mediador buscar o entendimento entre as partes, de modo a se obter acordo como solução para o conflito.

Art. 10. Pode ser mediador qualquer pessoa capaz, que tenha a confiança das partes e que se considere capacitada para fazer mediação.

Parágrafo único. No desempenho de sua função, o mediador deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.

Art. 11. As partes poderão, de comum acordo, nomear um ou mais mediadores para o procedimento de mediação, podendo ainda, para esse fim, adotar as regras de uma entidade especializada.

Art. 12. As pessoas indicadas para funcionar como mediador têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade em relação às partes e ao conflito.

Art. 13. Salvo acordo em sentido contrário entre as partes, o mediador não poderá atuar como árbitro em processo arbitral pertinente a conflito em que tenha atuado como mediador.

Art. 14. Os mediadores e todos aqueles que o assessoram no procedimento de mediação, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal.

Capítulo IV

Do Procedimento de Mediação

Art. 15. Considera-se instituída a mediação na data em que for firmado o termo inicial de mediação.

Parágrafo único. Caso o convite formulado por uma parte a outra para iniciar procedimento de mediação não seja respondido no prazo estipulado em contrato ou, na falta deste, no prazo de 30 (trinta) dias da data de seu recebimento, a ausência de resposta será considerada rejeição para mediar.

Art. 16. Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao mediador discipliná-lo tendo em conta as circunstâncias do caso, os interesses expressados pelas partes e a necessidade de uma solução expedita para o conflito.

§ 1º Serão sempre respeitados no procedimento de mediação os princípios da autonomia da vontade e igualdade das partes, da confidencialidade, da boa-fé e da imparcialidade do mediador.

§ 2º Salvo disposição em contrário, o dever de confidencialidade se aplica às partes, seus advogados, assessores técnicos e outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação.

Art. 17. Poderá o mediador se reunir com as partes, em conjunto ou separadamente, ouvir terceiros e solicitar das partes informações que entender necessárias para o esclarecimento dos fatos e para facilitar o entendimento entre as partes.

§ 1º O mediador apenas poderá revelar às demais partes informação obtida em sessão privada se a parte prestadora dessa informação autorizar expressamente sua revelação.

§ 2º Toda informação relativa ao procedimento de mediação deverá ser tida como confidencial em relação a terceiros, salvo se as partes decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou for necessária para o cumprimento do acordo de mediação.

§ 3º Salvo acordo das partes em sentido contrário, o mediador não poderá figurar como testemunha em processos judiciais ou arbitrais para depor sobre fatos por ele conhecidos em decorrência da sua atuação como mediador.

Art. 18. As partes no procedimento de mediação, o mediador e outras pessoas relacionados à administração do procedimento de mediação não poderão, no âmbito de processos arbitrais ou judiciais, invocar ou apresentar prova ou testemunhar acerca do seguinte:

I - o convite de uma das partes para iniciar um procedimento de mediação ou sua disposição para participar desse procedimento;

II - opiniões emitidas ou sugestões formuladas por uma das partes na mediação a respeito de um possível entendimento para o conflito;

III - declarações formuladas ou fatos reconhecidos por alguma das partes no curso do procedimento de mediação;

IV - propostas apresentadas na mediação;

V - declaração de uma das partes sobre sua aceitação a uma proposta de acordo apresentada ao mediador;

VI - qualquer documento preparado unicamente para os fins do procedimento de mediação.

§ 1º O disposto no *caput* se aplica inclusive a processos arbitrais ou judiciais relativos ao conflito que seja ou tenha sido objeto do procedimento de mediação.

§ 2º As provas apresentadas em desacordo com o disposto no *caput* não serão admissíveis em processos arbitrais ou judiciais.

§ 3º O disposto no *caput* não se aplica nas hipóteses de a apresentação da prova ou de informação documental sobre ela ser exigida por lei ou ser necessária para fins de cumprimento ou execução do termo final de mediação.

Art. 19. O procedimento de mediação estará concluído:

- I - por obtenção do acordo, na data de assinatura do termo final de mediação;
- II - por declaração do mediador indicando, depois de consulta às partes, que já não se justificam novos esforços em prol da mediação, na data em que essa declaração foi prestada;
- III - por declaração unilateral ou em conjunto das partes ao mediador dando por encerrado o procedimento de mediação, na data em que essa declaração foi prestada.

Art. 20. Cada parte deverá ser assistida por advogado, salvo renúncia.

Parágrafo único. A renúncia de uma parte não impedirá que a outra seja assistida por advogado.

Art. 21. A mediação poderá ser realizada via internet ou por outra forma de comunicação não presencial.

Capítulo V

Do Termo Final de Mediação

Art. 22. O termo final de mediação será firmado por todas as partes, seus advogados, se houver, e pelo mediador, constando:

- I - a qualificação das partes e o resumo do conflito;
- II - os termos do acordo ou a declaração de tentativa infrutífera;
- III - a data e o lugar em que foi proferido.

Art. 23. O termo final de mediação constitui título executivo extrajudicial, independentemente da assinatura de testemunhas.

§ 1º As partes poderão requerer a homologação judicial do termo final de mediação, a fim de constituir título executivo judicial.

§ 2º Nos casos que envolvam direitos indisponíveis, as partes deverão requerer a homologação do termo final de mediação, com a devida oitiva do Ministério Público.

Capítulo VI

Da Mediação na Administração Pública

Art. 24. Os órgãos da Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios poderão submeter os litígios em que são partes à mediação.

Art. 25. Poderá haver mediação:

- I - em conflitos envolvendo entes do Poder Público;
- II - em conflitos envolvendo entes do Poder Público e o Particular;
- III - coletiva, em litígios relacionados à prestação de serviços públicos.

Capítulo VIII

Das Disposições Finais

Art. 26. O Ministério da Educação – MEC deverá incentivar as instituições de ensino superior a incluírem em seus currículos a disciplina de mediação como método extrajudicial consensual de prevenção e resolução de conflitos.

Art. 27. O Conselho Nacional de Justiça – CNJ e o Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP promoverão preferencialmente a inclusão, nos conteúdos programáticos de concursos públicos para o ingresso nas carreiras do Poder Judiciário e do Ministério Público, respectivamente, de matérias relacionadas à mediação como método alternativo consensual de prevenção e resolução de conflitos.

Art. 28. Esta Lei entrará em vigor sessenta dias após a data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

A mediação é um avançado instituto de resolução consensual de conflitos, consistente num procedimento que envolve reuniões conjuntas ou separadas com as partes em litígio, em que uma terceira pessoa imparcial e independente, com a necessária capacitação, facilite o diálogo entre elas para que melhor entendam o conflito e as auxiliem a construir soluções criativas à disputa.

O Brasil ainda não possui um marco legal da mediação, não obstante seja largamente utilizado com sucesso em outros países, como na Argentina, Estados Unidos, Uruguai, Japão, Austrália, Itália, Espanha, França, dentre outros.

A cultura da litigiosidade encontra-se arraigada em nosso país, que conta com cerca de 90 milhões de demandas judiciais em andamento – uma média de 1 processo para cada 2 habitantes. Apenas para efeitos de comparação, na Austrália, há 1 processo para cada 6,4 mil cidadãos.

O II Pacto Republicado de Estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo, firmado entre os 3 Poderes da República (Diário Oficial da União de 26/6/2009), destacou a necessidade de “fortalecer a mediação e a conciliação, estimulando a resolução de conflitos por meios autocompositivos, voltados à maior pacificação social e menor judicialização”.

Sem prejuízo da lacuna legal sobre o tema, alguns órgãos do Poder Judiciário têm se utilizado da prática da mediação, a qual passou a ser fomentada pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ com a edição da Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.

A presente proposta legislativa, porém, está focada na mediação extrajudicial, e na contribuição que esta também tem oferecido à resolução de litígios nos mais variados segmentos – Administração Pública, direito de família, empresarial, dentre outros –, que adequadamente praticada diminui o aforamento de novas demandas judiciais.

A mediação extrajudicial poderá ser utilizada para qualquer tipo de litígio. Nos casos que envolvam direitos indisponíveis, o acordo deverá ser homologado em juízo e, antes da homologação, será necessária a oitiva do Ministério Público.

Prevê a possibilidade do procedimento de mediação operar-se via internet ou por outros meios de comunicação não presencial.

A proposta também regula a mediação envolvendo conflitos entre entes do Poder Público, entre este e o particular.

Uma vez que a utilização da mediação extrajudicial depende de uma alteração de paradigma e de uma mudança de cultura na sociedade, a proposta traz em seu bojo norma programática, com o objetivo de que o Ministério da Educação – MEC incentive as instituições de ensino superior a incluírem em seus currículos a disciplina de mediação como método extrajudicial consensual de prevenção e resolução de conflitos.

De igual forma, propõe que o Conselho Nacional de Justiça – CNJ e o Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP incentivem a inclusão, nos conteúdos programáticos de concursos públicos para o ingresso nas carreiras do Poder Judiciário e do Ministério Público, respectivamente, de matérias relacionadas à mediação como método alternativo consensual de prevenção e resolução de conflitos.

Em suma, a proposta que ora se apresenta ao Parlamento objetiva constituir um marco legal para a mediação extrajudicial no país, e estender a sua aplicação aos mais diversos tipos de litígios que admitem a autocomposição, fortalecendo e aperfeiçoando esse eficiente instituto de pacificação social.

Sala das Sessões,

ANEXO II

Projeto de Lei do Senado/Câmara no ____ de ____

CAPÍTULO I – DISPOSIÇÕES GERAIS
CAPÍTULO II – DOS MEDIADORES
CAPÍTULO III – DOS MEDIADORES JUDICIAIS
CAPÍTULO IV – DO PROCEDIMENTO DE MEDIAÇÃO
Seção I - Da Mediação Judicial
Seção II – Da Mediação Extrajudicial
Seção III – Da Mediação Pública
Seção IV – Da mediação *on-line*
CAPÍTULO V – DISPOSIÇÕES FINAIS

Dispõe sobre a mediação, suas
modalidades e dá outras providências.

CAPÍTULO I – DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º Para fins desta lei, considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial que, escolhido ou aceito pelas partes, promove a comunicação entre elas com o propósito de diluir ou prevenir o conflito e de buscar consenso na solução de controvérsias.

Art. 2º A mediação tem por princípios fundamentais:

- I. Oralidade;
- II. Informalidade;
- III. Autonomia da vontade das partes;
- IV. Consensualismo;
- V. Confidencialidade, na forma da lei;
- VI. Igualdade das partes e de seu poder decisório.

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

§1º Os acordos que envolvam direitos indisponíveis somente terão validade após a oitiva do Ministério Público, quando devida, e posterior homologação judicial;

§2º O Ministério Público deverá se manifestar sobre o termo de mediação no prazo máximo de 15 dias.

Art. 4º Esta lei não se aplica aos conflitos que versem sobre:

- I. Filiação, adoção, pátrio poder e nulidade de matrimônio;

II. Interdição;

III. Recuperação judicial e falência;

IV. Medidas cautelares.

Art. 5º A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele.

CAPÍTULO II – DOS MEDIADORES

Art. 6º Mediador é o terceiro imparcial, devidamente capacitado, que conduz o processo de comunicação entre as partes, facilitando a diluição do conflito e a busca do entendimento e do consenso.

§1º O mediador deve ser aceito por ambas as partes.

§2º É vedado o acréscimo de qualquer outro título à denominação de mediador, bem como a utilização de símbolos oficiais, excetuando-se os símbolos de carreiras públicas, no âmbito da mediação pública.

Art. 7º O mediador deve atuar em conformidade com o Código de Ética que lhe seja aplicável e com respeito aos deveres de imparcialidade, independência, aptidão, diligência e confidencialidade.

Art. 8º Os mediadores extrajudiciais poderão exercer suas funções vinculados a instituições especializadas em mediação.

Art. 9º Poderá haver co-mediação quando, a pedido das partes ou do mediador e em razão da natureza ou complexidade do conflito, for recomendável a atuação conjunta de outros mediadores.

Art. 10º Aplicam-se aos mediadores as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição dos juízes, devendo o mediador revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que comprometa sua imparcialidade em relação às partes e ao conflito.

Art. 11 O mediador fica impedido, pelo prazo de dois anos, contados do término da última sessão de mediação em que tenha atuado, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes.

Art. 12 Os mediadores, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos servidores públicos para fins da legislação penal.

CAPÍTULO III – DOS MEDIADORES JUDICIAIS

Art. 13 Os Tribunais manterão cadastros atualizados dos mediadores habilitados e autorizados a atuar em mediação judicial.

Parágrafo único. A inscrição no cadastro de mediadores será requerida ao Tribunal em que o mediador pretenda atuar.

Art. 14 Poderá se cadastrar como mediador judicial aquele que preencha, cumulativamente, os seguintes critérios:

I. Ser graduado há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação;

II. Ser capacitado por escola ou entidade reconhecida pelo Conselho Nacional de Justiça ou pela Escola Nacional de Mediação e Conciliação do Ministério da Justiça como autorizada para a formação de mediadores.

Parágrafo único. Serão reconhecidas as capacitações que atendam aos parâmetros curriculares mínimos estabelecidos, em conjunto, pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Ministério da Justiça.

Art. 15 O registro de mediadores conterá todos os dados relevantes referentes à atuação do mediador, segundo critérios fixados pelo Conselho Nacional de Justiça.

Art. 16 Serão excluídos do cadastro de mediadores aqueles que:

- I. Assim o solicitarem ao respectivo Tribunal, independentemente de justificação;
- II. Agirem com dolo ou culpa na condução da mediação sob sua responsabilidade;
- III. Violarem os princípios previstos nesta lei;
- IV. Atuarem em procedimento de mediação mesmo sendo impedidos ou sob suspeição;
- V. Tiverem sido condenados à pena de exclusão do cadastro de mediadores; ou,
- VI. Forem condenados em ação penal ou de improbidade administrativa, por órgão colegiado.

§ 1º O procedimento disciplinar para a exclusão do Cadastro de Mediadores será processado e julgado perante o Tribunal em que houver ocorrido a infração.

§ 2º O Tribunal deverá informar o nome dos mediadores que forem excluídos de seu cadastro ao Conselho Nacional de Justiça, que encaminhará tal informação para os demais Tribunais.

§ 3º O mediador que for excluído do cadastro de um dos Tribunais não poderá solicitar nova inscrição em qualquer parte do território nacional ou atuar como co-mediador, salvo na hipótese do inciso I deste artigo.

Art. 17 A remuneração devida aos mediadores judiciais será fixada pelos Tribunais, assegurada a gratuidade para as partes quando comprovada a hipossuficiência.

CAPÍTULO IV – DO PROCEDIMENTO DE MEDIAÇÃO

Art. 18 Na mediação, a comunicação direcionada ao mediador e aos demais interessados é confidencial, exceto:

- I. Por dispensa expressa de todas as partes;
- II. Quando a mediação envolver o Poder Público na qualidade de parte ou de terceiro interveniente, ressalvadas as hipóteses de segredo de justiça;
- III. Na hipótese do mediador receber informações acerca de um crime ou da iminência de um crime e nos atos de improbidade e de infração administrativa.

§ 1º O mediador deve mencionar expressamente às partes as exceções à confidencialidade, no início da primeira sessão de mediação.

§2º Salvo acordo por escrito das partes em sentido contrário, o mediador não poderá ser obrigado a depor como testemunha em procedimentos judiciais sobre fatos conhecidos em decorrência de sua atuação como mediador.

§ 3º O dever de confidencialidade se aplica às partes, seus advogados ou defensores públicos, assessores técnicos e outras pessoas de confiança das partes que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação, exceto por expressa disposição em contrário daquelas..

Art. 19 Para fins desta lei, as partes interessadas em submeter a solução de seus conflitos à mediação devem firmar um termo inicial de mediação, por escrito, após o surgimento do conflito, mesmo que a mediação tenha sido prevista em cláusula contratual.

Art. 20 Constará, obrigatoriamente, do termo inicial de mediação:

I - o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes;

II - o local onde ocorrerá a mediação;

III - o nome, profissão e domicílio do mediador, ou dos mediadores, e ainda, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de mediadores;

IV - a declaração da responsabilidade pelo pagamento das despesas com a mediação e fixação dos honorários do mediador, ou dos mediadores;

V - a matéria objeto da mediação.

Art. 21 Poderão as partes, facultativamente, incluir no termo inicial de mediação outras matérias que repute relevantes, inclusive o escopo do dever de confidencialidade aplicável a todos os envolvidos no procedimento, signatários do termo inicial de mediação.

Art. 22 Se, no termo inicial de mediação, as partes tiverem se comprometido expressamente a não iniciar, em determinado prazo ou enquanto não se consumir determinado fato, procedimento arbitral ou processo judicial com relação ao conflito objeto da mediação, o tribunal arbitral ou o Poder Judiciário dará efeito a esse termo, suspendendo o curso da arbitragem ou da ação pelo prazo previamente acordado.

§1º O disposto no caput não se aplica às medidas de urgência em que o acesso ao Poder Judiciário ou à arbitragem for necessário para evitar o perecimento de direitos.

§2º Ficarão interrompidos o prazo prescricional a partir da data da assinatura do termo de mediação.

Art. 23 As partes deverão ser assistidas por advogados ou defensores públicos, salvo renúncia expressa por escrito daquelas.

Art. 24 O termo final de mediação conterá:

I. A qualificação das partes;

II. A qualificação dos procuradores e prepostos, quando houver;

III, O resumo do conflito;

IV. A descrição dos direitos e das obrigações das partes, a declaração de tentativa infrutífera ou a descrição do consenso obtido pelas partes;

V. A data e o local onde foi proferido;

VI. A assinatura do mediador, das partes e, quando houver, dos advogados ou defensores públicos.

Art. 25 O termo final de mediação tem natureza de título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, de título executivo judicial.

Seção I - Do Procedimento da Mediação Judicial

Art. 26 A petição inicial será distribuída simultaneamente ao juízo e ao mediador, interrompendo-se os prazos de prescrição e decadência.

Parágrafo único. Competem aos Tribunais a organização e a disciplina de funcionamento do órgão que agregará os mediadores.

Art. 27 O mediador designará, no prazo máximo de trinta dias, a sessão de mediação, dando ciência às partes por qualquer meio de comunicação.

§1º O procedimento de mediação deve ser concluído em até sessenta dias, contados da primeira sessão, salvo quando as partes, de comum acordo, requererem sua prorrogação.

§2º Transcorridos sessenta dias sem a obtenção de consenso, e não havendo pedido de prorrogação do prazo pelas partes, o mediador lavrará certidão, que será encaminhada juntamente com a petição inicial ao juízo.

§3º Obtido consenso, a petição inicial, acompanhada do respectivo termo de mediação, será encaminhada pelo mediador ao juízo, que o homologará, desde que requerida a homologação por ambas as partes.

Art. 28 Na hipótese de obtenção de consenso na mediação, o Tribunal poderá isentar as partes do pagamento de custas processuais.

Seção II – Do procedimento da mediação extrajudicial

Art. 29 O convite para iniciar procedimento de mediação extrajudicial poderá ser feito por qualquer meio de comunicação.

Parágrafo único. Não havendo resposta no prazo de trinta dias da data de recebimento, será considerado rejeitado o convite para participar de mediação.

Art. 30 Inicia-se a mediação com o comparecimento das partes e a assinatura do compromisso de mediação.

Art. 31 O procedimento de mediação conclui-se com a obtenção de consenso, por vontade de qualquer das partes, a qualquer momento, ou pelo mediador, quando este entender necessário.

Art. 32 Comprovada a tentativa de mediação extrajudicial prévia ao ajuizamento da ação, o juízo poderá estabelecer redução das custas processuais.

Seção III – Da Mediação Pública

Art. 33 Os órgãos da Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como o Ministério Público e a Defensoria Pública, poderão submeter os conflitos em que são partes à mediação pública.

Parágrafo único. Para o exercício da mediação pública, poderão ser instituídos Centros de Mediação no âmbito de cada entidade ou órgão público.

Art. 34 Poderá haver mediação pública:

I. Em conflitos envolvendo entes do Poder Público;

II. Em conflitos envolvendo entes do Poder Público e o Particular;

III. Em conflitos que envolvam direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Art. 35 A submissão do conflito à mediação pública ocorrerá, preferencialmente, antes da sua judicialização.

Art. 36 Os procedimentos de mediação pública serão estabelecidos em ato a ser editado pelo dirigente máximo de cada órgão ou entidade da administração pública direta e indireta, em conjunto com sua assessoria jurídica.

Seção IV – Da mediação *on-line*

Art. 35 A mediação poderá ser utilizada como meio de solução de conflitos via internet, nos casos de comercializações de bens ou prestação de serviços via internet.

Art. 36 A mediação via internet terá o objetivo de solucionar quaisquer conflitos de consumo no âmbito nacional.

Parágrafo único. Quando uma das partes estiver domiciliada no Brasil, pode haver acordo para aplicação das disposições desta lei à resolução de conflito oriundo de transações internacionais celebradas através da rede mundial de computadores ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância.

CAPÍTULO V – DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 37 Aplica-se esta lei, no que couber, a outras formas consensuais de resolução de conflitos, tais como mediações comunitárias, escolares, penais, trabalhistas, fiscais, em serventias extrajudiciais e outras.

Art. 38 O Ministério da Justiça, por intermédio da Escola Nacional de Mediação e Conciliação (ENAM), criará e manterá banco de dados reunindo informações relativas à mediação, para fins de formulação, planejamento e avaliação de políticas públicas.

Art. 39 Esta Lei entra em vigor decorridos cento e oitenta dias da data de sua publicação oficial.

ANEXO III

CÂMARA DOS DEPUTADOS

PROJETO DE LEI

Nº , DE 2006

(Da Comissão de Legislação Participativa)

SUG nº 099/2005

Propõe alterações no Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940, do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, e da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para facultar o uso de procedimentos de Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais.

Art. 1º - Esta lei regula o uso facultativo e complementar de procedimentos de justiça restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais.

Art. 2º - Considera-se procedimento de justiça restaurativa o conjunto de práticas e atos conduzidos por facilitadores, compreendendo encontros entre a vítima e o autor do fato delituoso e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados, que participarão coletiva e ativamente na resolução dos problemas causados pelo crime ou pela contravenção, num ambiente estruturado denominado núcleo de justiça restaurativa.

Art. 3º - O acordo restaurativo estabelecerá as obrigações assumidas pelas partes, objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das pessoas envolvidas e afetadas pelo crime ou pela contravenção.

Art. 4º - Quando presentes os requisitos do procedimento restaurativo, o juiz, com a anuência do Ministério Público, poderá enviar peças de informação, termos circunstanciados, inquéritos policiais ou autos de ação penal ao núcleo de justiça restaurativa.

Art. 5º - O núcleo de justiça restaurativa funcionará em local apropriado e com estrutura adequada, contando com recursos materiais e humanos para funcionamento eficiente.

Art. 6º - O núcleo de justiça restaurativa será composto por uma coordenação administrativa, uma coordenação técnica interdisciplinar e uma equipe de facilitadores, que deverão atuar de forma cooperativa e integrada.

§ 1º. À coordenação administrativa compete o gerenciamento do núcleo, apoiando as atividades da coordenação técnica interdisciplinar.

§ 2º. - À coordenação técnica interdisciplinar, que será integrada por profissionais da área de psicologia e serviço social, compete promover a seleção, a capacitação e a avaliação dos facilitadores, bem como a supervisão dos procedimentos restaurativos.

§ 3º - Aos facilitadores, preferencialmente profissionais das áreas de psicologia e serviço social, especialmente capacitados para essa função, cumpre preparar e conduzir o procedimento restaurativo.

Art. 7º - Os atos do procedimento restaurativo compreendem:

- a) consultas às partes sobre se querem, voluntariamente, participar do procedimento;
- b) entrevistas preparatórias com as partes, separadamente;
- c) encontros restaurativos objetivando a resolução dos conflitos que cercam o delito.

Art. 8º – O procedimento restaurativo abrange técnicas de mediação pautadas nos princípios restaurativos.

Art. 9º – Nos procedimentos restaurativos deverão ser observados os princípios da voluntariedade, da dignidade humana, da imparcialidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da cooperação, da informalidade, da confidencialidade, da interdisciplinariedade, da responsabilidade, do mútuo respeito e da boa-fé.

Parágrafo Único - O princípio da confidencialidade visa proteger a intimidade e a vida privada das partes.

Art. 10 – Os programas e os procedimentos restaurativos deverão constituir-se com o apoio de rede social de assistência para encaminhamento das partes, sempre que for necessário, para viabilizar a reintegração social de todos os envolvidos.

Art. 11 - É acrescentado ao artigo 107, do Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940, o inciso X, com a seguinte redação:

X – pelo cumprimento efetivo de acordo restaurativo.

Art. 12 – É acrescentado ao artigo 117, do Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940, o inciso VII, com a seguinte redação:

VII – pela homologação do acordo restaurativo até o seu efetivo cumprimento.

Art. 13 - É acrescentado ao artigo 10, do Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, o parágrafo quarto, com a seguinte redação:

§ 4º - A autoridade policial poderá sugerir, no relatório do inquérito, o encaminhamento das partes ao procedimento restaurativo.

Art. 14 - São acrescentados ao artigo 24, do Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, os parágrafos terceiro e quarto, com a seguinte redação:

§ 3º - Poderá o juiz, com a anuência do Ministério Público, encaminhar os autos de inquérito policial a núcleos de justiça restaurativa, quando vítima e infrator manifestarem, voluntariamente, a intenção de se submeterem ao procedimento restaurativo.

§ 4º – Poderá o Ministério Público deixar de propor ação penal enquanto estiver em curso procedimento restaurativo.

Art. 15 - Fica introduzido o artigo 93 A no Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, com a seguinte redação:

Art. 93 A - O curso da ação penal poderá ser também suspenso quando recomendável o uso de práticas restaurativas.

Art. 16 - Fica introduzido o Capítulo VIII, com os artigos 556, 557, 558, 559, 560, 561 e 562, no Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, com a seguinte redação:

CAPÍTULO VIII

DOPROCESSO

RESTAURATIVO

Art. 556 - Nos casos em que a personalidade e os antecedentes do agente, bem como as circunstâncias e conseqüências do crime ou da contravenção penal, recomendarem o uso de práticas restaurativas, poderá o juiz, com a anuência do Ministério Público, encaminhar os autos a núcleos de justiça restaurativa, para propiciar às partes a faculdade de optarem, voluntariamente, pelo procedimento restaurativo.

Art. 557 – Os núcleos de justiça restaurativa serão integrados por facilitadores, incumbindo-lhes avaliar os casos, informar as partes de forma clara e precisa sobre o procedimento e utilizar as técnicas de mediação que forem necessárias para a resolução do conflito.

Art. 558 - O procedimento restaurativo consiste no encontro entre a vítima e o autor do fato e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados, que participarão coletiva e ativamente na resolução dos problemas causados pelo crime ou contravenção, com auxílio de facilitadores.

Art. 559 - Havendo acordo e deliberação sobre um plano restaurativo, incumbe aos facilitadores, juntamente com os participantes, reduzi-lo a termo, fazendo dele constar as responsabilidades assumidas e os programas restaurativos, tais como reparação, restituição e prestação de serviços comunitários, objetivando suprir as necessidades individuais

e coletivas das partes, especialmente a reintegração da vítima e do autor do fato.

Art. 560 – Enquanto não for homologado pelo juiz o acordo restaurativo, as partes poderão desistir do processo restaurativo. Em caso de desistência ou descumprimento do acordo, o juiz julgará insubsistente o procedimento restaurativo e o acordo dele resultante, retornando o processo ao seu curso original, na forma da lei processual.

Art. 561 - O facilitador poderá determinar a imediata suspensão do procedimento restaurativo quando verificada a impossibilidade de prosseguimento.

Art. 562 -O acordo estaurativo deverá necessariamente servir de base para a decisão judicial final.

Parágrafo Único – Poderá o Juiz deixar de homologar acordo restaurativo firmado sem a observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ou que deixe de atender às necessidades individuais ou coletivas dos envolvidos.

Art. 17 - Fica alterado o artigo 62 , da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, que passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 62 - O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando-se, sempre que possível, a conciliação, a transação e o uso de práticas restaurativas.

Art. 18 – É acrescentado o parágrafo segundo ao artigo 69, da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, com a seguinte redação:

§ 2º – A autoridade policial poderá sugerir, no termo circunstanciado, o encaminhamento dos autos para procedimento restaurativo.

Art. 19 – É acrescentado o parágrafo sétimo ao artigo 76, da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, com o seguinte teor:

§ 7º – Em qualquer fase do procedimento de que trata esta Lei o Ministério Público poderá oficiar pelo encaminhamento das partes ao núcleo de justiça restaurativa.

Art. 20 – Esta lei entrará em vigor um ano após a sua publicação.

Sala das Sessões, em de de 2006.

Deputado **GERALDO THADEU** - Presidente