MARIA ISABEL BUCHINA

A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E AS NOVAS TENDÊNCIAS DO ACESSO À JUSTIÇA NO SÉCULO XXI

BACHARELADO EM DIREITO

Faculdade Autônoma de Direito – FADISP
SÃO PAULO – 2008

MARIA ISABEL BUCHINA

A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO
E AS NOVAS TENDÊNCIAS DO ACESSO À JUSTIÇA NO SÉCULO XXI

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade Autônoma de Direito – FADISP, como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em direito, sob a orientação do professor Ralpho Waldo de Barros Monteiro Filho.

São Paulo
2008

A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO
E AS NOVAS TENDÊNCIAS DO ACESSO
À JUSTIÇA NO SÉCULO XXI

por

Maria Isabel Buchina

Monografia apresentada como exigência parcial à obtenção do grau de bacharel em direito da Faculdade Autônoma de Direito – FADISP, à Banca Examinadora formada pelos examinadores:

Mônica Bonetti Couto

Ralpho Waldo de barros Monteiro Filho

Joaquim Pedro Villaça de Souza Campos

À Professora Thereza Alvim pela oportunidade de estudo,
Ao meu orientador pelo apoio e incentivo,
Ao meu mestre da vida Dr. Daisaku Ikeda,
Aos meus maiores exemplos de dignidade e
Justiça: Dra. Luzia Galvão Lopes da Silva
e Dr. Sebastião Luiz Amorim,
À minha filha Thaís Pedroso meu motivo de tudo.

Sumário

Apresentação 8
1. Introdução 10
2. Jurisdição 13
2.1. O processo e sua duração 16
3. Princípios constitucionais 20
3.1. Contraditória e ampla defesa 22
3.2. Direito de ação 23

4. Medidas para acelerar o processo 25
4.1. Fases da reforma do judiciário 25
4.2. Medidas no sistema atual 27
4.3. Iniciativas para combater a morosidade do judiciário 32

5. Mediação 39
5.1. O conflito 39
5.2. O que é mediação 40
5.3. O ensino da mediação 44
5.4. O papel do mediador 46
5.5. Código de ética dos mediadores 50
5.6. Mediação como acesso a justiça 51
5.7. Mediação e Direito de Família 52
5.8. Antecedentes históricos 54
5.8.1. Constituição Imperial de 1824 55
5.8.2. Constituição Federal de 1988 55
5.8.3. Código de Processo Civil 56
5.8.4. Portaria MTB 818, de 30/8/1996 56

5.8.5. Lei nº 9.307, de 23/9/1996 56
5.8.6. Decreto Estadual SP nº 42.209 de 15/9/1997 56
5.8.7. Lei nº 10.101, de 19/12/2000 57
5.8.8. Lei nº 10.192, de 14/2/2001 57
5.8.9. Provimentos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo 57
5.8.10. Projeto de Lei n. 4.327/98 57
5.8.11. Projeto de Lei 4.827/98, de autoria da deputada Zulaiê Cobra 57

6. O Projeto de Lei que institui a mediação no Brasil – PL 4.827/1998 58
6.1. O Projeto de Lei da mediação civil – Anotado 59

Conclusão 76

Bibliografia 79

Anexo 80

**“Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e em direitos.
São dotadas de razão e de consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”**
(Primeiro artigo da Declaração Universal dos Direitos Humanos – ONU/1948.)

Desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, em 1948, o elenco dos direitos foi se universalizando, multiplicando e diversificando. Aos direitos de liberdade, civis e políticos (ou de primeira geração), foram se acrescentando os direitos de igualdade, sociais e econômicos (ou de segunda geração). Mais recentemente, ao rol dos direitos incluiu-se os direitos de terceira geração, que se referem aos povos, às culturas e à própria natureza como sujeita de direitos (direitos ecológicos), e há uma perspectiva para os direitos de quarta geração, ou seja, direitos das gerações futuras...

Apresentação

Com base na comprometedora performance recente do judiciário do Estado de São Paulo, onde um processo pode levar mais de seis anos para chegar ao veredicto, onde uma montanha de 600 mil recursos dormita nas mesas dos tribunais de segunda instância, ainda amarrados com barbante e inacessíveis aos operadores do direito e aos interessados em geral. Ninguém suporta mais conviver com tamanho descaso, que atravanca toda a fluidez da rotina socioeconômica de São Paulo, o mais rico ente federativo, que acaba pagando também um preço alto para obtenção dos serviços jurisdicionais.

O problema é que o judiciário não tem estrutura operacional compatível para responder com agilidade, eficiência, presteza e efetividade a demanda forense.

Agilidade, eficiência, presteza e efetividade exigem recursos humanos e materiais, e isso custa aos cofres públicos, por isso, e muito mais, é que os cidadãos brasileiros estão cada vez mais órfãos e vítimas do descaso dos governantes, na evidente falta de investimento em setores essenciais na prestação dos serviços públicos, inclusive o jurisdicional.

Hoje no Brasil, especialmente em São Paulo, o jurisdicionado está sofrendo a carência da tutela do Estado-juiz, que deveria pacificar conflitos, garantir direitos e manter a tranqüilidade da vida em sociedade, entretanto, o que se tem visto é uma justiça inoperante e gravemente carecedora de pessoas treinadas e preparadas adequadamente, de estrutura operacional, de juízes, de vontade política e mobilização social.

Nossa atual Constituição vem, desde sua promulgação em 1988, despertando a consciência cidadã da população brasileira para irem em busca dos seus direitos. Ao fazer isso provocou um aumento considerável do número de demandas ajuizado o que trouxe graves conseqüências ao Poder Judiciário totalmente fora do contexto da modernidade, preso e arraigado a uma estrutura

arcaica e ineficaz. É inadmissível que um processo tenha que aguardar mais de seis anos para assegurar uma justa decisão.

Ha casos em que a intervenção do Estado é injustificável e deveriam ser privilegiadas outras formas de solução de conflitos, tais como: **Câmaras de conciliação e arbitragem**, **Mediação** e os **Juizados Especiais**.

Em razão do lamentável quadro da atual situação no Judiciário em geral, apresentamos uma proposta básica e simples no presente trabalho, como essencial nessa busca para concretizar um dos princípios fundamentais que permeia quase todo o texto constitucional e está presente no portal da Constituição Federal:

> Art. 1º – A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:
>
> ...
>
> III. a dignidade da pessoa humana;
>
> ...

1. Introdução

O tema do *direito fundamental à razoável duração do processo*, por força da Emenda Constitucional (EC) nº 45/2004, que acresceu o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal de 1988, comporta inúmeros desdobramentos.

Ele poderia ser desenvolvido sob o aspecto da responsabilidade do Estado sobre a demora do processo judicial ou administrativo. Poderia também versar acerca do princípio da cooperação entre os sujeitos do processo para alcançar um deslinde justo e célere a um determinado conflito. Enfim, existe uma superabundância de enfoques que se pode dar ao assunto.

Contudo, o presente trabalho se insere num contexto de análise dos Métodos Alternativos de Solução de Conflitos.

Tal circunstância me levou a tratar do tema com um cuidado específico: o de verificar em que medida a estrutura judiciária brasileira está apta (ou não) a tornar efetivo o direito à razoável duração do processo e que outros meios podem ser utilizados para fazê-lo valer.

É lamentável constatar que, sem antes tomar medidas de ordem prática e sem alterar nada na ineficiente estrutura e condições do Poder Judiciário, seja simplesmente acrescido o inciso LXXVIII ao art. 5º da CF, para garantir o direito constitucional da razoável duração do processo ao sistema brasileiro. Valioso seria se, mais que um princípio constitucional, tornar-se um autêntico compromisso.

Para tanto, é necessário se fazer uma análise do *direito de ação*, da sua noção clássica ao conceito mais moderno, chegando ao ambiente jurídico em que foi inserido o novo dispositivo.

Há que se perguntar: cuida-se realmente de um *direito novo*, surgido somente em 2004, ou já existia antes disso?

O *Direito* deve ser *aplicado* às situações reais da vida. De um lado, a *norma jurídica incide no caso concreto* a partir do reconhecimento espontâneo das pessoas ao adotarem uma conduta que se alinhe ao ordenamento. De outro lado, e caso exista uma alegação de descumprimento da conduta esperada, gerando um conflito intersubjetivo, o *Direito só existirá quando o juiz assim o declarar*. Aí está a importância do processo, na atividade de aplicação-criação de direitos para pacificar a sociedade e prover a felicidade das pessoas. E isso só acontece se o provimento judicial for tempestivo.

Para atingir este desejo, a sociedade deve ter ao seu dispor meios hábeis para prover soluções tempestivas aos conflitos, seja através do aparato judiciário ou de *meios alternativos a ele*, caso contrário o *direito fundamental à razoável duração do processo* não passa de mera teoria, apartando-se do mundo real.

Todavia, por ter o Estado se sub-rogado no direito-dever único de fazer e realizar justiça, não é admissível que a falta de interesse dos governantes em investir corretamente no Poder Judiciário prejudique os jurisdicionados com a absurda duração do processo, razão pela qual a introdução de mecanismos para evitar a judicialização parece ser um primeiro passo para assegurar-se a paridade entre as partes, realizando-se justiça.

Recentemente diversas alterações na legislação processual civil, introduzindo procedimentos mais adequados à realidade de nossos dias, como a lei que autoriza processo administrativo no inventário, na partilha, na separação e no divórcio consensual.

Contudo, apesar de respeitáveis e necessárias, de nada servirão as modificações de vanguarda, se introduzidas numa Justiça viciada e atracada com uma estrutura ineficiente e insuficiente para a realização do serviço que o Estado se propõe prestar.

A Constituição de 1988, ampliou a atuação do sistema não só conferindo direito ao lesionado, mas também à ameaça a este direito, constituindo assim, inovação constitucional. Aumentou a judicialização das relações sociais sem melhorar os mecanismos para efetiva solução das demandas.

Inicialmente, a situação era entendida como prestígio para a cidadania, mas o volume de causas desembocadas no Judiciário mostrou outro quadro, porque a morosidade dos serviços judiciários impede a eficácia da Justiça e prejudica o consumidor dos serviços judiciários.

Com o advento da constituição cidadã, onde se exige “razoável duração do processo” (art. 5º, LXXVIII), a desjudicialização passa a ser reivindicação do jurisdicionado.

Além da quebra do monopólio judicial, por meio de leis, adequadas umas, capciosas outras, aparecem formas alternativas para solução de conflitos, a exemplo da mediação e arbitragem.

Convém esclarecer, a mediação e arbitragem de conflitos não é atividade substitutiva do Judiciário, ao contrário, se propõe a evitar a judicialização, levando os litigantes a cederem os seus interesses, a se conciliarem, a não ingressarem no aparelho estatal com as demandas.

O presente trabalho enfocará somente a problemática no processo civil e as tendências do acesso à Justiça no século XXI com a retomada da oralidade e da mediação na solução de conflitos.

Portanto, alarga-se o caminho para um diálogo interdisciplinar na solução de disputas, sem qualquer risco para os operadores do direito. Eis aí uma possibilidade de otimização dos serviços profissionais. Esse é o desafio que exigirá de todos nós uma nova leitura do conflito, fora ou no âmbito do Poder Judiciário.

2. Jurisdição

> "A palavra – jurisdicção – (do latim – jurisdictio – declaração ou proclamação do direito) pode ser tomada em uma dupla acepção: *lato sensu* e *stricto sensu*. Sob o primeiro aspecto, jurisdição é o poder, em geral, de conhecer e decidir, com autoridade dos negócios e contendas que se agitam dentro dos diversos círculos de relações da vida social (...) Sob o segundo aspecto, jurisdicção é a faculdade inherente ao Poder Judiciário de declarar e fazer efecctivo o direito, applicando a lei aos casos concretos, ou, mais resumidamente, é o poder conferido pela lei às autoridades judiciárias de administrar justiça."[1]

Interessante a definição de jurisdição encontrada nesse trabalho que data do início do século passado, desde então muita coisa mudou. Contudo, para o presente trabalho o que realmente importa é o simples fato de que o Estado se atribuiu o direito-dever único de prestar a tutela jurisdicional, proibindo a autotutela ou formas privadas de tutela, e tem se desincumbido de forma consideravelmente improdutiva e insatisfatória na prestação desse serviço.

Ao monopolizar o poder jurisdicional, o Estado passou a ser responsável por estendê-lo a todos, em rejeição à idéia da tutela seletiva. Tornou-se, com isso, garantidor do resultado útil do processo. A utilidade da tutela está relacionada não apenas à efetiva entrega do bem jurídico, mas ao compromisso de que esta se dê em tempo razoável.

---

[1] Mantida a grafia da obra de Manoel Aureliano de Gusmão. *Processo civil e comercial*.

Os motivos que levaram o legislador a colocar a questão do tempo do processo ao nível de garantia fundamental demonstram uma insatisfação da sociedade com a prestação da tutela jurisdicional e a compreensão que a jurisdição não deve ser somente prestada pelo Estado como decorrência do direito de ação, mas que a tutela jurisdicional deve ser efetiva, tempestiva e adequada, sendo atribuição do Estado alcançar tal objetivo.

Diante de uma sociedade em permanente estado de alerta, pronta para demandar judicialmente muitas vezes o que não é mais nem pleiteado administrativamente, como o recurso de multa e a má prestação dos serviços públicos como energia e telefonia, a máquina judiciária mostra-se inadequada, não conseguindo comportar tantas demandas, sendo de urgência uma reavaliação de todo sistema processual.

A ordem constitucional de 1988 ampliou o leque de atuação do Judiciário, que se tornou apto a remediar não só o direito lesionado, mas também a protegê-lo em casos de ameaça, evitando que chegasse a ser violado, hipótese não prevista anteriormente.

Com a ampliação dos direitos fundamentais, especialmente os de terceira geração, surgem novas formas de conflitos, antes não imaginados pelo Estado. Assim explica Adalgiza Paula Oliveira Muniz:

> “A ampliação dos direitos fundamentais com o reconhecimento de novos direitos faz surgir também no panorama jurídico novas formas de conflito, especialmente as decorrentes dos direitos de segunda e terceira geração, que trazem à baila questões relativas a relações de emprego, habitação, educação, transporte, consumo, meio ambiente, entre outros, aumentando sobremaneira o número de demandas levadas à apreciação do Poder Judiciário.
>
> O surgimento desses novos conflitos é indicado por alguns autores como o principal fator responsável pela chamada ‘explosão de litigiosidade’, que deflagrou a crise na administração da justiça,

> apontando a necessidade premente de desburocratização do sistema e de simplificação dos procedimentos."[2]

O acesso à Justiça não se restringe à garantia de levar ao conhecimento do Judiciário as alegações de ameaça ou de lesão a direito, mas de ver os conflitos resolvidos, através de uma prestação jurisdicional qualificada pela especificidade da tutela e pela duração razoável.

O resultado esperado pelo processo por vezes é tão demorado que já perdeu sua finalidade ou, em casos mais raros, mostra-se imprestável à realidade fática que se apresenta na sociedade.

É a lição de José Roberto dos Santos Bedaque:

> "Entre os direitos fundamentais da pessoa encontram-se, sem dúvida, o direito à efetividade do processo, também denominado direito de acesso à justiça ou direito à ordem jurídica justa, expressões que pretendem representar o direito que todos têm à tutela jurisdicional do Estado. Essa proteção estatal deve ser apta a conferir tempestiva e adequada satisfação de um interesse juridicamente protegido, em favor de seu titular, nas situações em que isso não se verificou de forma natural e espontânea."[3]

Ainda que o exercício das outras garantias constitucionais inerentes ao devido processo legal também demandem tempo, ele é fonte natural de danos, que devem ser mitigados a fim de alcançar uma justiça autêntica.

Com isso, não se quer suprimir as referidas garantias pertinentes à defesa, mas a jurisdição deve ser prestada em tempo razoável.

No momento, cabe lembrar que a efetividade é gênero no qual está contida a idéia de duração razoável do processo, como conseqüência lógica de

---

[2] Adalgiza Paula Oliveira. "Direitos individuais e coletivos. Novos direitos, novos conflitos e a busca do efetivo acesso à justiça", in: *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*. São Paulo: ano 6, nº 65, maio, 2005, p. 17.

[3] José Roberto dos Santos Bedaque, in: Antonio Carlos Marcato (org.). Código de processo civil interpretado. São Paulo: Atlas, 2004, p. 791.

que a efetividade está relacionada a jurisdição (atuação substitutiva do Estado) e tempestivamente ao processo (meio).

Assim, se a jurisdição é a atividade estatal que tem por objetivo, entre outros, a busca do equilíbrio das relações sociais, retomada a idéia da sociedade em crise, a preocupação agora é como tornar possível a tutela jurisdicional efetiva.

Procurando a conciliação entre a razoável duração do processo, estabelecida pela EC 45/2004 e o tempo do processo (tempo mínimo necessário para a realização dos atos processuais e a cognição do magistrado sobre a causa), buscam-se formas diferenciadas de prestação jurisdicional.

Existe uma mudança na concepção de jurisdição, não como forma de solucionar conflitos pela resposta (sentença) do magistrado, mas oportunizando, dando meios para que se busque a realização da justiça fora da formalidade procedimental, estimulando os acordos e conciliações, buscando a cooperação do indivíduo com os interesses e escopos do Estado Democrático de Direito.

Aproximar o homem da tarefa de resolver seus próprios conflitos é uma conseqüência da jurisdição que já não se sustenta sozinha, sendo necessário dividir e delegar a missão jurisdicional.

2.1. O processo e sua duração

O tempo é um aspecto da realidade que por certo irradia efeitos sobre o processo. Sob diversos aspectos, ele é importante na vida e no direito instrumental, é o tempo quem informa o binômio segurança-efetividade que por sua vez inspira o direito processual como um todo.

No dizer de José Rogério Cruz e Tucci, a excessiva duração do processo e denegação de justiça:

> "É bem de ver que o fator tempo, que permeia a noção de processo, constitui, desde há muito, o principal motivo de crise da justiça, uma vez que a excessiva dilação temporal das controvérsias vulnera *ex radice* o direito à tutela jurisdicional, acabando por ocasionar uma série de gravíssimos inconvenientes para as partes e para os membros da comunhão social. Despiciendo salientar que justiça tardia corresponde a verdadeira denegação de justiça..."[4]

É notório que cada vez mais, processos que duram demais são um mal. Geram insegurança. E insegurança é tão ruim quanto injustiça. À injustiça inicial a ser dirimida pelo judiciário (ação) soma-se a falta de uma decisão em tempo hábil (omissão). Dobra-se o grau da injustiça.

A decisão tardia não é justa, pois proporciona ao réu que não tem razão o benefício de manter indevidamente o bem litigioso sob seu poder por lapso de tempo excessivamente longo, privando o autor de satisfazer sua pretensão, como afirma Luiz Guilherme Marinoni:

> "O processo, como já foi dito, ainda que atribua ao autor o bem da vida perseguido, acarreta-lhe sempre um dano marginal, provocado, pela indisponibilidade do bem ou do capital durante o curso do processo, ou durante o tempo em que o bem não esteve disponível para o autor por estar nas mãos do réu.
> O dano que é imposto àquele que reivindica o bem e o benefício que é gerado à parte que o mantém indevidamente em seu patrimônio são proporcionais à demora da justiça. É exatamente por isso que o atual processo civil brasileiro é um ótimo negócio, ou um excelente investimento econômico, para o réu que não tem razão.'[5]

---

[4] José Rogério Cruz e Tucci. "Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal", in: *Revista de processo*. São Paulo, nº 66, p. 73.
[5] Luiz Guilherme Marinoni. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: RT, 1999, pp. 182-183.

Neste compasso, concordamos com Paulo Hoffman:

> "É inconcebível em um mundo moderno, capaz de enviar informações de uma parte a outra instantaneamente ou de transmitir uma guerra em tempo real, a burocracia, o formalismo e a falta de estrutura mantenham o Poder Judiciário arcaico e ineficaz. É inadmissível que um processo tenha duração maior que a necessária para assegurar a justa decisão."[6]

Este tempo, acelerado em decorrência do aumento dos conflitos de interesses não ajustáveis extrajudicialmente acabam exigindo, por parte do Estado uma resposta adequada e rápida, o que acaba, por conseqüência, acelerando o tempo do próprio direito, aonde a criação legislativa de urgência vem de última hora para acalmar os ânimos sociais.

José Rogério Cruz e Tucci, em excelente artigo que trata sobre "excessiva duração do processo e denegação de Justiça" destaca:

> "Quando o tema da agilização da justiça reaparece no cenário dos mais diferentes sistemas jurídicos, as atenções concentram-se em aspectos de natureza técnico-jurídica, esquecendo-se totalmente que o problema da efetividade do processo está ligado a vetores de ordem política, econômica e cultural.
> Basta dizer que, o Brasil, desde há muito, as controvérsias mais sensíveis, que colocam em jogo os valores de maior interesse político e econômico para as classes dominantes, escapam ao procedimento demorado e ineficiente, prolongado e desastroso."[7]

---

[6] Paulo Hoffman. *Razoável duração do processo*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 26.
[7] José Rogério Cruz e Tucci. "Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal", in: *Revista de processo*. São Paulo, nº 66, pp. 73-74.

A introdução da garantia da razoável duração do processo, através da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, possibilitou à ciência processual deflagrar a efetiva necessidade de repensar a prestação jurisdicional, não apenas como tarefa do Estado, mas um direito de todo indivíduo. Nesse sentido, espera-se não apenas uma resposta do Estado para a solução da lide, mas uma tutela efetiva, adequada e tempestiva, uma vez que o indivíduo enxerga na Justiça não somente o lugar onde vai conseguir solucionar todos os seus problemas, mas também o único lugar onde podem buscar isso, estamos diante de uma situação que, invariavelmente, nos levará ao engessamento do Judiciário (uma vez que o estado de crise já se instalou no Direito), ou seja, a denegação do próprio acesso à Justiça.

Assegurado constitucionalmente, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional preconiza em termos mais amplos não somente o direito à prestação jurisdicional, mas ao efetivo acesso à Justiça, através da criação de novos procedimentos que buscam acelerar a solução do litígio.

3. Princípios constitucionais

Tratando-se a Constituição do ambiente natural dos princípios jurídicos, esses constituem a síntese dos valores principais da ordem jurídica. Assim, os princípios constitucionais, além de refletirem a própria essência do regime político adotado e os exatos valores supremos da ordem jurídica enquanto normas superiores de função fundamentadora, exprimem, também, a função mesma de disposição efetiva, incluído ao caso concreto, ainda que, preambularmente não possuam endereçamento definitivo.

Cumpre-nos aqui, fazer uma análise do princípio da razoável duração do processo em relação aos demais princípios e garantias constitucionais que regem o processo.

Tema que tem sido desenvolvido e estudado ao longo das últimas décadas, o acesso à Justiça, além de garantia constitucional (art. 5, inc. XXXV da CF/88), é princípio basilar da estrutura do sistema processual brasileiro, uma vez que referido princípio garante não apenas a "inafastabilidade do controle jurisdicional", mas a necessidade de novas técnicas, suficientemente adequadas para a prestação da atividade jurisdicional.

Magistral é a lição de Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

> "De fato, 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 sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário

> que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos."[8]

Continua, ainda, o referido autor:

> "Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas. O 'acesso' não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica."[9]

Entretanto, não é apenas com relação ao acesso à Justiça que o princípio da razoável duração do processo deve ser estudado. A análise das garantias constitucionais frente ao princípio da razoável duração do processo nos traz temas dignos de expressão própria, como o contraditório (pleno e ilimitado), ampla defesa (cognição sumária como regra), da inafastabilidade do controle jurisdicional (direito de ação e direito á adequada tutela jurisdicional), da razoabilidade (à variação das inúmeras espécies de procedimento) e da proporcionalidade (análise da situação fática de urgência).

O devido processo legal, previsto no inciso LIV do art. 5º da Magna Carta é tratado no âmbito processual como uma norma de encerramento. O Due process of Law contém em si todos os demais princípios processuais, abarcando, inclusive, aqueles que porventura não chegaram a ser positivados pelo texto constitucional, devendo ser entendido, dessa forma, como um

---

[8] Mauro Cappelletti e Bryan Garth. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, pp. 11-12.
[9] Idem, p. 13.

princípio que assegura todos os demais princípios previstos constitucionalmente, ou seja, garante o direito à ação (princípio da inafastabilidade da apreciação judicial – art. 5º, XXXV), de defesa, prova, contraditório, ampla defesa, sentença, o uso dos recursos a ela inerentes (art. 5º, incisos LIII, LIV e LV), da inadmissibilidade do uso da prova ilícita (art. 5º, LVI), bem como da publicidade e motivação dos atos processuais (art. 5º, LX e 93, IX).

Por estarem mais imediatamente relacionados ao tema do presente trabalho, destacaremos especificamente, alguns desses princípios, diretamente voltados ao tema da duração do processo.

3.1. Contraditório e ampla defesa

Esculpidos no art. 5º, LV, da CF/88, estão os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurando aos litigantes no processo administrativo ou judicial e acusados em geral todos os meios e recursos inerentes a estes princípios. Manifestações do devido processo legal, contraditório e ampla defesa não derivam um do outro, senão estão intimamente ligados pela própria natureza do processo. Assim, temos o princípio do contraditório atrelado ao princípio da bilateralidade da audiência, onde é infesto ao juiz ouvir uma parte e não dar a chance para que a outra se manifeste. Esta idéia está vinculada ao aspecto da dialeticidade que move a decisão judicial.

De importante relevância no processo civil, é no processo penal que o contraditório e a ampla defesa assumem papel inafastável, devendo a ampla defesa, inclusive, ser plena e eficaz, sob pena de nulidade. Trata-se não apenas de garantia do acusado em defender-se, mas de garantia do interesse público, da própria Justiça, sendo indeclinável a defesa técnica.

O contraditório é assegurado durante todo o processo, e não se esgota com a defesa do réu. Assim, para que seja efetivo, também necessita de um

tempo adequado para ser realizado. Abreviar ou extinguir o contraditório em qualquer das etapas do processo é violar a sua aplicação.

3.2. Direito de ação

Dentre outros princípios aplicáveis ao direito processual temos o princípio da ação, bem como o princípio dispositivo (da disponibilidade do direito de ação), possibilitando às partes dispor de seus direitos, retratando-se na liberdade que as pessoas têm de exercê-los ou não. Procedente no processo civil - muito embora reconheçamos a existência de bens indisponíveis também no processo civil -, deparamo-nos, no processo penal, com princípio oposto que é o da indisponibilidade (ou da obrigatoriedade) da ação penal (pública incondicionada ressalve-se). Entretanto, o desenfreado uso de tal faculdade (princípio da ação), acaba também por chocar-se com a garantia da razoável duração do processo, uma vez que quanto maior o número de lides a serem resolvidas pelo judiciário, maior a demora na sua apreciação (isso, é claro, por um problema de organização judiciária e falta de recursos para a sua ampliação e aperfeiçoamento).

Vale dizer da preocupação que se revela no momento em que não é possível exigir do magistrado o respeito a todas as garantias constitucionais e, ao mesmo tempo, que a decisão seja rápida, adequada e eficaz para a recuperação do *status quo ante*. É exigir “milagre” por parte do julgador e “iludir” o jurisdicionado, frente à evidente problemática existente na prestação jurisdicional.

Assim, vemos que os princípios que regem o direito processual não podem ser mitigados como forma de cumprimento do preceito constitucional inserido pela EC 45/2004, mas, a partir desta garantia, deve-se repensar a forma de atuar do direito processual e a busca de novas formas de solução dos conflitos, sem a necessidade de deformar a estrutura processual vigente.

Para tanto, apostamos na mediação e na arbitragem, na possibilidade de ampliação das formas de conciliação nos feitos, nos projetos implantados pelos tribunais no sentido de informalizar o processo, sem, contudo, retirar-lhe a forma, tornando-a, apenas, mais flexível e adequada à realidade social.

4. Medidas para acelerar o processo

4.1. Fases da reforma do judiciário

O Código de Processo Civil de 1973 está experimentando a terceira onda renovadora. Em geral, todos os ordenamentos jurídicos do mundo necessitam de mecanismos processuais mais céleres, efetivos e menos custoso.

Para modernizar a legislação processual brasileira, foi firmado pelos presidentes da República, do Senado, da Câmara dos Deputados, do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça o chamado Pacto de Estado em Favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano.

Apresentado em dezembro de 2004, logo após a aprovação da Emenda Constitucional nº 45, que criou o controle externo da magistratura, introduziu a súmula vinculante e incorporou no rol dos direito e garantias fundamentais o inciso LXXVIII, do artigo 5º da Constituição Federal, para garantir o direito constitucional da razoável duração do processo ao sistema brasileiro, os signatários do pacto se comprometeram a apoiar 39 projetos preparados para redefinir as competências das diferentes instâncias judiciais, permitir o uso de meios eletrônicos na tramitação dos processos, limitar a interposição de agravos, unificar as fases de conhecimento e execução de títulos judiciais, coibir a abertura de ações repetitivas e disciplinar os pedidos de vista.

As reformas do Código de Processo Civil (CPC) começaram em 1993, com acentuadas modificações em 1994 e 1995; uma segunda fase desenvolveu-se em 2001 e 2002; em 2005 teve início a terceira fase de

alterações, sobretudo com a edição da Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005

Mais recentemente, a Lei nº 11.441, de 5 de janeiro de 2007 altera dispositivos do CPC, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divorcio consensual por via administrativa.

A tendência das alterações legislativas processuais está pautada na assunção do sincretismo da tutela, as quais visam buscar a efetividade do processo, ou seja, propiciar um instrumento capaz de satisfazer os anseios da coletividade de maneira rápida, eficaz e justa.

Mauro Capelletti e Bryant Garth, na clássica obra *Acesso à Justiça*, expõem abertamente as mazelas judiciais e destacam que a atenção dos modernos reformadores está muito mais voltada às alternativas ao Judiciário (arbitragem, mediação, juizados informais etc.), do que propriamente à reforma do Poder. Contudo, reconhecem que muitos direitos são passíveis de solução senão mediante o Judiciário, daí a necessidade de readequá-lo.

Também destacam a reforma processual que alguns países têm experimentado, incorporando definitivamente princípios como o da oralidade, da identidade física do juiz, da isenção de custas etc. A França, citam, eliminou em 1977 todas as custas processuais.

Portanto, é tendência mundial a busca incessante de modelos processuais mais ágeis, e que desenvolvam sua função social.

A primeira fase reformista do CPC é do final de 1994 cuja maior inovação foi criar a consignação em pagamento extrajudicial (Lei nº 8.951, de 13/12/1994), que sem dúvida iniciava a busca alternativa à monotonia do Poder Judiciário. A partir daí visualiza-se que a resolução de conflitos de interesse podem se dar alheios ao Poder Judiciário, fechando esse ciclo com a edição da Lei 9.079, de 14/7/1995, que introduziu no nosso sistema processual a ação monitória.

No final de 2001 inicia-se a segunda grande fase reformista do CPC com a Lei nº 10.352, de 26/1/2001 que modifica especialmente o reexame

necessário, finalizando em maio de 2002 com a Lei nº 10.444, de 7/4/2002 que modificou pontualmente o processo de execução.

A terceira fase reformista do CPC, teve início com a lei n. 11.187, de 19/10/2005, que determinou como regra obrigatória a interposição de agravo na modalidade retida contra decisões interlocutórias, mas cujas principais modificações estão presentes na Lei nº 11.232, de 22/12/2005, que, dentre outras novidades, estabelece a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento.

Tais inovações, ainda que relevantes, por óbvio não são suficientes para atender na íntegra o comando constitucional, pois somente com a quebra do monopólio judicial através de leis que levem a uma desjudicialização das relações sociais, com formas alternativas para solução de conflitos, a exemplo dos juizados especiais, da conciliação, da mediação etc., o melhor seria não disponibilizar a máquina estatal indevidamente, mas permitir seu uso somente quando necessária para dirimir conflitos não patrimoniais e substituir a vontade das partes, através da força coercitiva do Estado.

4.2. Medidas do sistema atual

Em cumprimento ao preceito constitucional, sobreveio a Lei Federal nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, dispondo sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, e com ela imaginamos estar se iniciando uma nova e eficiente era no âmbito do judiciário, com verdadeira funcionalidade, competência e rapidez, atendendo os anseios de uma sociedade, principalmente de menor pode aquisitivo.

Após esses anos de funcionamento dos juizados especiais, o balanço que se tem não são tão positivos quanto se imaginava.

Existe carência de bens materiais e humanos para execução de tão importante tarefa. Instalações físicas inadequadas, pessoal de apoio precário, às vezes cedidos por outros órgãos; falta de juízes, promotores e defensores

públicos, além de juízes leigos despreparados, os quais decidem de modo contraditório ou sem conhecimento de causa. Tudo isso veio constituir mais um desafio para os operadores do direito junto aos Juizados Especiais.

Nesse sentido, extremamente válidas as considerações de Paulo Hoffman:

> "Nesse aspecto, aliás, apesar do mérito alcançado, paradoxalmente, o Juizado Especial é o próprio exemplo de que somente novas leis e boa intenção doutrinária e legislativa não resolvem o problema da duração do processo. Criado para solucionar adequadamente as questões trazidas a juízo e desafogar o tramite das Varas comuns, o Juizado Especial, na grande maioria das Comarcas, veio representar somente mais encargo e acumulo de serviço aos juízes de 1o grau, obrigados a atuar nesses juizados, normalmente após o expediente normal em suas respectivas varas, sem a devida contraprestação. Outro fator que não permite um melhor aproveitamento dos Juizados está na escolha e falta de treinamento dos conciliadores, que são, muitas vezes, advogados sem grande representatividade ou sucesso profissional ou, até mesmo, estudantes de Direito, o que impede um melhor aconselhamento das partes com vistas à conciliação, em razão da falta de experiência forense."[10]

A Lei nº 9.307/1996, Lei da Arbitragem, tornou-se quebra do monopólio jurisdicional estatal, porque delegou a árbitros, escolhidos pelas partes, fora do sistema judicial, a solução de questões, conferindo-lhe caráter de coisa julgada. Mais presente nas causas relativas às relações internacionais e na área empresarial, esta lei, apesar de pouco difundida, fomenta a solução de muitas demandas sem necessidade de acionar o sistema judiciário.

---

[10] Paulo Hoffman. *Razoável duração do processo*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, pp. 133-134.

A Lei nº 10.931/2004 passou para o campo administrativo a solução de litígios, envolvendo retificação de registro de imóveis. Alterou-se a Lei nº 6.015/1973, para delegar ao oficial competência para fazer retificações no registro do imóvel, agilizando o procedimento para corrigir possíveis erros na matrícula, atividade eminentemente administrativa, antes submetida à burocracia judiciária.

A Lei nº 11.101/2005, que substituiu a Lei nº 7.661/1945, modernizou o processo falimentar do empresário e da sociedade empresarial, criando a recuperação extrajudicial da empresa, através de procedimento que não envolve o Judiciário, mas permite a negociação entre os credores e a empresa devedora.

Mais recentemente, a Lei nº 11.441/2007 alterou dispositivos processuais para autorizar processo administrativo no inventário, na partilha, na separação e no divórcio consensual. Na prática já existia um procedimento semi-administrativo, no inventário e na partilha, apesar da burocracia que se lhe imprimia. A norma confere maior responsabilidade ao advogado, porque deve sempre ser chamado para assistir às partes, na lavratura da escritura.

A mudança contribui para a eficiência da Justiça, além de agilizar o procedimento, porquanto necessária apenas a escritura pública, sem audiência e outros atos judiciais que contribuíam para burocratizar o desenlace de situações iminentemente patrimoniais.

Sebastião Luiz Amorim[11] em seus comentários à Lei 11.441/07, diz que ela mostra a preocupação do legislador com a deficiência estatal, ao permitir que, preenchidas condições taxativas, a separação, o divórcio e o inventário se processem na forma extrajudicial.

Esclarece ainda que a nova legislação permite aos Tabelionatos a possibilidade de homologação de separação, divórcio e inventário, desde que

[11] Comentários de Sebastião Amorim. "A Lei nº 11.441/07: Um passo na direção certa?", in: *Inventários e partilhas – Atualização legislativa comentada*. São Paulo: Leud, 2007. Separata – Atualização.

os interessados sejam maiores, capazes, estejam de comum acordo e acompanhados por advogado."

Por tratar-se de comentários relevantes sobre o tema deste trabalho continuamos na exposição do pensamento de Sebastião Amorim (2007):

> Nos escaninhos de todos os juízes e desembargadores, avolumam-se processos de toda ordem. Desde uma simples desavença entre vizinhos até causas que selarão indelevelmente o destino de milhares de trabalhadores. São litígios díspares, que não raras vezes deverão ser objeto de decisão pela Corte Suprema.
>
> Infelizmente, não existem meios objetivos de ordenar o julgamento dos pedidos levados ao judiciário pelo grau de relevância. Assim, inúmeros pleitos urgentes acabam não recebendo a prestação jurisdicional no tempo adequado.
>
> O acúmulo de processos tem levado números expressivos de juristas ao estudo do funcionamento do sistema legal vigente, em busca de solução que, ao mesmo tempo, sejam capazes de manter o livre acesso ao Judiciário – um dos pilares da democracia – e uma prestação rápida e célere – indispensável para a consecução do ideal de justiça, eis que, ao final, "Uma Justiça que tarda não é Justiça".
>
> Entendemos que a resolução do problema não comporta uma única resposta. É imperioso que haja investimentos crescentes. São necessários mais juízes, mais funcionários e melhores condições de trabalho. Mas será suficiente? O Estado terá condições de suprir o grau de demanda existente?
>
> As respostas a essas questões devem fugir do maniqueísmo. Não há espaço para frases de efeito e soluções mirabolantes.
>
> É preciso tratar a Justiça como um dos mais preciosos bens legados ao povo pelo Estado Democrático de Direito.
>
> Noutras palavras, o equacionamento entre a demanda pela preservação de direitos e a efetiva tutela jurisdicional deve ser objeto de um conjunto de iniciativas planejadas e bem estruturadas.

> Bem por isso, parece-nos acertada a alteração empreendida pela Lei nº 11.441/07, porque reservou aos magistrados a análise das questões mais complexas e simultaneamente preservou o direito dos cidadãos de recorrerem, quando entenderem necessário, ao Judiciário.
> É provável que o volume de causas do tipo mencionado não seja tão expressivo e, assim, não será esta Lei por si só a eliminadora dos acervos processuais. Entretanto, a Lei nº 11.441/07 mostra um pequeno passo na direção certa. E isso pode ser o começo de uma jornada repleta de êxito.
> Há de proporcionar aos cidadãos a possibilidade de resolverem suas pendências de forma mais rápida e eficiente, através, principalmente, da conciliação e do entendimento, deixando para o Judiciário as pendências mais complexas e onde o acordo se torna impossível.

Assim, pode-se dizer com apoio na lição de Sebastião Luiz Amorim, que se vive no Brasil de hoje momento favorável às iniciativas que trazem mecanismos de solução alternativa de conflitos.

A Emenda Constitucional 45, ao acrescentar ao artigo 5º, o inciso LXXVIII, que conjugado com a inafastabilidade do controle jurisdicional, garante também a “razoável duração do processo” e os meios que garantam a celeridade d sua tramitação, demonstrou a preocupação (mesmo que tardia) do Estado com a “explosão da litigiosidade” existente na sociedade brasileira.

O Estado, entretanto, deixou de lado uma questão lógica decorrente da nova garantia: a forma de cumpri-la.

Há uma exigência de rapidez sem que exista uma estrutura judiciária que comporte este ideal, o que acaba sendo motivo de deslegitimização do Estado, bem como desmoralização do próprio Judiciário, uma vez que a garantia por ele criada é meramente programática, e sua aplicação depende de recursos outros além da boa vontade e agilidade do Poder Judiciário na solução dos conflitos.

4.3. Iniciativas para combater a morosidade do judiciário

Muito vem sendo feito para desafogar o Judiciário – dados de 2006 já mostravam mais de 60 milhões de processos pendentes de decisão –, e para agilizar os julgamentos e aproximar o Judiciário da sociedade. Vejamos alguns exemplos:

1. Em 23 de agosto de 2006, o Conselho Nacional de Justiça lançou em Brasília o "Movimento pela Conciliação – Conciliar é Legal", com apoio da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e vários outros órgãos de classe como a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e o Conselho Nacional do Ministério Público, tendo como destaque o dia 8 de dezembro – Dia Nacional da Conciliação –, com o objetivo maior de alterar o comportamento de agentes da Justiça e da sociedade e conscientizar todos sobre a importância dos acordos. Em seu primeiro dia de implementação atingiu a significativa marca de 33 mil acordos realizados.

2. Em março de 2005, o Provimento nº 953 do Conselho Superior da Magistratura (CSM) do tribunal paulista, autorizou e disciplinou a criação, instalação e funcionamento de setores de conciliação e mediação nas comarcas e foros de São Paulo.

3. Em janeiro de 2006, o Provimento nº 1.077 do CSM, visando a possibilidade de parcerias com entidades públicas e privadas, autorizou a instalação de Unidades Avançadas de atendimento judiciário.

4. Em 4 de novembro de 2005, a Escola Paulista da Magistratura formou a primeira turma de mediadores e conciliadores judiciários do país, capacitados para atuar na solução ou adequação de conflitos ainda não levados ao judiciário.

5. Em 11 de dezembro de 2006, a Federação Nacional das Indústrias do Estado de São Paulo inaugurou sua Câmara de Mediação e Conciliação (Camfiesp) que oferece atendimento jurídico a empresas, colaborando para evitar abertura de processos judiciais.

6. Em 19 de março de 2007, o Conselho Nacional de Justiça cria parceria com a Câmara de Mediação e Conciliação da Fiesp (Camfiesp). Com a assinatura do Protocolo de Intenções, a parceria inclui a oferta de cursos de Capacitação para a formação de mediadores em todo o estado. O acordo ainda prevê mutirões de conciliação e mediaçao com o Tribunal de Justiça no interior e na capital. Esses mutirões com suporte técnico e material oferecidos pela Fiesp.

7. Em 29 de outubro de 2007, representantes da sociedade civil e do poder público assinaram protocolo de intenções para colocar em prática serviços de mediação de conflitos na cidade de São Paulo. Fazem parte do grupo de signatários, no âmbito municipal, a Secretaria do Verde e Meio Ambiente, a Secretaria de Participação e Parcerias, a Secretaria de Assistência e Desenvolvimento Social e a Comissão Municipal de Direitos humanos (CMDH). No âmbito estadual, participam do protocolo as Secretarias de Justiça e da Defesa da Cidadania e da Segurança Pública e no âmbito da sociedade civil o Instituto Sou da Paz e o Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas. O objetivo do acordo é incentivar a formação de mediadores na cidade, implementar

serviços de mediação de conflitos, formar um grupo para monitorar a implementação desses serviços e ampliar a rede de parceiros.

8. Em 27 de junho de 2007 O Seminário de Mediação de Conflitos promovido pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da Republica (SEDH) e do Ministério da Justiça discutiu os avanços da mediação de conflitos no Brasil.

9. Em 25 de agosto de 2008, a sede da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo foi palco de um feito inédito: o presidente da entidade, Paulo Skaf, assinou quatro acordos de cooperação com o Poder Judiciário. O principal acordo denomina-se "Cooperação Técnica entre o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a Fiesp, o Sesi e Senai-SP". Ele prevê a realização de seminários práticos, que devem abordar temas pontuais de interesse tanto da indústria quanto da magistratura. Os outros três convênios têm como foco a promoção das práticas alternativas para a solução de conflitos. Assim, o "Convênio de Mediação e Conciliação entre o Tribunal de Justiça de São Paulo e a Fiesp" estimula a cooperação mútua da entidade privada com o poder público para a prestação de serviços de mediação e conciliação, e o "Acordo de cooperação do Fórum de Pinheiros com a Câmara Mediação e Conciliação da Fiesp", garante a efetiva prestação destes serviços, oferecendo estágio para os mediadores.

   Os dois acordos são complementados pelo quarto convênio da Fiesp com a Escola Paulista da Magistratura, que desde 2007 oferece qualificação para profissionais de diversas áreas que desejem atuar como mediadores e conciliadores.

   Paulo Skaf ressalta que não adianta reclamar que a Justiça é lenta e não fazer nada para mudar esse quadro. "O Poder Judiciário brasileiro está sobrecarregado, mas os conflitos que

poderiam ser resolvidos com um pouco de negociação continuam sendo levados aos tribunais. Precisamos arejar essa mentalidade".

Márcio Bonilha, presidente da Câmara de Mediação e Conciliação da Fiesp (Camfiesp) informa que "desde que a Constituição de 1988 foi promulgada, o quadro de litigiosidade no Brasil deu um salto impressionante, e falta estrutura para que o Poder Judiciário dê conta de tudo".

Os serviços da Camfiesp estão disponíveis para as empresas associadas aos sindicatos filiados à Federação, bem como para seus sócios e proprietários, e seus mediadores têm mostrado crescente interesse no bem-estar de todos os segmentos da sociedade: nas Ações Globais promovidas pelo Sesi-SP, eles se empenham em ajudar a população a solucionar problemas com empresas prestadoras de serviços de água, energia e gás.[12]

10. Em 6 de outubro de 2008, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Ministério da Justiça assinaram termo de cooperação para a realização de um curso de aperfeiçoamento em técnicas de mediação e solução de conflitos para magistrados, por meio da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam) e da Secretaria de Reforma Judicial.

O ministro da Justiça, Tarso Genro, destacou que o curso – parte das atividades previstas no Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (Pronasci) – visa a preparar os magistrados para trabalhar com a comunidade na busca de resolução pacífica dos seus próprios conflitos, dentro de um novo paradigma de segurança pública.

Durante o seu discurso antes da assinatura do termo de cooperação, o ministro presidente do STJ, Cesar Asfor Rocha, também ressaltou a necessidade de se buscar soluções

[12] *Revista Justiça e Cidadania*, set., 2008, pp. 12-13.

> alternativas para conflitos, **evitando que eles cheguem ao Judiciário**, "dado que é cada vez mais crescente o número de processos que nós temos nas vias tradicionais para solucionar essas disputas que há em curso no Poder Judiciário nacional".
> De acordo com Rocha, em junho deste ano, somente nas justiças estaduais, na primeira instância, existiam cerca de 45 milhões de processos em andamento. No período, apesar de 1,5 milhão de processos terem sido arquivados, cerca de 1,2 milhão foram abertos. "Evidentemente que tudo isso vem desaguar um dia, pelo menos um percentual elevado, no âmbito do STJ, que este ano tem a previsão de julgar cerca de 360 mil processos."
> A idéia de formar pessoal qualificado em técnicas de mediação e composição de conflitos surgiu durante encontro de trabalho entre o diretor-geral da Enfam e o secretario de Reforma do Judiciário, depois que foi identificado que a área carece de instrutores. O acordo assinado hoje visa à formação de lideranças e instrutores capazes de disseminar as técnicas da pacificação de conflitos em todas as escolas de magistratura do país.[13]

Rogério Favreto (Secretário de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça), fala sobre o novo paradigma à pacificação dos conflitos:

> "O Brasil enfrenta problemas de difícil equação dentro da lógica e do respeito ao acesso à Justiça. Há um pressuposto notório de que os modelos tradicionais encontram-se significativamente esgotados para uma resposta eficaz ao universo maior e cada vez mais complexo de conflitos sociais. Entretanto, é dever do Estado implementar políticas públicas de acesso universal à Justiça brasileira.
> Dentro do escopo do Pronasci (Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania), que combina ações de segurança pública com políticas sociais, a Secretaria de Reforma do Judiciário do

[13] Superior Tribunal de Justiça, 6/10/2008.

ministério da Justiça propõe ações voltadas à revolução democrática do direito e melhor efetivação do direito fundamental de acesso à justiça.

Denominada Redes de Mediação, essa política pública pretende por meio de cursos de aperfeiçoamento aos operadores jurídicos para composição e mediação de conflitos constituir um novo paradigma cultural.

A idéia é operar com perspectiva diversa da cultura forjada pelo bacharelismo e mesmo pelo mercado de trabalho do profissional do direito no Brasil, centrada na lógica da guerra e da beligerância, e não da paz e da composição de interesses.

O profissional da guerra em que se constitui o bacharel em direito, com base formativa altamente dogmática e positivista, tem se projetado diretamente para o tecido social, fazendo com que as relações intersubjetivas e interinstitucionais se judicializem em proporções agudas, com uma perspectiva de litigância desmesurada. Poderia, em vez disso, trabalhar com a solução pacífica e negociada – portanto, mais preventiva do que curativa – dos problemas que surgem em qualquer comunidade de interesses múltiplis e diversos.

[...] O Projeto Redes de Mediação quer propor a estruturação de um processo de formação à pacificação social no âmbito das lides – judicializadas ou não.

Considerando a multiplicidade de sujeitos que quer alcançar, o projeto sugere três momentos de abordagens formativas, no campo da cognição e no das práticas profissionais voltadas à mediação e conciliação:

a) ingresso nas grades curriculares dos cursos de direito de espaços de formação no campo da mediação e composição de conflitos, articulados com os núcleos de práticas jurídicas;
b) curso de aperfeiçoamento em técnicas de mediação e composição de conflitos para os atuais profissionais do direito (magistrados, promotores de Justiça, defensores públicos, advogados públicos e particulares);

c) constituição de núcleos de Justiça comunitária voltada ä formação de agentes comunitários de mediação, na perpectiva de criar meios alternativos de resolução de conflitos.

Para tanto, a Secretaria da Reforma do Judiciário está realizando reuniões e oficinas com diversas instituições que se ocupam dessas questões, propondo uma rede de parcerias para implantação e operacionalização do projeto."[14]

[14] Rogerio Favreto. "Novo paradigma à pacificação dos conflitos", in: *Folha de S. Paulo*, 3/12/2007. Tendências & Debates.

5. Mediação

5.1. O conflito

Conflito nasce da profunda falta de entendimento entre duas ou mais partes e seu oposto é a convergência: objetivos, processos, métodos ou condutas que criam ordem, estabilidade e unidade de direção. O conflito é inerente à vida e, por meio dele, a evolução se processa.

O convívio social torna-se cada vez mais complexo, as opções à disposição de cada indivíduo multiplicam-se e novos e impensáveis tipos de desafios são incorporados à vida diária.

O conflito é uma indústria em crescimento, alimentada pela ampliação da rede e da qualidade de relacionamentos decorrentes do aumento contínuo de possibilidades de ofertas e diversidade de situações. Esse quadro, acompanhado da conscientização crescente dos direitos individuais e coletivos, constitui uma receita infalível para a origem da maior oportunidade de conflitos.

A sociedade lida com os conflitos pela via adversarial – quando um terceiro, juiz ou arbitro, é chamado para colocar fim ao litígio – ou pela via cooperada – quando os próprios envolvidos buscam uma solução para os problemas que os aflige, como no caso da negociação e da mediação.

Acredito que a mediação de conflitos ensina os cidadãos a conviver com as diferenças e promover a paz, o diálogo e o respeito aos direitos humanos.

5.2. O que é mediação

Negociação, mediação e arbitragem são comumente designadas como meios alternativos, ou extrajudiciais, de resolução de disputas. São também conhecidos como meios alternativos de resolução de controvérsias ou meios extrajudiciais de resolução de controvérsias. O presente trabalho enfocará somente a mediação de conflitos, como uma das novas tendências do acesso à Justiça.

A mediação é um método extrajudicial de resolução de controvérsias havida entre duas ou mais pessoas, método este que se desenvolve de forma pacifica, consensual e voluntária, contando, para tal, com o auxílio de um terceiro, que deverá ser sempre neutro e imparcial e, com o dever de guardar sigilo do que lhe foi confiado pelas partes, auxiliando-as a chegar a uma solução (acordo) relativamente a controvérsia existente, de modo que, buscando a preservação do relacionamento, reformula a questão (cria alternativas), propiciando o diálogo entre as partes, então inexistente, fazendo desabrochar o motivo real que os fez chegar ao confronto, fazendo com que a decisão seja tomada pelas próprias partes que, assim, assumem a responsabilidade que não foi imposta pelo mediador.

A mediação encontra guarida e fundamentos em um amplo projeto Nacional de humanização da Justiça e da cidadania, de há muito incorporado nos usos e costumes dos países desenvolvidos (podemos dizer que, na modernidade, teve seu inicio nos anos 70 nos EUA, difundindo-se para o Canadá, a China e alguns países da Europa), agora, face ao processo de globalização, em fase de implantação nos países em desenvolvimento.

Indiscutivelmente a mediação, como técnica alternativa – extrajudicial – de resolução de conflitos, venha a ser uma engrenagem fundamental na construção cidadã dos direitos humanos, através da humanização nos procedimentos de resolução de controvérsias, levando em conta o sentimento das partes com supremacia sobre os seus conflitos, colocando em primeiro

plano as pessoas e seus sentimentos, visando, assim, a preservação dos relacionamentos interpessoais.

A mediação é o processo voluntário pelo qual um terceiro neutro, escolhido pelas partes, ajuda a recuperar o diálogo entre elas e facilita a negociação do conflito existente.

De modo que, a mediação pode ser conceituada como uma negociação facilitada por uma terceira pessoa neutra (mediador) escolhida pelas partes, que aproxima e restaura o diálogo entre elas e facilita a negociação do conflito com foco nos interesses verdadeiros, identificados, para reconhecimento e satisfação das suas necessidades.

Para Ildemar Egger:

> "Mediação é um método extrajudicial, não adversarial, de solução de conflitos através do diálogo. É um processo autocompositivo, isto é, as partes, com o auxílio do mediador, superam o conflito sem a necessidade de uma decisão externa, proferida por outrem que não as próprias partes envolvidas na controvérsia. Ou seja, na mediação, através do diálogo, o mediador auxilia os participantes a descobrir os verdadeiros conflitos, seus reais interesses e a trabalhar cooperativamente na busca das melhores soluções. A solução obtida culminará num acordo voluntário dos participantes. A mediação consegue, na maioria das vezes, restaurar a harmonia e a paz entre as partes envolvidas, pois o mediador trabalha especialmente nas inter-relações. Na mediação, as soluções surgem espontaneamente, reconhecendo-se que a melhor sentença é a vontade das partes."[15]

Segundo COOLEY e LUBET, a mediação

[15] Ildemar Egger. "Justiça Privada: formas alternativas de resolução de conflitos", in: *Revista Justilex*. Brasília, ano I, nº 12, dez., 2002, p. 60.

> "pode ser definida como um processo no qual uma parte neutra ajuda os contendores a chegar a um acerto voluntário de suas diferenças mediante um acordo que define seu futuro comprometimento."[16].

Para Lemos,

> "a mediação, embora não disciplinada na legislação brasileira, envolve a tentativa das partes em litígio para resolver suas pendências com o auxilio de um terceiro, necessariamente neutro e imparcial, que desenvolve uma atividade consultiva, procurando quebrar o gelo entre as partes que, permanecem com o poder de pôr fim à querela mediante propostas e soluções próprias."[17]

Nos dizeres de Haynes e Marodin, a

> "mediação é um processo no qual uma terceira pessoa - o mediador - auxilia os participantes na resolução de uma disputa. O acordo final resolve o problema com uma solução mutuamente aceitável e será estruturado de modo a manter a continuidade das relações das pessoas envolvidas no conflito." [18]

Para Warat,

> "a mediação seria uma proposta transformadora do conflito porque não busca a sua decisão por um terceiro, mas, sim, a sua resolução pelas próprias partes, que recebem auxílio do mediador para administrá-lo. A mediação não se preocupa com o litígio, ou seja, com a verdade formal contida nos autos. Tampouco, tem como única finalidade a obtenção de um acordo."

Nesse sentido, são extremamente válidas as considerações do professor Waldo Wanderley:

---

[16] John W. Cooley e Steven Lubet. *Advocacia de arbitragem*. Brasília, UnB, 2001, p. 23.
[17] Manoel Eduardo Lemos. *Arbitragem & conciliação, reflexões jurídicas*. Brasília, Consulex, 2001, p. 81.
[18] John M. Haynes e Marilene Marodin. *Fundamentos da mediação familiar*. Porto Alegre, Artes Médicas, 1996, p. 11.

> "A mediação tem como principal característica propiciar oportunidades para a tomada de decisões pelas partes em conflito, utilizando técnicas que auxiliam a comunicação no tratamento das diferenças de forma construtiva e interativa.
> O mediador (ou mediadores, se mais de um), quando atua utilizando as técnicas da mediação transformativa, tem a função de aproximar as partes para que elas negociem diretamente a solução desejada de sua divergência.
> A mediação constitui um recurso eficaz na solução de conflitos originados de situações que envolvam diversos tipos de interesses. É processo confidencial e voluntário, em que a responsabilidade pela construção das decisões cabe às partes envolvidas. Diferente da arbitragem e da jurisdição, em que a decisão caberá sempre a um terceiro.
> Sua aplicabilidade abrange todo e qualquer contexto de convivência capaz de produzir conflitos, sendo utilizada, inclusive, como técnica em impasses políticos e étnicos, nacionais ou internacionais, em questões trabalhistas e comerciais, locais ou dos mercados comuns, em empresas, conflitos familiares e educacionais, meio ambiente e relações internacionais.
> Entre os principais benefícios desse recurso, destacam-se a rapidez e efetividade de seus resultados, a redução do desgaste emocional e do custo financeiro, a garantia de privacidade e de sigilo, a facilitação da comunicação e promoção de ambientes cooperativos, a transformação das relações e a melhoria dos relacionamentos."[19]

Em síntese, podemos dizer que, a mediação é um processo de resolução de um conflito existente ou emergente mediante a composição dos interesses das partes, conseguida pelas próprias partes com o auxílio de um terceiro neutro e imparcial.

Sendo que, para fazer uso desta técnica, as partes deverão, preferencialmente, procurar um mediador vinculado a uma entidade de

[19] Waldo Wanderley. *Mediação*. Brasília, MSD, 2004, p. 19.

Mediação e Arbitragem, seguindo regulamento próprio e com regras básicas, como propõe o Código de Ética.

5.3. O ensino da mediação

O Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos, no item referente ao ensino superior, destacou que a universidade é co-responsável na construção de uma cultura de promoção, proteção e defesa dos direitos humanos, tendo por missão a formação de profissionais e acadêmicos sensibilizados para uma atuação cidadã, eticamente comprometida com o fortalecimento dos direitos e liberdades fundamentais. Cabe à universidade, segundo o documento referido, um compromisso com o futuro da sociedade brasileira, tendo em vista a promoção do desenvolvimento, da justiça social, da democracia e da paz social.[20]

Além das atribuições constitucionais de ensino, pesquisa e extensão, a universidade tem missões educacionais e sociais. Ademais de formar profissionais competentes na sua área de trabalho, é dever da universidade formar cidadãos conscientes de seu papel na sociedade em que vivem, da relevância de sua atuação e contribuição para o desenvolvimento social, e sensíveis à realidade na qual irão atuar.

A mediação de conflitos, por suas características de cooperação, solidariedade entre as partes, respeito ao próximo, não-competitividade, diálogo pacífico e busca da paz social, possibilita a formação do aluno sob perspectivas técnicas e humanistas, promovendo a conscientização de direitos e deveres e a formação de cidadãos participativos no seio da sociedade.

O ensino da mediação de conflitos na graduação e na pós-graduação[21], a promoção de investigações sobre o tema através de pesquisas científicas e

---

[20] Herbert Borges Paes de Barros e Simone Ambros Pereira (coords.) *Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos; Ministério da Educação, 2003.

[21] Algumas Instituições de ensino superior incluíram a mediação de conflitos na sua grade curricular. A PUC-SP oferece a especialização em Mediação: intervenções sistêmicas para a

sua inclusão em atividades de extensão nas universidades são importantes formas de divulgar esse meio alternativo de resolução de controvérsias. Além do aprendizado de novas técnicas, seu estudo possibilita ainda a transformação da mentalidade, incutindo nos estudantes a cultura do diálogo, as possibilidades do diálogo transformador, a decisão ganha-ganha, a busca da paz social, entre outros benefícios presentes na mediação.

O ensino da mediação enriquece a grade curricular do curso que a adota, possibilitando uma visão dos problemas sob uma nova ótica porque é da essência da mediação, a interdisciplinariedade. Não é um tema exclusivamente jurídico, mas a soma de várias disciplinas, o que termina por enriquecer ainda mais o seu estudo.

Ainda na universidade, outro importante meio de divulgação da mediação de conflitos é a implantação de centros de mediação para atendimento comunitário, onde ocorrerá um duplo benefício, não só para os alunos, mas também para os membros da comunidade. Os alunos têm a possibilidade de aliar conhecimentos teóricos e práticos. Aprendem a parte teórica na sala de aula e têm a oportunidade de adquirir conhecimentos práticos através da atuação como co-mediadores nas sessões de mediação, onde podem aferir a efetividade do diálogo transformador.

Os membros da comunidade, clientes do centro de mediação, por sua vez, conhecem um novo método de solução de controvérsias, que possibilita chegar a uma conclusão de forma célere, tendo o próprio cliente como sujeito ativo na busca da melhor solução, demonstrando que ele, através do diálogo franco, aberto e sincero, pode chegar a um acordo justo para todos os envolvidos.

Além de fazer o cliente conhecer essa nova cultura do diálogo, em casos de mediação comunitária ainda existem os benefícios de acesso à Justiça e da inclusão social, mostrando que, se o cliente é capaz de resolver seus conflitos individuais, pode também tentar dirimir as demandas coletivas, possibilitando

---

resolução de conflitos e disputas em diferentes contextos; a Universidade de Fortaleza (Unifor) tem a disciplina na graduação e pós-graduação de Direito desde o início de 2002; e a Universidade Federal de Santa Catarina incluiu no currículo da graduação de Direito a disciplina de Mediação e Arbitragem.

exercer atos de cidadania que permitir-lhe-ão cada vez mais ter uma participação ativa na sociedade em que vive.

5.4. O papel do mediador

Analisando o papel do mediador, de forma inversa, podemos apontar algumas atitudes que não lhes são próprias:

- o mediador não é juiz, porque nem impõe um veredicto, nem tem o poder outorgado pela sociedade para decidir pelos demais;
- não é um negociador que toma parte na negociação, com interesse direto nos resultados;
- não é um árbitro, pois, não emite nenhum parecer técnico, nem decide nada;

Com essa analise inversa, fica mais fácil o entendimento e a observação de que, o mediador deve ser uma pessoa neutra. Deve conduzir sem decidir. Ser neutro em tudo o que seja esperado dele como intervenção na decisão.

Nesta condição ele deve fazer com que as partes envolvidas participem ativamente na busca de melhores soluções que se ajustem a seus interesses, pois, ninguém é melhor do que os próprios envolvidos numa disputa para saber tomar decisões sobre si mesmos.

Até porque, na mediação tudo deve acontecer entre as pessoas diretamente envolvidas no conflito. O mediador é somente um auxiliar, que ajuda a esclarecer os reais interesses que possibilitarão o acordo final.

Magistral é a lição do professor Warat:

> O grande segredo, da mediação, como todo segredo, é muito simples, tão simples que passa desapercebido. Não digo tentemos

> entendê-lo, pois não podemos entendê-lo. Muitas coisas em um conflito estão ocultas, mas podemos senti-las. Se tentarmos entendê-las, não encontraremos nada, corremos o risco de agravar o problema.
>
> Para mediar, como para viver, é preciso sentir o sentimento. O mediador não pode se preocupar por intervir no conflito, transformá-lo. Ele tem que intervir sobre os sentimentos das pessoas, ajudá-las a sentir seus sentimentos, renunciando a interpretação.
>
> Os conflitos nunca desaparecem, se transformam; isso porque, geralmente, tentamos intervir sobre o conflito e não sobre o sentimento das pessoas. Por isso, é recomendável, na presença de um conflito pessoal, intervir sobre si mesmo, transformar-se internamente, então, o conflito se dissolverá (se todas as partes comprometidas fizerem a mesma coisa).
>
> O mediador deve entender a diferença entre intervir no conflito e nos sentimentos das partes. O mediador deve ajudar as partes, fazer com que olhem a si mesmas e não ao conflito, como se ele fosse alguma coisa absolutamente exterior a elas mesmas.
>
> Quando as pessoas interpretam (interpretar é redefinir), escondem-se ou tentam dominar (ou ambas as coisas).
>
> Quando as pessoas sentem sem interpretar, crescem.
>
> Os sentimentos sente-se em silêncio, nos corpos vazios de pensamentos. As pessoas, em geral, fogem do silêncio. Escondem-se no escândalo das palavras. Teatralizam os sentimentos, para não senti-los. O sentimento sentido é sempre aristocrático, precisa da elegância do silêncio. As coisas simples e vitais como o amor entende-se pelo silêncio que as expressam. A energia que está sendo dirigida ao ciúme, à raiva, à dor tem que se tornar silêncio. A pessoa, quando fica silenciosa, serena, atinge a paz interior, a não violência, a amorosidade. Estamos a caminho de tornarmo-nos liberdade. Essa é a meta mediação.[22]

Assim, além de ter o mediador de perceber os casos em que seria contra-indicada a mediação, como:

---

[22] L. A. Warat. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 26.

- quando há desinteresse das partes em resolver o conflito;
- quando há desequilíbrio de poder entre as partes;
- quando existam casos de violência ou crime;
- quando faltar capacidade a qualquer das partes:
- quando ocorrer desrespeito às regras de base da mediação.

Sendo que ao mediador compete:

- estabelecer sua credibilidade como uma terceira pessoa imparcial e explicar o processo e as etapas da mediação;
- favorecer uma atitude de cooperação, inibindo a confrontação freqüentemente utilizada pelo sistema tradicional;
- equilibrar o poder entre as partes, favorecendo a troca de informações;
- facilitar a negociação.

Deve também o mediador:

- ter atitude de não julgamento, evitando o juízo de valor sobre as questões ou pessoas;
- ter a percepção do valor de uma solução aceitável para ambas as partes;
- acreditar na capacidade das pessoas de encontrar solução;
- ter sempre em conta a importância da relação;

- assegurar o equilíbrio nas negociações;
- manter a neutralidade;
- buscar a equidade nas negociações (verificar se o acordo é justo e satisfatório, não na ótica dele, mas sim das partes);
- dirigir a entrevista e assumir o controle;
- saber quando interromper uma discussão não apropriada;

- ter escuta ativa e atitude calorosa.

Compete ainda ao mediador:

- identificar os não ditos;
- estabelecer um diálogo produtivo firmado no respeito;
- utilizar uma linguagem neutra, desprovida de reprovação;
- manter comunicação direta.

Além do que, o mediador deve apresentar a seguintes qualidades:

- autenticidade: pessoas autênticas desenvolvem um conhecimento de si próprias, uma segurança e uma capacidade de fazer com que ao seu redor exista um clima de confiança e serenidade;
- capacidade de escuta ativa: permite a coleta de informações e contribui para a definição da situação;
- capacidade de entrar na relação: a utilização de uma linguagem neutra facilita o estabelecimento da relação;
- capacidade de não dramatizar: dar aos fatos as suas devidas proporções;
- arte de bem resumir a situação: assegurar que todos os participantes tenham a mesma compreensão dos fatos;
- aptidão de ressaltar os aspectos positivos e estimular os esforços dos participantes;
- capacidade de ver e criar alternativas;
- capacidade de abertura às diferenças culturais;
- persistência e a perseverança.

Assim, podemos dizer acerca do papel do mediador, que ele deve aprofundar-se sobre o conhecimento da mediação é basicamente estudar qual

deve ser o comportamento do mediador; vez que, grande parte dos acordos dependem do profissionalismo da pessoa responsável pela mediação.

Para nortear a atuação e zelar pela ética de mediadores, árbitros e instituições especializadas em mediação e arbitragem foi instituído o Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (Conima)[23], associação civil sem fins lucrativos, com atuação e articulações em âmbito nacional e internacional.

5.5. Código de ética dos mediadores

Conforme o Código de Ética para mediadores do Conima**,** o Mediador pautará sua conduta nos seguintes princípios: imparcialidade, credibilidade, competência, confidencialidade, e diligência.

> **Imparcialidade:** condição fundamental ao Mediador; não pode existir qualquer conflito de interesses ou relacionamento capaz de afetar sua imparcialidade; deve procurar compreender a realidade dos mediados, sem que nenhum preconceito ou valores pessoais venham a interferir no seu trabalho.
> **Credibilidade:** o Mediador deve construir e manter a credibilidade perante as partes, sendo independente, franco e coerente.
>
> **Competência:** a capacidade para efetivamente mediar a controvérsia existente. Por isso o Mediador somente deverá aceitar a tarefa quando tiver as qualificações necessárias para satisfazer as expectativas razoáveis das partes.
> **Confidencialidade:** os fatos, situações e propostas, ocorridos durante a Mediação, são sigilosos e privilegiados. Aqueles que participarem do processo devem obrigatoriamente manter o sigilo

[23] O Conima foi fundado em 1997 por representantes de várias instituições sediadas em diversos Estados brasileiros.

sobre todo conteúdo a ele referente, não podendo ser testemunhas do caso, respeitado o princípio da autonomia da vontade das partes, nos termos por elas convencionados, desde que não contrarie a ordem pública.

Diligência: cuidado e a prudência para a observância da regularidade, assegurando a qualidade do processo e cuidando ativamente de todos os seus princípios fundamentais.

5.6. Mediação como acesso à Justiça

A mediação de conflitos não se dá à margem dos princípios jurídicos. Os valores jurídicos mais próximos, mais vinculados à mediação de conflitos, são os que consubstanciam os direitos humanos. Uma apreciação a esses princípios fundamentais, constitucionais e internacionais é requisito necessário à formação dos mediadores.

Alarga-se o caminho para um diálogo interdisciplinar na solução de conflitos, sem qualquer risco para os operadores do direito. Esse é o desafio que exigirá de todos nós uma nova leitura do conflito, fora ou no âmbito do Poder Judiciário.

Tem-se discutido, amplamente, o direito a um efetivo acesso à Justiça, encarado por alguns como o mais básico dos direitos humanos. Esse direito está consubstanciado como fundamental nas constituições político-jurídicas dos Estados Democráticos de Direito.

Na mediação o profissional da advocacia pode atuar como mediador ou como assessor jurídico, neste caso tendo o cuidado de contribuir, com dados técnico-jurídicos, para o avanço de uma negociação de ganhos mútuos, mantendo-se em atitude não adversarial. Por conhecer as normas de ordem pública, esclarecerá os limites jurídicos a serem considerados. Com isto, poderá concorrer para um acordo baseado em fundamentos jurídicos válidos, evitando possíveis nulidades.

Desse modo, na mediação, os advogados poderão contribuir para uma comunicação construtiva e esclarecida entre as partes, em defesa dos legítimos interesses dos clientes. E atuarão como assessores jurídicos, prontos a dirimir as dúvidas que se apresentem.

O Código de Ética e Disciplina da OAB destaca em seu inciso VI, parágrafo único, do art. 2º, entre os deveres dos advogados, o de "estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios". Pena que, na prática, os advogados, ainda condicionados pelo paradigma da dominação e da litigiosidade, comumente descumpram esse dever.

5.7. Mediação e Direito de Família

> Mediação familiar é o local do diálogo em que as partes, num face a face, sem outra testemunha, poderão verbalizar o conflito e assim tomar consciência de seu mecanismo e do que está em jogo. É também um lugar de expressão das emoções, que têm tão pouco tempo e lugar na Justiça. [...] A mediação é, assim, um trabalho sobre o reconhecimento e a reabilitação do outro, um lugar de alteridade e de respeito mútuo reencontrado; ela opera então um fenômeno de conversão dos estados de espírito: ao escutar as vivências e os sofrimentos do outro, a raiva decai, a confiança tem possibilidade de ser restaurada.[24]

Caetano Lagrasta Neto, em artigo sobre o tema diz:

> A problemática do Direito de Família repousa sobre o terreno movediço das intermináveis disputas. Excluir a negociação é um erro, por afastar a participação dos interessados. Negociar não é

[24] Daniele Ganância. "Justiça e mediação familiar: uma parceria a serviço da parentalidade", in: *Revista dos Advogados*, nº 62, mar., 2001, p. 7.

> impor uma vontade, mas colocar em evidência uma das vontades frente a outra: argumentar perante uma das partes em favor da outra, até atingir-se solução que a todos satisfaça e aos mais fracos proteja. Negociar e, antes de mais nada, retomar a possibilidade de diálogo, rompida pela separação, ante o fracasso do relacionamento conjugal. [...] Separação não quer dizer, necessariamente, "dissolução da família", mas mudança; para aceitar e assumir novas atribuições. Negociar sobre a guarda e o futuro dos filhos representa estar aberto à busca da própria felicidade. Não basta um acordo para cada fato da demanda, é necessário por fim ao litígio, e a conciliação quase nunca o faz, menos ainda a sentença.[25]

Assim, para bem compreender a atividade da mediação no direito de família, há que se entender claramente como se dá a intervenção de um terceiro independente, imparcial e alheio ao conflito, que não dará continuidade ao paradigma de que a sociedade está acostumada no sentido de se terceirizar a resolução da questão controversa. Muito pelo contrario, irá proporcionar um momento de diálogo, em que a cooperação e o respeito se fazem imprescindíveis para que os próprios atores busquem a solução. Irá oferecer a reflexão e o questionamento, baseado em paradigmas distintos daqueles oferecidos pelo Estado-juiz, principalmente, tendo como pressuposto o eixo referencial de que todos sairão ganhando com o conflito e a sua resolução.

> Conciliações inúteis são comuns e habituais às meras propostas de acordo, frutos da insensibilidade dos juízes e dos advogados, os primeiros preocupados com a imparcialidade ou com a pauta diária; enquanto estes últimos apesar de conciliadores iniciais ou mediadores natos da causa, muitas vezes enredados pelo aceno a polpudos honorários, estimulam uma demanda inútil e reiterada em ações e recursos, submetidos os interessados à solução estatal aguardada durante anos. A ganância, atitudes lenientes ou desinteressadas têm conduzido ao atravancamento das pautas, pois

[25] *Revista CEJ*, nº 17, abr./jun., 2002, pp. 111-116.

> à medida que se designam audiências ou se deferem liminares, surgem impugnações e novas decisões capazes de propiciar a interposição de recurso, cujos resultados, no correr do tempo, revelam-se inócuos e desastrosos para a família.

No Brasil, repetindo a experiência do exterior, a mediação familiar tem apresentado um número muito grande de casos. Sendo bom lembrar que não se confunde com terapia ou aconselhamento, pois o papel do mediador, apesar de ser facilmente confundido, é distinto, já que não há um diagnóstico seguido de tratamento terapêutico e muito menos um parecer apoiado no ideal de sugestões para o relacionamento familiar.

5.8. Antecedentes históricos

Nos Estados Unidos a mediação firmou-se pela própria sociedade, que sempre buscou tentar resolver seus próprios conflitos.

Alguns fatos foram os catalisadores para que a população norte-americana começasse a optar cada vez mais por métodos extrajudiciários para resolver suas controvérsias e litígios:

- Em 1926 a Associação Americana de Arbitragem cria um elaborado sistema de mediação para elucidação e resolução de conflitos entre operários e patrões;
- Em 1969 a Fundação Ford cria o Instituto de Mediação e Resolução de Conflitos para treinar membros da comunidade para mediar disputas comunitárias;
- Os protestos contra a guerra do Vietnã, as lutas por direitos civis, os movimentos estudantis e feministas, a crescente conscientização do consumidor e o aumento do número de

divórcios leva a população americana aos tribunais, somados ao excesso de formalismo, a lentidão do sistema Judiciário e os altos custos dos processos.

No Brasil a mediação surgiu simplesmente pela dificuldade de acesso à Justiça e à ineficiência do sistema judiciário brasileiro em atender, satisfatoriamente, à demanda por soluções exigidas pelos mais diversos conflitos da população.

5.8.1. Constituição Imperial de 1824

- Artigo 160: Nas cíveis, e nas penais civilmente intentadas, poderão as partes nomear Juízes árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas partes.
- Artigo 161: Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará processo algum.

5. 8. 2. Constituição Federal de 1988

- Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:
  I. Juizados especiais, (...) competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade (...);
  II. Justiça de paz, (...) exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação

5.8.3. Código de Processo Civil

- Artigo 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: (...)

IV. tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes. (Redação dada ao inciso pela Lei 8.952 de 13.12.1994).

5. 8. 4. Portaria MTB 818, de 30 de agosto de 1995

- O Ministério do Trabalho procurando solucionar as demandas não atendidas pela Justiça Trabalhista foi pioneiro na busca de alternativas extrajudiciais para resolver conflitos.

5.8.5. Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996

- Constitui avanço institucional, principalmente por ter desvinculado a Arbitragem do Poder do Judiciário e regulamentado a Arbitragem, criando o Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (Conima). Depois proliferam cursos de capacitação para mediadores e árbitros bem como Câmaras, Institutos e Centros de Mediação e Arbitragem por todo país.

5.8.6. Decreto Estadual SP nº 42.209, de 15 de setembro de 1997

- Institui o Programa Estadual de Direitos Humanos III - Direitos Civis e Políticos:

  1. Acesso à Justiça e Luta Contra a Impunidade

  ...

  111. Estimular a criação de núcleos municipais de defesa da cidadania, incluindo a prestação de serviços gratuitos de assistência jurídica, mediação de conflitos coletivos (...)

5.8.7. Lei nº 10.101, de 19 de dezembro de 2000

- Dispôs sobre a participação dos trabalhadores nos lucros e resultados da empresa. Em seu artigo 4º determina que as partes poderão se utilizar da mediação e da arbitragem como mecanismos de solução de conflito.

5.8.8. Lei nº 10.192, de 14 de fevereiro de 2001

- Prescreve sobre medidas complementares ao Plano Real, em seu artigo 11 também prevê a figura do mediador, na resolução de controvérsias relativas a salários.

5.8.9. Provimentos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

- Provimento nº 783/2002 – Plano Piloto de Conciliação em Segundo Grau de Jurisdição do Tribunal de Justiça.
- Provimento nº 796/2003 – Setor Experimental de Conciliação no Fórum João Mendes Jr.
- Provimento nº 843/2004 – Setor de Conciliação em Segundo Grau de Jurisdição do Tribunal de Justiça .
- Provimento nº 864/2004 – Setor Experimental de Conciliação de Família no Foro Regional Santo Amaro.
- Provimento nº 893/2004 – Autoriza a criação e instalação do Setor de Conciliação ou de Mediação nas Comarcas e Foros do Estado de São Paulo.

5.8.10. Projeto de Lei n. 4.327/98

- Anteprojeto de lei sobre a mediação no Processo Civil feito pela OAB/SP

5.8.11. Projeto de Lei 4.827/98, de autoria da deputada Zulaiê Cobra

- Institui a mediação de maneira facultativa.

6. O Projeto de Lei que institui a mediação no Brasil – PL 4.827/1998

Vários países já dispõem de legislação específica sobre mediação. No Brasil, a mediação ainda não é normatizada.

Em 11 de julho de 2006 o plenário do Senado Federal aprovou um projeto de lei que institucionaliza e disciplina a mediação como método de prevenção e resolução de conflitos na esfera civil. A aprovação é apenas mais uma etapa do longo processo legislativo que já se arrasta por dez anos junto ao Congresso Nacional, até agora não votado, o que revela que a morosidade não é prerrogativa apenas do Judiciário.

O histórico do projeto é o seguinte: Em 1998 foi criado o projeto pela deputada Zulaiê Cobra, com sete artigos. De 1998 a 2002 ele não andou. Em 2002 foi aprovado pela Comissão de Justiça e foi também aprovado em Plenário da Câmara. O projeto foi para o Senado, onde ficou sob a relatoria do Senador Pedro Simon, ficou de 2003 até 2006. Nesse período, houve manifestações de textos diferenciados, que seriam o parecer do Senador Pedro Simon. Ainda em 2003 o Ministério da Justiça, por intermédio da Secretaria da Reforma do Judiciário, sabendo da tramitação e a partir daquele texto que tinha sido modificado pela OAB de São Paulo, chamou o público em geral para uma Audiência Publica.

Depois de 2003 uma série de pareceres do Senador mostrava que estava se fazendo modificações no texto. Naquele momento o texto previa mediação extrajudicial e mediação judicial (paraprocessual) que poderia ser prévia ou incidental. Como houve alteração substancial ao texto, esse projeto teve que voltar para a Câmara para poder ser aprovado. Com a aprovação no

plenário do Senado Federal, ampliou-se o conteúdo do texto original que de sete artigos passou para seis capítulos em 47 artigos.

O texto traz inovações diversas para o ordenamento jurídico brasileiro e apresenta modificações no Código de Processo Civil e no Código Civil.

Em termos de inovação na legislação é a primeira vez que está se colocando a possibilidade de implementação do diálogo dentro do processo judicial. Em termos de Brasil isto é uma inovação, porque traz a obrigatoriedade da mediação dentro do processo judicial. A mediação passa a ser então um ato processual, mesmo antes de chegar ao juiz da questão, independentemente de ser interposta a tentativa de mediação no início, pode-se encaminhar para a possibilidade de ser sugerida pelo juiz ou pelas partes ao longo do processo, mesmo em segunda instância. Em termos de legislação é realmente uma inovação, para quem não tem essa cultura, e como toda inovação encontra a resistência dos conservadores.

Outro grande avanço, que está previsto em um dos últimos artigos, é implementar um sistema que ocorre com bons resultados nos Estados Unidos, que é o sistema multi-portas.

Essa seria uma forma de difundir para a população o instrumento e o instituto da mediação, o que talvez venha facilitar o acesso do cidadão brasileiro à Justiça.

6.1. Projeto de lei da mediação no processo civil

Cabe observar, antes de adentrarmos às notas do projeto efetivamente – Projeto de Lei 4.827/1998 (Câmara dos Deputados) e Projeto de Lei 94/2002 (Senado Federal) –, que os itens em negrito, bem como as observações, não fazem parte do projeto original, que pode ser analisado, na íntegra, conferindo o Anexo I deste trabalho.

CAPÍTULO I[26]

DISPOSIÇÕES GERAIS

A criação.

Art. 1º. Esta Lei institui e disciplina a mediação paraprocessual nos conflitos de natureza civil.

Conceito.

Art. 2º. Para fins desta Lei, mediação é a atividade técnica exercida por terceiro imparcial que, escolhido ou aceito pelas partes interessadas, as escuta, orienta e estimula, sem apresentar soluções, com o propósito de lhes permitir a prevenção ou solução de conflitos de modo consensual.

Modalidades.

Art. 3º. A mediação paraprocessual será prévia ou incidental, em relação ao momento de sua instauração, e judicial ou extrajudicial, conforme a qualidade dos mediadores.

Relação das matérias.

Art. 4º. É lícita a mediação em toda matéria que admita conciliação, reconciliação, transação ou acordo de outra ordem.

Limites.

Art. 5º. A mediação poderá versar sobre todo o conflito ou parte dele.

Regra geral – sigilo.

Art. 6º. A mediação será sigilosa, salvo estipulação expressa em contrário pelas partes, observando-se, em qualquer hipótese, o disposto nos arts. 13 e 14.

Observação.

[26] "Projeto de Lei da mediação no processo civil – Anotado", in: Alencar Frederico. Notas ao projeto de lei que institui a mediação paraprocessual na esfera civil. *Boletim Jurídico*. Uberaba, ano 3, nº 189. Disponível em <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1447>. Acesso em 19/12/2007.

CPC, art. 155. Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos:

I - em que o exigir o interesse público;

II - que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores.

Parágrafo único - O direito de consultar os autos e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e a seus procuradores. O terceiro, que demonstrar interesse jurídico, pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e partilha resultante do desquite.

Denominação do acordo – termo de mediação.

Art. 7º. O acordo resultante da mediação se denominará termo de mediação e deverá ser subscrito pelo mediador, judicial ou extrajudicial, pelas partes e advogados, constituindo-se título executivo extrajudicial.

Parágrafo único. A mediação prévia, desde que requerida, será reduzida a termo e homologada por sentença, independentemente de processo.

Validade como título executivo judicial.

Art. 8º. A pedido de qualquer um dos interessados, o termo de mediação obtido na mediação prévia ou incidental, poderá ser homologado pelo juiz, caso em que terá eficácia de título executivo judicial.

CAPÍTULO II

DOS MEDIADORES

Quem pode ser mediador.

Art. 9º. Pode ser mediador qualquer pessoa capaz, de conduta ilibada e com formação técnica ou experiência prática adequada à natureza do conflito, nos termos desta Lei.

Os mediadores poderão ser judiciais ou extrajudiciais.

Art. 10. Os mediadores serão judiciais ou extrajudiciais.

Os judiciais.

Art. 11. São mediadores judiciais os advogados com pelo menos três anos de efetivo exercício de atividades jurídicas, capacitados, selecionados e inscritos no Registro de Mediadores, na forma desta Lei.

Os extrajudiciais.

Art. 12. São mediadores extrajudiciais aqueles independentes, selecionados e inscritos no respectivo Registro de Mediadores, na forma desta Lei.

Os mediadores são auxiliares da justiça.

Art. 13. Na mediação paraprocessual, os mediadores judiciais ou extrajudiciais e os co-mediadores são considerados auxiliares da justiça, e, quando no exercício de suas funções, e em razão delas, são equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da lei penal.

Os mediadores deverão proceder.

Art. 14. No desempenho de suas funções, o mediador deverá proceder com imparcialidade, independência, aptidão, diligência e confidencialidade, salvo, no último caso, por expressa convenção das partes.

Quem cuidará da formação de mediadores.

Art. 15. Caberá, em conjunto, à Ordem dos Advogados do Brasil, ao Tribunal de Justiça, à Defensoria Pública e às instituições especializadas em mediação devidamente cadastradas na forma do Capítulo III, a formação e seleção de mediadores, para o que serão implantados cursos apropriados, fixando-se os critérios de aprovação, com a publicação do regulamento respectivo.

A co-mediação.

Art. 16. É lícita a co-mediação quando, pela natureza ou pela complexidade do conflito, for recomendável a atuação conjunta do mediador com outro profissional especializado na área do conhecimento subjacente ao litígio.

§ 1º A co-mediação será obrigatória nas controvérsias submetidas à mediação que versem sobre o estado da pessoa e Direito de Família, devendo dela necessariamente participar psiquiatra, psicólogo ou assistente social.

§ 2º A co-mediação, quando não for obrigatória, poderá ser requerida por qualquer dos interessados ou pelo mediador.

CAPÍTULO III
DO REGISTRO DE MEDIADORES E DA FISCALIZAÇÃO
E CONTROLE DA ATIVIDADE DE MEDIAÇÃO

Registro dos mediadores.

Art. 17. O Tribunal de Justiça local manterá Registro de Mediadores, contendo relação atualizada de todos os mediadores habilitados a atuar prévia ou incidentalmente no âmbito do Estado.

§ 1º Os Tribunais de Justiça expedirão normas regulamentando o processo de inscrição no Registro de Mediadores.

§ 2º A inscrição no Registro de Mediadores será requerida ao Tribunal de Justiça local, na forma das normas expedidas para este fim, pelos que tiverem cumprido satisfatoriamente os requisitos do art. 15 desta Lei.

§ 3º Do registro de mediadores constarão todos os dados relevantes referentes à atuação do mediador, segundo os critérios fixados pelo Tribunal de Justiça local.

§ 4º Os dados colhidos na forma do parágrafo anterior serão classificados sistematicamente pelo Tribunal de Justiça, que os publicará anualmente para fins estatísticos.

§ 5º No caso de atuação de defensor público como mediador, o registro, a fiscalização e o controle da atividade serão realizados pela Defensoria Pública.

Mediação extrajudicial.

Art. 18. Na mediação extrajudicial, a fiscalização das atividades dos mediadores e co-mediadores competirá sempre ao Tribunal de Justiça do Estado, na forma das normas específicas expedidas para este fim.

Mediação judicial.

Art. 19. Na mediação judicial, a fiscalização e controle da atuação do mediador será feita pela Ordem dos Advogados do Brasil, por intermédio de suas seccionais; a atuação do co-mediador será fiscalizada e controlada pelo Tribunal de Justiça.

A fiscalização caberá também ao Juiz da causa.

Art. 20. Se a mediação for incidental, a fiscalização também caberá ao juiz da causa, que, verificando a atuação inadequada do mediador ou do co-mediador, poderá afastá-lo de suas atividades relacionadas ao processo, e, em caso de urgência, tomar depoimentos e colher provas, dando notícia, conforme o caso, à Ordem dos Advogados do Brasil ou ao Tribunal de Justiça, para as medidas cabíveis.

Os impedimentos.

Art. 21. Aplicam-se aos mediadores e co-mediadores os impedimentos previstos nos artigos 134 e 135 do Código de Processo Civil.

§ 1º No caso de impedimento, o mediador devolverá os autos ao distribuidor, que designará novo mediador; se a causa de impedimento for apurada quando já iniciado o procedimento de mediação, o mediador interromperá sua atividade, lavrando termo com o relatório do ocorrido e solicitará designação de novo mediador ou co-mediador.

§ 2º O referido relatório conterá:

nomes e dados pessoais das partes envolvidas;

indicação da causa de impedimento ou suspeição;

razões e provas existentes pertinentes do impedimento ou suspeição.

Observação.

CPC, art. 134. É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário:

I. de que for parte;

II. em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha;

III. que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão;

IV. quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consangüíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau;

V. quando cônjuge, parente, consangüíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau;

VI. quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa.

Parágrafo único – No caso do n. IV, o impedimento só se verifica quando o advogado já estava exercendo o patrocínio da causa; é, porém, vedado ao advogado pleitear no processo, a fim de criar o impedimento do juiz.

CPC, art. 135. Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando:

I. amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes;

II. alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau;

III. herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes;

IV. receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio;

V. interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.

Parágrafo único – Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo.

Impossibilidade temporária do mediador.

Art. 22. No caso de impossibilidade temporária do exercício da função, o mediador informará o fato ao Tribunal de Justiça, para que, durante o período em que subsistir a impossibilidade, não lhe sejam feitas novas distribuições.

Impossibilidade absoluta.

Art. 23. O mediador fica absolutamente impedido de prestar serviços profissionais a qualquer das partes, em matéria correlata à mediação; o impedimento terá o prazo de dois anos, contados do término da mediação, quando se tratar de outras matérias.

Conduta inadequada.

Art. 24. Considera-se conduta inadequada do mediador ou do co-mediador a sugestão ou recomendação acerca do mérito ou quanto aos termos da resolução do conflito, assessoramento, inclusive legal, ou aconselhamento, bem como qualquer forma explícita ou implícita de coerção para a obtenção de acordo.

Exclusão do registro de mediadores.

Art. 25. Será excluído do Registro de Mediadores aquele que:

I. assim o solicitar ao Tribunal de Justiça, independentemente de justificação;

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

III. violar os princípios de confidencialidade e imparcialidade;

IV. funcionar em procedimento de mediação mesmo sendo impedido ou sob suspeição;

V. sofrer, em procedimento administrativo realizado pela Ordem dos Advogados do Brasil, pena de exclusão do Registro de Mediadores;

VI. for condenado, em sentença criminal transitada em julgado.

§ 1º Os Tribunais de Justiça dos Estados, em cooperação, consolidarão mensalmente relação nacional dos excluídos do Registro de Mediadores.

§ 2º Salvo no caso do inciso I, aquele que for excluído do Registro de Mediadores não poderá, em hipótese alguma, solicitar nova inscrição em qualquer parte do território nacional ou atuar como co-mediador.

Processo administrativo para conduta inadequada.

Art. 26. O processo administrativo para averiguação de conduta inadequada do mediador poderá ser iniciado de ofício ou mediante representação e obedecerá ao procedimento estabelecido pelo Tribunal de Justiça local.

A OAB conduzirá o processo administrativo.

Art. 27. O processo administrativo conduzido pela Ordem dos Advogados do Brasil obedecerá ao procedimento previsto no Título III da Lei n. 8.906, de 1994, podendo ser aplicada desde a pena de advertência até a exclusão do Registro de Mediadores.

Parágrafo único. O processo administrativo a que se refere o caput será concluído em, no máximo, noventa dias, e suas conclusões enviadas ao Tribunal de Justiça para anotação no registro do mediador ou seu cancelamento, conforme o caso.

O co-mediador.

Art. 28. O co-mediador afastado de suas atividades nos termos do art. 19, desde que sua conduta inadequada seja comprovada em regular procedimento administrativo, fica impedido de atuar em novas mediações pelo prazo de dois anos.

CAPÍTULO IV

DA MEDIAÇÃO PRÉVIA

Subdivisão da mediação prévia – pode ser judicial ou extrajudicial.

Art. 29. A mediação prévia pode ser judicial ou extrajudicial.

Parágrafo único. O requerimento de mediação prévia interrompe a prescrição e deverá ser concluído no prazo máximo de noventa dias.

Opção pela mediação prévia judicial.

Art. 30. O interessado poderá optar pela mediação prévia judicial, caso em que o requerimento adotará formulário padronizado, subscrito por ele ou por seu defensor público ou advogado, sendo, no último caso, indispensável à juntada do instrumento de mandato.

§ 1º Distribuído ao mediador, o requerimento ser-lhe-á encaminhado imediatamente.

§ 2º Recebido o requerimento, o mediador designará dia, hora e local onde realizará a sessão de mediação, dando ciência aos interessados por qualquer meio eficaz e idôneo de comunicação.

§ 3º A cientificação ao requerido conterá a recomendação de que deverá comparecer à sessão acompanhado de advogado, quando a presença deste for indispensável. Neste caso, não tendo o requerido constituído advogado, o mediador solicitará à Defensoria Pública ou, na falta desta, à Ordem dos Advogados do Brasil a designação de advogado dativo. Na impossibilidade de pronto atendimento à solicitação, o mediador imediatamente remarcará a sessão, deixando os interessados já cientificados da nova data e da indispensabilidade dos advogados.

§ 4º Os interessados, de comum acordo, poderão escolher outro mediador, judicial ou extrajudicial.

§ 5º Não sendo encontrado o requerido, ou não comparecendo qualquer das partes, estará frustrada a mediação.

Resultado da mediação.

Art. 31. Obtido ou não o acordo, o mediador lavrará o termo de mediação, descrevendo detalhadamente todas as cláusulas do mesmo ou consignando a sua impossibilidade.

Parágrafo único – O mediador devolverá o requerimento ao distribuidor, acompanhado do termo de mediação, para as devidas anotações.

A mediação prévia extrajudicial.

Art. 32. A mediação prévia extrajudicial, a critério dos interessados, ficará a cargo de mediador independente ou daquele ligado à instituição especializada em mediação.

A necessidade do co-mediador.

Art. 33. Em razão da natureza e complexidade do conflito, o mediador judicial ou extrajudicial, a seu critério ou a pedido de qualquer das partes, prestará seus serviços em regime de co-mediação com profissional especializado em outra área que guarde afinidade com a natureza do conflito.

CAPÍTULO V
DA MEDIAÇÃO INCIDENTAL

A obrigatoriedade da mediação incidental no processo de conhecimento.

Art. 34. A mediação incidental será obrigatória no processo de conhecimento, salvo nos seguintes casos:

I. na ação de interdição;

II. quando for autora ou ré pessoa de direito público e a controvérsia versar sobre direitos indisponíveis;

III. na falência, na recuperação judicial e na insolvência civil;

IV. no inventário e no arrolamento;

V. nas ações de imissão de posse, reivindicatória e de usucapião de bem imóvel;

VI. na ação de retificação de registro público;

VII. quando o autor optar pelo procedimento do juizado especial ou pela arbitragem;

VIII. na ação cautelar;

IX. quando na mediação prévia, realizada na forma da seção anterior, tiver ocorrido sem acordo nos cento e oitenta dias anteriores ao ajuizamento da ação.

Parágrafo único – A mediação deverá ser realizada no prazo máximo de noventa dias e, não sendo alcançado o acordo, dar-se-á continuidade ao processo.

Observações na mediação incidental.

Art. 35. Nos casos de mediação incidental, a distribuição da petição inicial ao juízo interrompe a prescrição, induz litispendência e produz os demais efeitos previstos no art. 263 do Código de Processo Civil.

§ 1º Havendo pedido de liminar, a mediação terá curso após a respectiva decisão.

§ 2º A interposição de recurso contra a decisão liminar não prejudica o processo de mediação.

Observação.

CPC, art. 263. Considera-se proposta a ação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara. A propositura da ação, todavia, só produz, quanto ao réu, os efeitos mencionados no art. 219 depois que for validamente citado.

Procedimento da mediação incidental.

Art. 36. A designação inicial será de um mediador, judicial ou extrajudicial, a quem será remetida cópia dos autos do processo judicial.

Parágrafo único. As partes, de comum acordo, poderão escolher outro mediador, judicial ou extrajudicial.

Art. 37. Cabe ao mediador intimar as partes por qualquer meio eficaz e idôneo de comunicação, designando dia, hora e local para seu comparecimento.

§ 1º A intimação deverá conter a recomendação de que as partes deverão se fazer acompanhar de advogados, quando indispensável à assistência judiciária.

§ 2º Se o requerido não tiver sido citado no processo judicial, a intimação para a sessão de mediação constitui-lo-á em mora, tornando prevento o juízo, induzindo litispendência, fazendo litigiosa a coisa e interrompendo a prescrição.

§ 3º Se qualquer das partes não tiver advogado constituído nos autos do processo judicial, o mediador procederá de acordo com o disposto na parte final do § 3º do art. 30.

§ 4º Não sendo encontrado o requerido, ou não comparecendo qualquer das partes, estará frustrada a mediação.

Art. 38. Na hipótese de mediação incidental, ainda que haja pedido de liminar, a antecipação das despesas do processo, a que alude o art. 19 do Código de Processo Civil, somente será devida após a retomada do curso do processo, se a mediação não tiver resultado em acordo ou conciliação.

Parágrafo único. O valor pago a títulos de honorários do mediador, na forma do art. 19 do Código de Processo Civil, será abatido das despesas do processo.

Observação.

CPC, art. 19. Salvo as disposições concernentes à justiça gratuita, cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo, antecipando-lhes o pagamento desde o início até sentença final; e bem ainda, na execução, até a plena satisfação do direito declarado pela sentença.

§ 1º O pagamento de que trata este artigo será feito por ocasião de cada ato processual.

§ 2º Compete ao autor adiantar as despesas relativas a atos, cuja realização o juiz determinar de ofício ou a requerimento do Ministério Público.

Obtido ou não acordo.

Art. 39. Obtido ou frustrado o acordo, o mediador lavrará o termo de mediação descrevendo detalhadamente todas as cláusulas do acordo ou consignando sua impossibilidade.

§ 1º O mediador devolverá a petição inicial ao juiz da causa, acompanhada do termo, para que seja dado prosseguimento ao processo.

§ 2º Ao receber a petição inicial acompanhada do termo de transação, o juiz determinará seu imediato arquivamento ou, frustrada a transação, providenciará a retomada do processo judicial.

Ocorrendo o acordo será homologado por sentença.

Art. 40. Havendo acordo, o juiz da causa, após verificar o preenchimento das formalidades legais, homologará o acordo por sentença.

Parágrafo único. Se o acordo for obtido quando o processo judicial estiver em grau de recurso, a homologação do mesmo caberá ao relator.

CAPÍTULO VI

DISPOSIÇÕES FINAIS

O local da mediação.

Art. 41. A mediação será sempre realizada em local de fácil acesso, com estrutura suficiente para atendimento condigno dos interessados, disponibilizado por entidade pública ou particular para o desenvolvimento das atividades de que trata esta Lei.

Parágrafo único. O Tribunal de Justiça local fixará as condições mínimas a que se refere este artigo.

Remuneração dos serviços do mediador.

Art. 42. Os serviços do mediador serão sempre remunerados, nos termos e segundo os critérios fixados pela norma local.

§ 1º Nas hipóteses em que for concedido o benefício da assistência judiciária, estará a parte dispensada do recolhimento dos honorários, correndo as despesas às expensas de dotação orçamentária do respectivo Tribunal de Justiça.

Observação.

Notamos aqui um erro, não há no projeto que consultamos, parágrafo segundo, tão logo, seria parágrafo único.

Art. 43. O art. 331 e parágrafos da Lei n. 5.869, de 1973, Código de Processo Civil, passam a vigorar com a seguinte redação:

Nova redação do artigo 331 do CPC.

Art. 331. Se não se verificar qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo máximo de trinta dias, para qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.

§1º Na audiência preliminar, o juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, mesmo tendo sido realizada a tentativa de mediação prévia ou incidental.

§2º A lei local poderá instituir juiz conciliador ou recrutar conciliadores para auxiliarem o juiz da causa na tentativa de solução amigável dos conflitos.

§3º Segundo as peculiaridades do caso, outras formas adequadas de solução do conflito poderão ser sugeridas pelo juiz, inclusive a arbitragem, na forma da lei, a mediação e a avaliação neutra de terceiro.

§4º A avaliação neutra de terceiro, a ser obtida no prazo a ser fixado pelo juiz, é sigilosa, inclusive para este, e não vinculante para as partes, sendo sua finalidade exclusiva a de orientá-las na tentativa de composição amigável do conflito.

§5º Obtido o acordo, será reduzido a termo e homologado pelo juiz.

§6º Se, por qualquer motivo, a conciliação não produzir resultados e não for adotado outro meio de solução do conflito, o juiz, na mesma audiência, fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

Observação. Atual redação do CPC.

CPC, art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.

§ 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença.

§ 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

§ 3º Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º.

Art. 44. Fica acrescentado à Lei n. 5.869, de 1973, Código de Processo Civil, o art. 331-A, com a seguinte redação:

Acréscimo à redação do CPC.

Art. 331-A. Em qualquer tempo e grau de jurisdição, poderá o juiz ou tribunal adotar, no que couber, as providências no artigo anterior.

Prazo para o Tribunal de Justiça.

Art. 45. Os Tribunais de Justiça dos Estados, no prazo de cento e oitenta dias, expedirão as normas indispensáveis à efetivação do disposto nesta Lei.

Observações em relação aos honorários do mediador.

Art. 46. O termo de mediação, de qualquer natureza, frustrado ou não o acordo, conterá expressamente a fixação dos honorários do mediador, ou do co-mediador, se for o caso.

Parágrafo único. Fixando as partes os honorários do mediador, no termo de mediação, este constituirá título executivo extrajudicial; não havendo tal estipulação, o mediador requererá ao Tribunal de Justiça que seria competente para julgar, originariamente, a causa, que os fixe por sentença.

Vigência.

Art. 47. Esta Lei entra em vigor quatro meses após a data de sua publicação.

Observação.

A lei processual tem vigência imediata e se aplica aos processos pendentes.

Nosso cordial Vale.

Conclusão

Para que se entenda a questão do acesso à Justiça em prazo razoável, algumas considerações são necessárias.

A introdução da garantia da razoável duração do processo, através da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que acresceu o Inciso LXXVIII ao Artigo 5º da Constituição Federal de 1988[27] possibilitou à ciência processual deflagrar a efetiva necessidade de repensar a prestação jurisdicional, não apenas como tarefa do Estado, mas como direito de todo indivíduo.

Uma vez que o indivíduo vê na Justiça não somente o lugar onde vai conseguir solucionar todos os seus problemas, mas como o único lugar onde pode buscar isso, estamos diante de uma situação que sem dúvida nenhuma nos levará ao engessamento do Judiciário, uma vez que o estado de crise já se instalou no Direito.

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional preconiza em termos mais amplos não somente o direito à prestação jurisdicional, mas também ao efetivo acesso à Justiça, através da criação de novos métodos que buscam acelerar a solução do litígio processual, extraprocessual

Ao acrescentar ao artigo 5º, o inciso LXXVIII, a E. C. nº 45, além de garantir a "razoável duração do processo" e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação demonstrou a preocupação do Estado com a "explosão da litigiosidade" existente na sociedade brasileira, entretanto, deixou de lado uma questão conseqüente da nova garantia: a forma de cumpri-la.

---

[27] Inciso LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

> *A demora dos processos é um mal universal*. Essa tendência continuada dos legisladores, de tentarem agilizar a Justiça, mercê do qual o aparato estatal tradicional, seja tendo em vista o seu tamanho, a sua eficiência, não tem logrado atender com a rapidez desejável.[28]

A tarefa proposta neste trabalho foi a de repensar os institutos processuais de maneira a adequá-los à realidade social.

As reformas legislativas e o progresso da ciência processual mostram-se insuficientes na remoção dos obstáculos para se atingir a prestação jurisdicional em tempo razoável, sendo necessário repensar o modelo judiciário, projetando-o, institucional e culturalmente, a curto e médio prazo. Cuida-se aí de um pensar político.

As alternativas na solução de conflitos surgem como um novo caminho de Acesso à Justiça no Século XXI e de complementação do trabalho jurisdicional e de pacificação social, não para substituir o Poder Estatal completamente, mas para atuar em determinadas áreas, de modo a liberá-lo para cumprir adequadamente as suas funções.

Buscar alternativas para descongestionar o Poder Judiciário onde a morosidade e o acesso são cada vez mais onerosos para o cidadão comum. Esta tem de ser uma preocupação de todos os setores da sociedade que, com certeza, gostariam de ver na prática novas saídas para a solução de seus conflitos.

A criação do Instituto da Mediação, em conjunto com o já existente Instituto da Arbitragem, possibilitará que as pessoas interessadas resolvam suas diferenças legais em pequenos encontros. São maneiras pacíficas de soluções de litígios, que fundamentadas no consenso resolvem amigavelmente o conflito, apresenta boa-fé e boa-vontade dos litigantes, utiliza terceira pessoa, neutra, de livre escolha e confiança, além de abrir mercado de trabalho para uma nova geração de profissionais da área jurídica, independentes do paternalismo estatal.

---

[28] Arruda Alvim. *Manual de direito processual civil*. 8ª ed. São Paulo: RT, v. 2, 2003, p. 388.

Como dito anteriormente acreditamos que a mediação de conflitos ensina os cidadãos a conviver com as diferenças e a promover a paz, o diálogo e o respeito aos direitos humanos.

Enfim, a mediação constitui um meio democrático de “acesso à Justiça”, já que os indivíduos passam a atuar diretamente na decisão dos seus conflitos, conduzindo na direção do objetivo fundamental do Estado Democrático de Direito de “construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

Bibliografia

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 8ª ed. São Paulo: RT, v. 2, 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo – Influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 1988.

COOLEY, John W. e LUBET, Steven. *Advocacia de arbitragem*. Brasília: Editora da UnB, 2001.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. "Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal", in: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 66, abr./jun., 1992.

EBLING, Cláudia Marlise da Silva Alberton. "O princípio da razoável duração do processo sob o enfoque da jurisdição, do tempo e do processo", in: *Jus Navigandi*. Teresina, ano 10, nº 1.031, 28/4/2006.
Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8304>.

HAYNES, John M. e MARODIN, Marilene. *Fundamentos da mediação familiar*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

HOFFMAN, Paulo. *Razoável duração do processo*. São Paulo: Quartier, 2006.

LEMOS, Manoel Eduardo. *Arbitragem & conciliação, reflexões jurídicas*. Brasília: Consulex, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: RT, 1999.

NUNES, Rizzatto. *Manual da monografia jurídica*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Adalgiza Paula. "Direitos individuais e coletivos. Novos direitos, novos conflitos e a busca do efetivo acesso à justiça", in: *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*. São Paulo, ano 6, nº 65, maio, 2005.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Método, 2008.

WALD, Arnold (coord.). *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, RT, mai./ago., 2004.

WANDERLEY, Waldo. *Mediação*. Brasília: MSD, 2004

WARAT, L. A. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no Processo Civil*. São Paulo: RT, 1987.

ANEXO

Projeto de Lei nº 4.827/1998, aprovado no Senado Federal em 12 de julho de 2006