

---

# Conflitos e formas de resolução: da autotutela à jurisdição

**Camilo Stangherlim Ferraresi\***  
**Silmara Bosso Moreira\*\***

## 1. INTRODUÇÃO

Com o desenvolvimento do presente tema, pretende-se trazer à tona alguns dos problemas enfrentados pelo Poder Judiciário na tentativa de prestar ao jurisdicionado a tutela de seus interesses de forma mais adequada e ainda demonstrar a existência de mecanismos alternativos de solução de conflitos, que visam não somente desafogar o sistema judicial, como também tratar os conflitos de forma justa.

Através da revisão bibliográfica das obras de juristas e processualistas, busca-se investigar os procedimentos adotados para melhoria do atendimento à população, no tocante à solução dos conflitos advindos das relações entre os seres humanos, sejam eles de ordem social ou contratual.

Aborda-se a legislação processo civil constitucional, ou seja, analisam-se as normas processuais à luz da Constituição, acerca das formas de resolução de conflitos, perpassando pelas garantias processuais previstas pela Constituição Federal de 1988, como a duração razoável do processo

\*Professor das Faculdades Integradas de Bauru – FIB

\*\*Discente do curso de Direito das Faculdades Integradas de Bauru - FIB

e o acesso à justiça, até a recente Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que regulamentou a implantação dos CEJUSCs – Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania.

Por fim, o objetivo do presente trabalho é justificar a utilização dos meios alternativos de solução de conflitos, para se dar o tratamento necessário e adequado a cada situação conflitante, bem como analisar a justiça restaurativa como um novo modelo de justiça, voltado para as relações prejudicadas por situações de violência, buscando assim a pacificação social.

## 2. CONFLITOS E FORMAS DE RESOLUÇÃO: DA AUTOTUTELA À JURISDIÇÃO

Antes de iniciar a análise dos Métodos Alternativos de Solução de Conflitos, será feita uma breve exposição dos significados da palavra “conflito” e em seguida, a evolução histórica de formas de resolução de conflitos utilizados no Brasil e no mundo.

A palavra conflito é originária do latim *conflictus*, de *confligere*, sendo aplicado como sinônimo das situações de embate, oposição, controvérsia, disputa, desacordo, lide (BARBOSA, 2008).

Na esfera jurídica o termo mais utilizado é litígio. Porém, para Plácido e Silva (1967, p. 256, apud TARTUCE, 2008, p. 24), o termo é utilizado para definir um entrelaçamento de ideias ou de interesses onde se instala um embate ou divergência entre fatos, pessoas ou coisas.

Dinamarco (2004, p.117), entende o conflito como “a situação existente entre duas ou mais pessoas ou grupos, caracterizado pela pretensão a um bem ou situação da vida e a impossibilidade de obtê-lo”.

Por sua vez, Carnelutti (1944 apud TARTUCE, 2008, p. 25) expõe com clareza como se dá o conflito de interesses: “a ambição (ou a necessidade) do homem é ilimitada, enquanto os bens (corpóreos e incorpóreos), passíveis de ser objeto dessa ambição são limitados; a disputa, por conseguinte, é inevitável”.

Desta forma, verifica-se que as relações humanas são marcadas por insatisfações. Quando a pretensão de um indivíduo encontra uma resistência, podemos ver instalado um conflito, se fazendo necessário definir quem é o verdadeiro titular do direito ou do interesse que o gerou.

O conflito tem como característica a voluntariedade ou a intenção de conflitar seja com uma única pessoa ou com um grupo de pessoas.

O confronto entre as duas vontades pode se dar por meio de violência física ou ameaça psicológica e se finaliza através da vitória de uma parte sobre a derrota da outra. Isso transforma os contendores em inimigos ou adversários, onde um só obtém aquilo que deseja, ao conseguir-se sobrepor à vontade do outro.

Como pode-se verificar, os conflitos sempre existiram e se projetam na eternidade, mas as formas de resolvê-los sofreram muitas modificações ao longo da história, modificações estas que tendem a evoluir juntamente com as necessidades das sociedades.

Diante da existência do conflito, desde as mais antigas comunidades, podiam-se verificar formas específicas de solucionar as disputas.

Inicialmente, quando a estrutura de poder da sociedade era incipiente, os conflitos de interesses eram solucionados por meio da autotutela, forma em que uma parte se impõe à outra através da força física, moral ou econômica.

De acordo com Cintra; Grinover; Dinamarco (2012, p. 29), nas civilizações primitivas, onde não havia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares, nem sequer existiam as leis a serem impostas pelo Estado sobre os particulares, quem tivesse uma pretensão resistida ou impedida por outrem, trataria de satisfazer essa pretensão através da força física.

Afirmam ainda os autores que a repressão aos atos criminosos era feita através de vingança privada. A isso se dá o nome de autotutela ou autodefesa.

Conforme descreve Fernando (2011), a autotutela era utilizada nas civilizações primitivas, com a ausência do Estado, considerada a mais rudimentar. A resolução dos conflitos não tinha a influencia de terceiros, era feita com as próprias mãos, e por isso, uma vontade se impunha à outra, pela força.

Fernanda Tartuce define autotutela da seguinte maneira:

Pela autotutela (ou autodefesa), o contendor resolve o conflito por sua própria força, agindo de per si para obter uma posição de vantagem em relação à situação desejada. Costuma ser mau vista por trazer em si a ideia de violência e por ser reputada um resquício de justiça privada. (TARTUCE, 2008, p. 37).

Só hoje é possível perceber que essas atitudes não garantiam a justiça e sim a vitória do mais forte sobre o mais fraco, do mais ousado sobre o mais tímido.

Apesar de não ser tão utilizada como antigamente, a autotutela ainda se faz presente no Direito brasileiro atual, como se pode observar no direito de greve, de

legítima defesa, na possibilidade de um civil dar voz de prisão em caso de flagrante delito, o proprietário poder retirar o invasor de sua propriedade, etc. Lembrando sempre que em todos esses casos existem limites, que se forem desrespeitados, será considerado crime.

O ordenamento jurídico brasileiro prevê outras situações específicas e excepcionais onde se admite o emprego da autotutela, como por exemplo, a regra constante do par. 1º do art. 1.210 do Código Civil, que permite ao possuidor turbado ou esbulhado manter-se ou restituir-se por sua própria força, bem como o artigo 1.467 do Código Civil, permite a utilização da autotutela pelo hospedeiro.

Por se tratar de situações excepcionais, e por essa razão, devendo-se interpretá-las e aplicá-las restritivamente, para coibir excessos, se o interessado atuar fora das hipóteses legais, a utilização da autotutela configurará exercício arbitrário das próprias razões, crime previsto no art. 345 do Código Penal:

Art. 345: Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite:

Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único - Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa.

A própria lei criminal, porém, ressalva a possível atuação em autodefesa nos casos expressos em lei, como a defesa da posse, as obrigações de fazer ou não fazer em casos de urgência.

O Código Civil também prevê hipóteses em que se permite o uso da autotutela, como a legítima defesa e o estado de necessidade (Código Civil, art. 188), legítima defesa e desforço imediato na proteção possessória (Código Civil, art. 1.210, § 1º), autotutela de urgência nas obrigações de fazer ou não fazer (Código Civil, art. 249 § único e art. 251, § único), direito de retenção de bens (Código Civil, arts. 578, 644, 1.219, 1.433, II, 1.434), entre outros.

Porém, esse instituto deve sempre ser aplicado segundo os princípios da boa fé e da razoabilidade.

Além da autotutela, nas mesmas sociedades primitivas, verifica-se a presença do sistema de autocomposição, que perdura até os dias atuais; situação em que uma das partes em conflito ou as duas, abre mão de seu interesse no todo ou em parte, de modo que ambas possam sair satisfeitas.

A autocomposição poderia se dar pela *desistência* ou renúncia à pretensão em favor do outro, pela *submissão* à pretensão do outro, renúncia à resistência oferecida ou pela *transação*, onde as duas partes fazem concessões recíprocas. Entretanto, é importante lembrar que:

Na autotutela, aquele que impõe ao adversário uma solução não cogita de apresentar ou pedir a declaração de existência ou inexistência do direito; satisfaz simplesmente pela força (ou seja, realiza sua pretensão). A autocomposição e a arbitragem, ao contrário, limitam-se a fixar a existência ou inexistência do direito: o cumprimento da decisão, naqueles tempos iniciais, continuava dependendo da imposição de solução violenta e parcial (autotutela) (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 34).

A autocomposição é a forma mais comum de resolução dos conflitos e também a mais consensual, uma vez que os próprios litigantes negociam a solução para a divergência. Os contendores chegam a uma solução através de debates e tratativas.

Segundo Niceto Alcalá-Zamora y Castilho (apud TARTUCE, 2008, p. 46), “pode haver consentimento espontâneo de um dos contendores em sacrificar o interesse próprio em todo ou em parte, caso em que opera a resolução *altruísta* pela autocomposição”.

A Transação é negócio jurídico bilateral. Como tal, deve obedecer aos requisitos gerais de validade dos negócios jurídicos: a vontade deve ser livre, o objeto possível e lícito, o sujeito capaz e a forma adequada. Deve sempre se dar na forma escrita, por documento particular ou público (quando necessário), no qual as partes fazem concessões mútuas para possibilitar o entendimento e dar fim à contenda.

Segundo Leal (1999, p.178.), transação é a “forma mais civilizada para a solução de conflitos em que há equilíbrio de vontades e harmonização de interesses por iniciativa dos próprios interessados.”

Mais tarde, os indivíduos começaram a preferir uma solução amigável e imparcial para seus conflitos, que se daria através de árbitros. Em geral essa interferência era confiada aos sacerdotes, pois se acreditava que sua ligação com os deuses propiciaria uma decisão mais acertada, ou aos anciãos, que tinham conhecimento dos costumes utilizados no grupo em que os interessados estavam inseridos.

Conforme menciona Cahali(2011, p. 27):

Deixada de lado a imposição da vontade pela força (*autotutela ou autodefesa* – “a lei do mais forte”), e afastado o entendimento (autocomposição), a solução do conflito é entregue ao terceiro por provocação do interessado, para harmonização das relações sociais intersubjetivas (heterocomposição).

Surge então a figura do julgador, ou a arbitragem, que, ainda de acordo com Cahali:

é um instituto contemporâneo às relações sociais, através do qual as pessoas indicam um terceiro para resolver seus conflitos”[...] “como, por exemplo, uma autoridade religiosa, um reconhecidamente sábio entre a comunidade, ou mesmo um membro da família experiente e idôneo (CAHALI, 2011, p. 26).

De acordo com Cahali (2011, p. 27-28), na Grécia, 3.000 A.C. a arbitragem já era citada na solução de controvérsias entre as cidades-estado e nos conflitos privados. Os gregos tinham à sua disposição os *diaitetai*, que eram os árbitros públicos para litígios privados e em Roma, a arbitragem também era oferecida a seus cidadãos: uma lista de cidadãos idôneos compunha o *judicium privatum* e as partes poderiam escolher um árbitro indicado para dirimir as lides.

Na Idade Média, era atribuída aos bispos o conhecimento de causas que versassem sobre conflitos entre parentes, em matéria de partilha ou de tutela.

Mais recentemente, vários países, como a Espanha, Argentina e até mesmo o Brasil, adotaram sistemas próprios de arbitragem.

Por fim, a respeito, menciona-se a lição de Grinover; Cintra; Dinamarco (2005):

Autotutela significa a imposição de determinada resolução ao conflito por uma das partes, à outra, independente da anuência desta à solução escolhida. As formas pertencentes a esta categoria valem-se da força física para sua realização, como no caso da *vendetta* (aplicação de uma sanção a um infrator por parte do ofendido ou de seus familiares). A “autocomposição”, por seu turno, diz respeito às formas de solução de conflitos obtidas a partir do consenso entre as partes. Pertencem a esse grupo a desistência, a submissão e a transação (respectivamente, a renúncia à pretensão, a conformação com a resistência oposta, e a realização de concessões mútuas). Por fim, a “heterocomposição” abrange os mecanismos de solução de conflitos de que participam terceiros, como a defesa de terceiro, a conciliação, a mediação, o processo estatal (judicial) e a arbitragem (GRINOVER; CINTRA; DINAMARCO, 2005, p. 25).

Carmona (apud. TARTUCE, 2008, p. 79) resgata as lições de Celso Neves afirmando “ser difícil negar a natureza jurisdicional da atividade do árbitro, que, à semelhança do juiz togado, declara o direito e estabelece a certeza jurídica sobre a lide, terminando aí sua função jurisdicional.”

Segundo Marinoni (1999), impondo-se a proibição da autotutela, ou da realização das pretensões segundo o próprio poder do particular interessado, surge o poder de o Estado dizer aquele que tem razão em face do caso conflitivo concreto, ou o poder de dizer o direito, conhecido com *iuris dictis*.

Mais tarde, o Estado se estruturou e, exercendo sua soberania, transferiu para si as soluções de conflitos, organizando a sociedade por meio de leis e as aplicando concretamente nas pretensões sociais resistidas.

Segundo Cintra; Grinover; Dinamarco, (2012), a história nos mostra que desde as origens do direito romano até o século II AC, o Estado já participava na indicação do preceito a ser utilizado no caso concreto de um conflito de interesses, através da figura do *pretor*, a quem se submetiam as partes em conflito, com o compromisso de aceitar o que viesse a ser decidido. A esse compromisso se dava o nome de

*litiscontestatio*. As partes podiam escolher o árbitro de sua confiança, que recebia do pretor o encargo de decidir a causa.

Afirmam os autores que com o fortalecimento do Estado, este poder a ele conferido foi aumentando, e o que antes consistia numa *arbitragem facultativa*, passou a ser *arbitragem obrigatória*:

para facilitar a sujeição das partes às decisões de terceiros, a autoridade pública passou a preestabelecer regras destinadas a servir de critério objetivo e vinculativo para tais decisões, afastando os temores de julgamentos arbitrários e subjetivos. Surge assim a figura do *legislador*.(CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2012, p. 31).

Conforme afirmação de René David (1993, p. 17 apud LIMA, 2006), o Direito processual brasileiro sofreu influência do direito romano, segundo o qual, existem duas características que marcaram a natureza do processo civil, no início de sua formação: a primeira é que a revelação do direito, segundo os romancistas, era segredo dos pontífices, a quem cabia o julgamento dos litígios de natureza privada; a segunda é a circunstância de que somente tinha lugar a intervenção de um terceiro imparcial, convocado para dirimir um determinado litígio entre particulares, depois que aquele que se julgava detentor do direito, privadamente, já o tivesse exercido pela força, compelindo o adversário a suportar a autorrealização do próprio direito.

Isso quer dizer que o apelo ao julgamento atribuído a um magistrado ou a um árbitro, tinha uma função mais sancionadora ou ratificadora do direito do que competência para um prévio julgamento, como vemos nos dias de hoje.

Com a proibição da autotutela, passa a ser do Estado o poder de dizer quem que tem razão em face do caso conflitivo concreto. O Estado assume o monopólio da jurisdição. Surge então o direito de recorrer à justiça, ou o direito de ação.

Esse direito de ação inicialmente foi compreendido como o direito à obtenção de uma sentença. Mais tarde é que se percebeu que não bastava conferir ao jurisdicionado apenas o direito a uma sentença, sendo necessário conferir-lhe uma resposta jurisdicional tempestiva e efetiva.

Em outras palavras, se o particular foi proibido de exercer a ação privada, o Estado, ao assumir a função de resolver conflitos, teria que propiciar ao cidadão uma tutela correspondente à realização da ação privada, que lhe foi proibida.

Dessa forma, conforme preconizam Cintra; Grinover; Dinamarco (2012), através da jurisdição estatal, os juízes passaram agir em substituição às partes. Assim, toda vez que se vêem em meio a um conflito, as partes provocam o exercício da função jurisdicional na busca de uma solução. Assim:

A jurisdição visando à realização dos fins do Estado; fins que tomam a liberdade e a igualdade em termos que diferem amplamente daqueles que influenciaram as mais prestigiadas teorias sobre a jurisdição. O acesso à justiça objetivando a superação das desigualdades que impedem o acesso, bem como a participação através de processo mediante paridade de armas, inclusive a participação do cidadão na gestão do bem comum, ponto, esse último, que também está entre os escopos da jurisdição. (MARINONI, 1999, p. 23)

Fernanda Tartuce (2008) preceitua que a solução judicial da controvérsia constitui modalidade de heterocomposição apta a propiciar a resposta ao conflito de interesses que não pôde ser debelado pelos próprios envolvidos na relação litigiosa: “o direito à tutela jurisdicional implica que toda pessoa possa exigir que se faça justiça, devendo sua pretensão ser atendida por um órgão judicial que atue em um processo que disponha das garantias mínimas”.

De acordo com Giuseppe Chiovenda (apud TARTUCE, p.82), a jurisdição constitui a atuação da lei mediante a substituição da atividade alheia pela atividade de órgãos públicos, que devem afirmar a existência da vontade da lei e colocá-la em prática.

Francesco Carnelutti (apud TARTUCE, 2008, p.82) considera a jurisdição segundo seu escopo maior: “a atividade jurisdicional visa à composição, nos termos da lei, do conflito de interesses”. Para o autor, a idéia de pretensão resistida, caracterizadora da controvérsia, é essencial para justificar a atuação do Estado.

Por sua vez, Cintra; Grinover; Dinamarco (2012), entendem que a tarefa da ordem jurídica é a de harmonizar as relações sociais intersubjetivas, sob o critério do justo e do equitativo, de acordo com a convicção prevalente em determinado momento e lugar. Assim:

Por isso, pelo aspecto sociológico, o direito é geralmente apresentado como uma das formas – sem dúvida a mais importante e eficaz dos tempos modernos – do chamado *controle social*, entendido como o conjunto de que a sociedade dispõe na sua tendência à imposição dos modelos culturais, dos ideais coletivos e dos valores que persegue, para a superação das antinomias, das tensões e dos conflitos que lhe são próprios (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2012, p. 27).

Por fim, conclui-se que jurisdição é a capacidade que o Estado tem de decidir imperativamente e impor decisões. O que a distingue das demais funções do Estado é precisamente a finalidade pacificadora com que o Estado a exerce.

### 3. CONJUNTURA DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO ATUAL

Entre todos os direitos garantidos aos cidadãos é certo que o acesso à justiça figura como um dos principais, haja vista seu caráter de pressuposto e alicerce das



demais garantias. O acesso à justiça representa o direito que possibilita a efetivação e eficácia social dos demais direitos.

Segundo Cintra, Grinover; Dinamarco (2008, p. 41):  
a pretensão trazida pela parte ao processo clama por uma solução que *faça justiça* a ambos os participantes do conflito e do processo. Por isso é que se diz que o processo deve ser manipulado de modo a propiciar às partes o acesso à justiça, o qual se resolve, na expressão muito feliz da doutrina brasileira recente, em *acesso à ordem jurídica justa*.

Também nas palavras de Kazuo Watanabe (apud AMORIM, 2009), acesso à justiça é acesso à *ordem jurídica justa*, ou seja, obtenção de justiça substancial.

Nos séculos passados, o direito de acesso à justiça só era garantido para aqueles que tivessem recursos e que pudessem pagar o alto custo de um processo. O processo era uma realidade da classe burguesa apenas.

Nos estudos sobre a evolução social, é possível notar que as sociedades sempre tiveram dois caminhos para dirimir seus conflitos: pela natureza pacífica da relação (através da negociação direta entre as partes ou pela intervenção de terceiros) ou pelo confronto (mediante a imposição de uma decisão pelo Estado).

Segundo Tartuce (2008), nos Estados liberais burgueses dos séculos XVIII e XIX, o direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma demanda. Todavia tal conceito evoluiu:

Cada ser humano concebe a justiça segundo seus próprios parâmetros e suas íntimas convicções, por certo carregadas de forte coloração afetiva e grande ressonância emotiva. Eis por que há quem afirme que “a justiça total não é deste mundo” (TARTUCE, 2008, p. 96).

No Brasil, após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e proclamação do Estado Democrático de Direito a ideia de se garantir o acesso à justiça ganhou força constitucional. O ponto de partida, portanto, é o estudo do art. 5º, inciso XXXV da CF/88, que traz o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, também conhecido por princípio da proteção judicial. Tem-se entendido que o texto constitucional em sua essência, assegura “uma tutela qualificada contra qualquer forma de denegação da justiça”, abrangente tanto das situações processuais quanto das substanciais. (WATANABE, 2000, p. 27).

Destaca Capelletti (1994, apud TARTUCE, 2008 p. 8), que a noção de acesso à justiça serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico: “proporcionar acesso igualitário a todos e produzir resultados social e individualmente justos”.

Menciona Tartuce (2008), que tal noção abarca uma série de verificação e realização da justiça, o que coaduna com nossa realidade multifacetada de um sistema jurídico processual.

A primeira onda renovatória de universalização do acesso focou a assistência judiciária, a fim de prestar serviços jurídicos aos pobres; a segunda onda buscou reformar os sistemas jurídicos para dotá-los de mecanismos de representação jurídica dos interesses difusos; a terceira onda trouxe uma concepção mais ampla, com a inclusão da advocacia judicial e extrajudicial e especial atenção aos mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e prevenir disputas nas sociedades modernas.

Sampaio (2009) pondera que essas mobilizações visavam o estabelecimento dos ideais do Estado Democrático de Direito e o fortalecimento das nossas instituições, entre elas a Justiça, garantindo as bases de fortalecimento dessa nova concepção de Estado e como fonte da expressão máxima da cidadania, atendendo os anseios do povo e proporcionado meios para a excelência do serviço público prestado à sociedade.

Na visão de Cintra; Grinover; Dinamarco:

*Acesso à justiça* não se identifica, pois, com a mera admissão ao processo, ou possibilidade de ingresso em juízo. Como se verá no texto, para que haja o efetivo acesso à justiça é indispensável que o maior número possível de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente (inclusive em processo criminal), sendo também condenáveis as restrições quanto a determinadas causas (pequeno valor, interesses difusos); mas, para a integralidade do acesso à justiça, é preciso isso e muito mais (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2012, p. 42).

Conforme preconizam os autores Gunther; Pimpão (2013), desde as décadas de 80 e 90, estudos sólidos sobre a justiça no Brasil indicavam uma situação de esgotamento das vias judiciárias, fazendo uma referência à obra de José Eduardo Faria (1995), cujo trabalho aponta para o improvável:

A pouca responsividade da justiça no Brasil está ligada principalmente às grandes corporações e às entidades do próprio governo brasileiro, que obstruem, com uma enxurrada de processos, os Tribunais (GUNTHER; PIMPÃO, 2013, p. 41).

Maria Tereza Sadek (2007, apud TJSP, 2013), em sua obra mais recente, lembra que apenas 33% das pessoas envolvidas em conflitos buscam os Tribunais para resolvê-los e previne para o drama institucional ocasionado pelo aporte eventual das demandas daqueles que não procuraram até aqui a Justiça, mas que se decidem a fazê-lo.

Gunther; Pimpão (2013, p. 42) discorrem sobre a necessidade de sensibilização e informação do jurisdicionado sobre as formas de resolução de conflito:

O problema do acesso à justiça no Brasil, seja ele material, processual ou simbólico, ainda carece de cuidado e muito investimento. Assim, o presente trabalho reconhece os méis consensuais de tratamento de conflitos como uma das soluções legítimas para contribuir ao aprimoramento necessário a esse acesso. Faz-se, entretanto, um apelo à prudência: à justiça formal não cabe julgar todas as questões que lhe são endereçadas, ao passo que os meios consensuais não podem e não devem resolver todas as questões que lhes são levadas a conhecer. É necessário senso de adequação e de oportunidade, como também ações pedagógicas visando a sensibilizar o público de cidadãos sobre a existência de diferentes mecanismos de regulação, bem como suas particularidades, vantagens e limites (GUNTHER; PIMPÃO, 2013, p. 42).

A desigualdade socioeconômica também acaba dificultando o acesso à justiça, pois grande parte da população não possui recursos financeiros suficientes para arcar com as despesas oriundas da demanda judicial. Por outro lado, ainda que se assegure o acesso, é necessária a instrumentalização de procedimentos adequados à tutela jurídica justa, a fim de minimizar a desigualdade material:

[...] a desigualdade material, em contraste com a igualdade formal prevista no ordenamento jurídico, acaba por colocar o sujeito mais pobre em situação de desvantagem no desenvolvimento do processo (RODRIGUES, 2008, p. 252).

Outro ponto importante a ser destacado é a necessidade de advogado para ter acesso à justiça.

Diante dessa obrigatoriedade, um aspecto a ser considerado é a impossibilidade econômica da maioria da população.

Nesse sentido, o Estado ao criar as Defensorias Públicas, tentou possibilitar àqueles mais carentes o acesso à justiça, entretanto, a realidade não condiz com o objetivo estatal. A falta de mecanismos e recursos materiais e humanos impossibilitam o atendimento a todos os necessitados, além é claro, do perfil do defensor, que, em geral, quer cada vez menos serviços, pois o sistema de concurso, na forma como ele é hoje, não identifica a ideologia e a vocação do sujeito.

Contudo, a prática demonstra que em diversas ocasiões a falta de um advogado prejudica o pleno exercício do direito de ação para aqueles que se utilizam do *jus postulandi*.

Os Princípios formadores dos Juizados Especiais Cíveis: informalidade ou simplicidade; economia processual e celeridade, que atingem diretamente a premissa estatuída na Carta Magna Brasileira, conforme o seu artigo 5º:

Art. 5º, LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV – aos Litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; LXXIV – o estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos e 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 (CF, 1988).

Necessário ressaltar que o Legislador Constitucional, na festejada EC nº 45/04, contemplou mecanismos voltados para a busca da celeridade e desburocratização das atividades judiciárias. Alexandre de Moraes (apud CHAVES, 2013), em seus estudos sobre Direito Constitucional identifica esses mecanismos voltados para a eficiência do serviço público, como a vedação de férias coletivas nos Juízos e Tribunais de segundo grau; a proporcionalidade do número de juízes à efetiva demanda judicial e a respectiva população; distribuição imediata dos processos em todos os graus de jurisdição; a possibilidade de delegação aos servidores do Judiciário, para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório; instalação da justiça itinerante e as súmulas vinculantes do STF.

Esses mecanismos foram entendidos como o início de uma caminhada na busca da eficiência do Judiciário e o atendimento à ampliação do acesso à justiça.

A criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que tem como missão “contribuir para que a prestação jurisdicional seja realizada com moralidade, eficiência e efetividade, em benefício da sociedade”, veio colaborar efetivamente com o acesso do jurisdicionado à justiça, destacando-se dentre suas diretrizes a ampliação do acesso à justiça, pacificação e responsabilidade social, que tem relação direta com os métodos alternativos de solução de conflitos, além da modernização tecnológica do judiciário.

Com relação aos meios alternativos de solução de conflitos, vale mencionar as palavras de Cintra; Grinover; Dinamarco (2012):

Em relação à mediação e à conciliação, a exposição de motivos da Res. N. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça deixa claro que o inc. XXXV do art. 5º da Constituição, que literalmente trata apenas do acesso ao Poder Judiciário, deve ser interpretado como garantia de acesso à justiça por qualquer meio adequado de solução de conflitos, como a mediação e a conciliação. (CINTRA; GRINOVER, DINAMARCO, 2012, p. 44).

Assim, alarga-se o conceito de acesso à justiça, compreendendo-se os meios alternativos, que se inserem em um amplo quadro de política judicial.

O acesso à justiça deve ser o princípio norteador do Estado Contemporâneo, sendo que, para isso, o direito processual deve buscar a superação das desigualdades

que impedem seu acesso e, por outro lado, a jurisdição deve ser capaz de realizar, de forma efetiva, todos os seus objetivos.

Dessa forma:

Ao administrador do sistema da justiça compete encaminhar os contraditores aos mecanismos adequados para composição de controvérsias. Afinal, às partes devem ser disponibilizados todos os meios jurídicos para que possam defender seus interesses (TARTUCE, 2008, p. 124).

Sabidamente, os autores Cappelletti; Garth (1988, p. 8 e 15) destacam que “a justiça social [...] pressupõe o acesso efetivo”; todavia, este, que é aceito nas sociedades como direito social básico, é por si só, algo vago.

Segundo Curi (2010, p. 1), “a efetividade do acesso à justiça é utopia, pois as diferenças entre as partes jamais serão completamente erradicadas”.

Ante tal exposto, constata-se através da exposição dos entraves que se colocam ao efetivo acesso à justiça (a pobreza, a necessidade de advogado e a demora na prestação jurisdicional), que a finalidade da jurisdição, a qual foi criada para dar efetividade à institucionalização das regras sociais, com o objetivo de realização do bem comum, não está sendo respeitada. Na verdade, para alcançar esta efetividade deveria haver um sistema equilibrado, justo e capaz de eliminar concretamente as insatisfações e os conflitos.

A esse respeito, preconiza Curi (2010):

Desse modo, concluir-se-á que para amenizar a inefetividade da jurisdição, disponibilizando o acesso à justiça, a solução está em superar a diferença socioeconômica, bem como implementar mecanismos e recursos materiais e humanos, de forma efetiva, nas Defensorias Públicas, garantindo àqueles que não possam pagar um advogado uma assessoria jurídica qualificada e acessível. Da mesma forma, é indispensável a contratação de servidores, a modificação na estrutura administrativa, a realização de cursos de formação para a melhoria dos serviços prestados; a informatização dos tribunais, o aumento do número de juízes (quicá com a mesma organização da Justiça do Trabalho), o incentivo e a implementação à mediação e conciliação, o aperfeiçoamento da legislação de acordo com as necessidades reais, também contribuem para que a realização da justiça social, possibilitando o acesso à justiça. (CURI, 2010. p. 1)

Explica Marinoni (1999), que a universalização do procedimento ordinário também é responsável pela lentidão da justiça.

Menciona ainda o autor, que a neutralidade do procedimento ordinário não permitiu ao processualista, por muito tempo, sequer perceber que o ônus do tempo do processo não pode ser jogado nas costas do autor, como se este fosse o culpado pela má estrutura do Poder Judiciário e pela falta de efetividade do procedimento comum (MARINONI, 1999).

Nessa perspectiva, de acordo com Marinoni (1999), até poderíamos dizer que nenhuma justiça é boa ou má, ou efetiva ou inefetiva, já que ela sempre será da “forma” que os detentores do poder a desejarem e, portanto, para alguns, sempre “boa e efetiva”.

Por fim, enfatiza Marinoni (1999, p. 33-34), que “o uso arbitrário do poder, sem dúvida, caminha na direção proporcionalmente inversa da efetividade da tutela jurisdicional”.

Porém, o que se observa é que a intervenção estatal resolve apenas a lide processual e não a lide sociológica, ou seja, os reais interesses que motivaram o conflito. Por isso se diz que a sentença judicial, quase sempre, é incapaz de gerar a pacificação da desavença porque não enfrenta as causas do conflito.

Dentre os inúmeros entraves a efetividade do acesso a justiça, está a duração do processo. a justiça

Segundo Marinoni (1999):

A lentidão da justiça civil deve exigir cada vez mais atenção dos estudiosos do processo civil. Não há dúvida de que um dos principais *leitmotiv* recorrentes na história do processo seja o problema da relação entre a aspiração à certeza – e a exigir a ponderação e a meditação da decisão no esforço de evitar a injustiça – e a exigência de rapidez na conclusão do próprio processo. (MARINONI, 1999, p. 32).

Declara ainda o autor, que a morosidade processual estrangula os direitos fundamentais do cidadão:

Talvez falte vontade política para a redução da demora processual. Tal demora, segundo alguns, não seria meramente accidental, mas fruto de vários interesses, até mesmo o de limitar o afluxo de litígios ao Poder Judiciário. (MARINONI, 1999, p. 32).

A lentidão do processo pode transformar o princípio da igualdade processual, na expressão de Calamandrei (cit. p. 146, apud MARINONI, 1999, p. 36), em “coisa irrisória”. Desse modo:

A morosidade gera a descrença do povo na justiça; o cidadão se vê desestimulado de recorrer ao Poder Judiciário quando toma conhecimento da sua lentidão e dos males (angústias e sofrimentos psicológicos) que podem ser provocados pela morosidade da litispendência. Entretanto, o cidadão tem direito a uma justiça que lhe garanta uma resposta dentro de um prazo razoável. (MARINONI, 1999, p. 36).

Muitas das garantias processuais contidas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), já se encontram contempladas em nossa Constituição. Um delas é a garantia do direito ao processo em prazo razoável.

O que antes era apenas uma garantia implícita, com a Emenda Constitucional nº 45 de 8 de dezembro de 2004, passou a figurar de modo explícito entre as garantias oferecidas pela Constituição Federal de 1988, em seu inciso LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade na sua tramitação”.

Afirmam Gunther; Pimpão (2013), que a razoável duração do processo é direito fundamental que encerra princípio intimamente ligado à necessária celeridade processual. E é direito fundamental aplicável sem qualquer reserva, de plena eficácia, exigível desde logo.

Segundo os autores acima, razoável duração seria o andamento do processo em tempo possível, de acordo com a natureza do assunto, sem as delongas ocasionadas pelas partes e pela inércia do órgão jurisdicional.

Nas palavras de Cintra; Grinover; Dinamarco (2012, p. 96):

A garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas integra o conjunto de garantias conhecidas como *devido processo legal* – porquanto justiça tardia não é verdadeira justiça. São expressas nesse ponto, entre outras, a Constituição Espanhola de 1978 (art. 24.2) e a canadense de 1982 (art. 11, letra *b*).

Esclarecem ainda os autores, que o descumprimento da regra do direito ao justo processo, em prazo razoável, pode levar a Comissão e a Corte Americana dos Direitos do Homem a aplicar sanções pecuniárias ao Estado inadimplente.

Por fim, explica Marinoni (1999), que o bom funcionamento do Poder Judiciário depende de uma série de fatores, exigindo, entre outras coisas, relação adequada entre o número de juízes e o número de processos. O volume excessivo de serviço prejudica não só a celeridade da prestação da tutela jurisdicional, mas também sua própria qualidade.

Além da duração desarrazoada do processo, outros entraves podem ser colocados ao efetivo acesso à justiça: a pobreza, a necessidade de advogado e a demora na prestação jurisdicional.

Destaca-se que:

O primeiro entrave (não jurídico), e o que mais prejudica o acesso à justiça, é a pobreza, haja vista que a maioria da população não dispõe de recursos financeiros para custear os gastos de uma demanda judicial, a qual é cara. Se não bastasse, conforme expõe Horácio Wanderlei Rodrigues (2008, p. 251), a dificuldade do acesso à justiça ainda é agravada pelo “fato do princípio constitucional da igualdade ser aplicado diretamente entre as partes em sua leitura meramente formal, não se levando em conta as diferenças sociais, econômicas e culturais existentes”. Ou seja, se não existir a igualdade material, de nada adianta essa preocupação com a igualdade formal, a qual dificilmente possibilitará uma decisão verdadeiramente justa (CURI, 2010, p. 1).

Segundo Marinoni (1999), o excessivo custo do processo representa uma dificuldade para o efetivo acesso à justiça. Problema esse que atinge principalmente as camadas de baixa renda da população brasileira. Em decorrência, ressalta-se que:

O custo do processo, aliado a outros fatores de ordem social e cultural, pode impedir o cidadão comum de recorrer ao Poder Judiciário. Em estudo sociológico foi constatado que em determinados países, o custo do processo aumenta à medida que baixa o valor da causa. [...] Tais estudos revelam não só que a justiça civil é cara, mas, principalmente, que ela pode ser mais cara para os menos favorecidos, já que é possível dizer que são esses, em grande proporção, os litigantes nas causas de pequeno valor, e nessas o custo do processo pode não guardar proporção com o valor da causa, atingindo valores insuportáveis (MARINONI, 1999, p. 29).

De acordo com Curi (2010), outro ponto importante a ser destacado é a necessidade de advogado em todo processo, salvo em algumas poucas exceções (impetrar *habeas corpus*; nas ações de alimentos; nas ações da Justiça do Trabalho, limitando-se às Varas e aos Tribunais Regionais, conforme Súmula 425 do TST e, nas ações do Juizado Especial com valor da causa de até 20 salários mínimos).

Diante dessa obrigatoriedade, torna-se necessário levar em conta a impossibilidade econômica da maioria da população.

Afirma Marinoni (1999, p. 30), que “o custo do processo é agravado pelos honorários do Advogado”. Segundo ele, nos sistemas que trabalham com o ônus da sucumbência, o risco é muito maior e pode inibir o litigante em potencial de ingressar em juízo, já que, se vencido, além de arcar com os honorários de seu advogado, terá que arcar com os honorários do advogado da parte contrária, não permitindo assim que o eventual litigante dimensione o risco que terá de enfrentar.

Por um lado, a presença do advogado é importante para garantir um processo justo e democrático e para que as partes estejam em situação de igualdade jurídica, por outro lado, como afirma Marinoni (1999, p. 31), “é preciso que haja entre as partes igualdade técnica e também econômica”.

Nas palavras de Calamandrei (cit. p. 145, apud MARINONI, 1999, p. 31):

“A lei é igual para todos” é uma bela frase que consola o pobre quando a vê escrita acima das cabeças dos juízes, nas paredes de fundo dos tribunais; mas quando se apercebe de que, para invocar a igualdade da lei em sua defesa, é indispensável o auxílio do dinheiro que ele não possui, então aquela frase lhe parece um escárnio à sua miséria.

Dispõe o art. 133, da Constituição Federal que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. O caput do art. 134 do mesmo dispositivo, define a Defensoria Pública como a “instituição essencial à função jurisdicional do Estado,



incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”.

Nesse sentido, conforme Curi (2010, p. 1), o Estado ao criar as Defensorias Públicas, tentou possibilitar àqueles mais carentes o acesso à justiça, entretanto, a realidade não condiz com o objetivo estatal. A falta de mecanismos e recursos materiais e humanos impossibilitam o atendimento a todos os necessitados.

Marinoni (1999), observa que a lentidão processual pode ser convertida num custo econômico adicional, e este é proporcionalmente mais gravoso para os pobres. Cita como exemplo, o que ocorre na justiça do trabalho onde, não raro, o trabalhador, por não poder suportar a espera daquilo que lhe é devido, aceita conciliar em condições favoráveis à parte reclamada.

Ressalta ainda o autor, que determinadas provas utilizadas para a solução da lide não são realizadas pelo Estado, nem gratuitamente por particulares, ficando distante, em virtude dos altos custos, da parte economicamente menos favorecida.

Ocorre que, apesar de todo esforço em possibilitar o acesso à justiça aos economicamente menos favorecidos, não se tem obtido os resultados esperados, seja pela falta de profissionais, ou por outras dificuldades encontradas, uma grande parcela da população ainda não consegue se utilizar das vias judiciais.

#### **4. DADOS ESTATÍSTICOS**

Segundo dados extraídos do Portal do Conselho Nacional de Justiça (2012), no ano de 2011 a população buscou mais o Poder Judiciário do que nos anos anteriores. Enquanto o total de processos ingressados cresceu 7%, a população brasileira cresceu menos de 1% no último ano. Com isso, o número de casos novos por 100 mil habitantes passou de 8.775 em 2009, para 9.081 em 2011.

Outro aspecto interessante com relação a esse indicador é sua regionalização, já que os Estados localizados nas áreas norte e nordeste do país tendem a apresentar menor índice de litigiosidade do que aqueles localizados nas regiões sul e sudeste.

No decorrer de 2011, tramitaram na Justiça Estadual cerca de 70 milhões de processos, 2,2% a mais que no ano anterior. Desse volume processual, 73% (51,7 milhões) já se encontravam pendentes desde o término do ano anterior, o que demonstra que a maior dificuldade do Poder Judiciário nos estados está na liquidação de seu estoque, pois, de forma geral, a Justiça Estadual tem sido capaz de baixar os processos em quantitativo equivalente ao total ingressado.

De toda sorte, mesmo com a redução do número de sentenças, o total de processos baixados teve crescimento de aproximadamente 7% em relação a 2010. Considerando-se a similaridade do incremento dos baixados em relação ao incremento dos casos novos, obteve-se, em 2011, uma taxa de congestionamento praticamente constante, com redução de apenas 0,5 ponto percentual, que passou de 74,4% para 73,9%.

Apenas nos Juizados Especiais notou-se uma queda mais acentuada, cuja taxa baixou de 50% para 48,2%. Ao considerar apenas a primeira instância, composta pela soma do primeiro grau e dos Juizados Especiais, a taxa de congestionamento seria de 75,7%, sendo que, sem os processos de execução, ela cairia para 64,9%, ou seja, com redução de quase 11 pontos percentuais.

Estima-se que o ano de 2011 tenha sido finalizado com saldo de quase 52 milhões de processos pendentes (0,7% a mais que o início do ano), sendo que apenas o TJSP abarca quase 20 milhões de pendentes e o TJRJ, 7,4 milhões. Juntos, esses dois Tribunais são responsáveis por mais de 50% de todo volume processual pendente de baixa.

Segundo Souza Lima (2013), a economia brasileira perde cerca de US\$ 10 bilhões por ano com a morosidade da justiça, segundo cálculo da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), publicado pela Revista ETCO.

Esses dados demonstram que existe um grande congestionamento de processos no Poder Judiciário e que apesar dos esforços dispendidos, através de metas determinadas pelo CNJ, não estão logrando êxito em atender à demanda em prazo razoavelmente justo para garantia da tutela desejada.

## **5. MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO COMO MEIOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS**

### **5.1 MEDIAÇÃO**

A mediação é uma forma de resolver situações conflituosas, sem que seja necessário recorrer ao Poder Judiciário.

Conforme Silva (2004), a palavra mediação vem do latim, “*mediatio*” e significa intervenção, intercessão. É o vocábulo empregado para indicar todo “ato de intervenção de uma pessoa em negócio ou contrato existente entre outras pessoas”.

Fernanda Tartuce (2008, p. 208) define mediação da seguinte forma:

A mediação consiste na atividade de facilitar a comunicação entre as partes para propiciar que estas próprias possam, visualizando melhor os meandros da situação controvertida, protagonizar uma solução consensual [...] o mediador não impõe decisões, mas dirige as regras de comunicação entre as partes.

A indicação da mediação, de acordo com Cahali (2011), pressupõe terem as partes em conflito uma relação mais intensa e prolongada, verificando o relacionamento tanto por vínculos pessoais como jurídicos. Utiliza-se a mediação em conflitos envolvendo relações familiares e na dissolução de empresas e também em outras relações continuadas, como de vizinhança, etc.

Assim, observa-se que esse método não se atém aos problemas pontuais, mas mergulha no relacionamento existente entre os contendores, busca descobrir qual a verdadeira razão do conflito, que nem sempre é aquele trazido pelas partes. Nesses casos, quase sempre, o problema trazido é fruto de desentendimentos constantes, que desgastam o relacionamento e devem então ser desconstruídos, reatando a amizade outrora existente.

Conforme Cahali (2011, p. 38), o foco na mediação é o conflito e não a solução, ao contrário do que ocorre na conciliação, onde o foco é a solução e não o conflito: “e com tratamento às partes, pretende-se na mediação o restabelecimento de uma convivência com equilíbrio de posições, independentemente de se chegar a uma composição, embora esta seja naturalmente desejada”.

Afirma ainda o autor:

A principal função do mediador é conduzir as partes ao seu *apoderamento*, ou seja, à conscientização de seus atos, condutas e de soluções, induzindo-as também, ao reconhecimento da posição do outro, para que seja ele respeitado em suas posições e proposições. [...] Aliás, pela origem dos conflitos, muito maior o desafio de minimizar os efeitos do rancor, da mágoa, do ressentimento perversos ao pretendido diálogo (fala e escuta), pois aqueles sentimentos podem gerar a má vontade na busca de solução consensual (CAHALI, 2011, p. 39).

Para Cahali (2011, p. 39), “o mediador não deve julgar nem intervir nas decisões, tampouco interferir nas propostas, oferecendo soluções, pois estas deverão vir dos próprios mediandos”.

Segundo Bacellar (2013, p. 231), “a mediação corre de forma sigilosa e demanda mais tempo do que a conciliação”.

Não se pode deixar de citar que a mediação também pode ocorrer no curso do processo. Conforme o projeto de Lei nº 94/2002, é chamada de mediação

paraprocessual e será conduzida por mediadores designados pelo juiz da causa e como regra, esses mediadores serão advogados.

De acordo com Braga Neto (apud TARTUCE, 2008), a mediação poderá ocorrer a pedido de uma das partes, antes do início da demanda ou durante o curso do processo, caso haja consenso entre elas.

Segundo Souza Neto (2000, p. 51), o Juiz não pode ser confundido com um mediador, em sua atuação durante o processo.

Dessa forma:

Um mediador, via de regra, tem um poder de tomada de decisão limitado ou não oficial; ele não pode unilateralmente mandar ou obrigar as partes a resolverem suas diferenças e impor a decisão. Esta característica distingue o mediador do Juiz ou do árbitro [...] O objetivo de um processo judicial ou quase-judicial não é a reconciliação ou o acordo entre os lados, mas uma decisão unilateral da terceira parte sobre qual dos litigantes está certo (MOORE, apud SOUZA NETO, 2000, p. 51).

Porém, preconiza o autor (SOUZA NETO, 2000), que tanto o Juiz como o advogado devem atuar como mediadores dentro do processo, buscando ajudar as partes a examinar seus interesses e necessidades e a negociar, da seguinte forma: 1) facilitando a comunicação; 2) permitindo que as pessoas em disputa examinem o problema baseadas em várias perspectivas, ajuda nas definições das questões e dos interesses básicos e procura de opções mutuamente satisfatórias; 3) auxiliando a elaboração de um acordo razoável e viável.

Assim, a decisão obtida com a mediação judicial terá mais probabilidade de conseguir resultado eficiente, obtendo soluções que satisfaçam o maior número possível das necessidades de ambas as partes.

Bacellar (2013, p. 230), quando fala em mediação, afirma que “não basta resolver a lide processual, se os verdadeiros interesses que motivaram as partes a litigar não forem identificados e resolvidos”.

Percebe-se que a mediação é uma técnica com algumas peculiaridades, mas que basicamente possui a missão de conduzir as partes a um consenso, diante da situação levada à presença do mediador.

O mais importante, nesse método, é que os contendores se sintam à vontade para expor seu problema e depositem confiança no mediador, que será responsável por conduzir o diálogo até que se alcance o acordo almejado e a restauração da relação, que pelo visto, é o objetivo primeiro da mediação.

## 5.2 CONCILIAÇÃO

A conciliação, assim como a mediação, também se trata de meio alternativo para resolução de conflitos, que deve contar com a concordância das partes envolvidas e se utiliza de uma terceira pessoa, que se dispõe a facilitar o diálogo e a buscar uma solução amigável.

Para Silva (2004, p. 329), a palavra conciliação deriva do latim “conciliatio”, de “conciliare” e significa atrair, harmonizar, ajuntar; “entende-se o ato pelo qual duas ou mais pessoas, desavindas a respeito de certo negócio, ponham fim à divergência amigavelmente”.

De acordo com Cahali (2011), há distinção entre mediação e conciliação, principalmente de acordo com a origem do conflito, à postura do facilitador e às técnicas utilizadas.

Explica Cahali (2011, p. 37-38): “o foco principal da conciliação é a solução do problema”. O desenvolvimento da conciliação mostra-se mais rápido e de menor complexidade em relação à mediação; também seu procedimento é mais célere, pois muitas vezes se limita a uma única sessão; afirma ainda que não há necessidade de se conhecer profundamente a relação das partes pelo conciliador.

Conforme pondera Tartuce (2008, p. 90):

Em nosso sistema legal, a adoção dos mecanismos “alternativos” sempre se verificou de forma mais acentuada com o incentivo à conciliação. A ideia de estimular a decisão do conflito pelos seus próprios protagonistas sempre esteve presente em nossa legislação processual civil, especialmente pela tentativa de conciliação pelo magistrado.

Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei de nº 166/2010, com a proposta de um novo Código de Processo Civil, onde se verifica a preocupação em estimular todos os profissionais da área jurídica para a conciliação e mediação.

Consoante assevera Fernanda Tartuce (apud SOUZA LIMA, 2013, p. 7-8):

As barreiras para a adoção de um modelo consensual de enfrentamento de conflito são muitas. Podem ser aduzidos como centrais os seguintes óbices: a formação acadêmica do operador do direito que não contempla tal sistemática; a falta de informação aos cidadãos sobre a disponibilidade dos mecanismos conciliatórios como forma de tratamento das controvérsias; o receio da perda de poder e autoridade das instituições tradicionais de distribuição de justiça.

De fato, a formação acadêmica dos atuais operadores do direito ensina como propor a ação adequada para cada caso apresentado, mas não os incentiva a dirimir o conflito sem que seja instalada a lide. Nesse caso, fica então nas mãos do judiciário, através do processo, dar a prestação jurisdicional capaz de gerar a pacificação social.

A isso, o professor Kazuo Watanabe (apud SOUZA LIMA, 2013, p. 2), chama de “cultura da sentença”.

Mas esse cenário precisa mudar. As Instituições de educação precisam reformular o conteúdo a ser ministrado, incluindo no universitário a cultura da paz, não somente nos cursos de direito, mas também nas diversas áreas envolvidas.

De acordo com dados disponíveis no site do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, na primeira estatística referente aos meses de janeiro a julho de 2012, concluiu-se que 47.727 acordos foram homologados no âmbito da Justiça Federal, principalmente nas áreas de direito previdenciário e com relação aos mutuários do sistema financeiro de habitação.

Lembra Oliveira (2013, p. 149) que “há um compromisso da conciliação com o ideal de justiça pressuposto na Constituição da República” e preconiza que:

Deve-se buscar a justiça nas trocas e, nesse sentido, na conciliação que possa conduzi-las a um patamar de reconciliação e, conseqüentemente de apaziguamento do conflito que permanece latente na vida em sociedade. (OLIVEIRA, 2013, p. 158).

Segundo Bacellar (2013), a conciliação é mais adequada para resolver situações pontuais, onde as partes não tem uma relação duradoura, como por exemplo acidentes de trânsito, contratos bancários, nas quais, resolvido o conflito, acaba a relação. A conciliação deve focar apenas nas questões que foram objeto da lide.

Com relação à figura do facilitador, alguns autores como Bandeira (apud MORI, 2013, p. 175), afirmam que o conciliador tem um papel mais ativo que o mediador, podendo fazer sugestões e propor soluções ao caso apresentado.

Independentemente das distinções existentes entre os dois institutos, o importante é que tanto conciliadores como mediadores estejam capacitados para conduzir as respectivas sessões com imparcialidade e com as técnicas mais adequadas para cada caso concreto, conduzindo as partes para um acordo justo e sensato.

Dentro desse tema, necessário citar a criação do Projeto OAB Concilia, que representa o empenho da Ordem dos Advogados do Brasil em colaborar com esse novo conceito de resolução de lides.

O projeto foi inspirado no Programa Poupatempo, que reúne num único local, vários órgãos responsáveis pela prestação de inúmeros serviços de natureza pública.

Segundo Lima (2013), o projeto consiste em reunião na própria Casa do Advogado, entre os interessados e seus advogados, sem a intervenção de terceiro (conciliador ou mediador) a fim de buscar a conciliação dos interesses para as questões cíveis, de família e da infância e juventude, que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis.

Conforme explica o autor (LIMA, 2013), a intenção é que, alcançado o acordo extrajudicialmente, seja então ajuizada a ação unicamente para obtenção da homologação do acordo, seguida da prolação da sentença e do cumprimento em no máximo 24 horas, instituindo assim, um “poupatempo da justiça”. Porém, insta salientar que o funcionamento desse projeto depende da celebração de convênio com o Tribunal de Justiça.

A implantação desse projeto é uma iniciativa inédita no Brasil, que teve início na Comarca de Pindamonhangaba/SP e, segundo as estatísticas da OAB, fornecidas pelo próprio autor (LIMA, 2013), de julho a dezembro de 2011, foram agendadas 187 reuniões de conciliação, com 162 acordos, 20 ausências e apenas 5 reuniões infrutíferas, com um índice de 97% de acordos.

Isso demonstra que o número de acordos entre litigantes só tendem a aumentar, seja extrajudicialmente, nos centros de conciliação ou na Casa do Advogado, evitando a proposição de ações desnecessárias, ou até mesmo nas ações judiciais, através da iniciativa dos juízes.

Cumprindo ainda salientar, que a Portaria nº 8.659/2012, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a fim de atender aos termos do artigo 31 da Resolução nº 115/2010 do CNJ (que versa sobre o Sistema de Gestão de Precatórios) e em cumprimento à Emenda Constitucional nº 62/2009 (que trouxe alterações à redação do artigo 100 da CF/88, que dispõe sobre a forma de pagamento de precatórios), instituiu a Câmara de Conciliação de Precatórios, com o objetivo de facilitar as composições amigáveis entre as partes, relativamente ao pagamento de precatórios, inclusive quanto à atualização de valores, juros e correção monetária, além de outras questões que possam ser objeto de acordo.

Observa-se, assim, que inúmeras são as iniciativas na busca de conciliar as questões controversas, cumprindo o objetivo maior que é implantar na sociedade a cultura da paz.

### **5.3 RESOLUÇÃO 125 DO CNJ**

A Resolução nº 125, de 29.11.2010, do Conselho Nacional de Justiça (Res. CNJ 125/2010) estabelece uma política pública para tratamento adequado das demandas no Judiciário e cria um modelo de conciliação e mediação em juízo.

Descreve Cahali (2011, p. 42), que a Resolução trata da “política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário”.

Segundo disposição do próprio CNJ, algumas das motivações da Resolução são:

[...] considerando que cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação; a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios; ser imprescindível estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento das práticas já adotadas pelos tribunais; (RES. CNJ 125/10).

A Resolução é composta por dezenove artigos, distribuídos em quatro capítulos e versam sobre a política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses (capítulo I), as atribuições do CNJ (capítulo II), as atribuições dos Tribunais (capítulo III) e do Portal da conciliação (capítulo IV).

Conta ainda com quatro anexos, que dispõe sobre cursos de capacitação e aperfeiçoamento para magistrados e servidores, sugestões de procedimentos, Código de ética de conciliadores e mediadores judiciais e dados estatísticos das atividades dos CEJUSCs.

Conforme menciona Chaves (2013), o Conselho Nacional de Justiça conferiu a incumbência de oferecer à sociedade serviços alternativos de solução de controvérsias, como a mediação e a conciliação e os serviços de atendimento e orientação jurídica ao cidadão.

A partir da vigência da Resolução, os juízes e desembargadores, além de buscar a tentativa de conciliação no curso do processo judicial, conforme várias previsões já existentes no ordenamento jurídico, passam a ter a incumbência de estimular e apoiar a difusão dos métodos alternativos de resolução dos conflitos com fins conciliatórios, com o objetivo de diminuir o fluxo de processos, de recursos e de execuções de sentença.

O Professor Kasuo Watanabe (apud Cahali, 2011, p. 42) entende ser outro o objetivo da resolução:

O objetivo primordial que se busca com a instituição de semelhante política pública é a solução mais adequada dos conflitos de interesses, pela participação decisiva de ambas as partes na busca do resultado que satisfaça seus interesses, o que preservará o relacionamento delas, propiciando a justiça coexistencial. A redução de volume dos serviços do Judiciário é mera consequência desse importante resultado social.

É preciso colocar, portanto, que seja qual for o objetivo primordial da implantação desse novo sistema, o mais importante é que ele vem ao encontro às



necessidades da população, seja no sentido de desafogar o Poder Judiciário, ou na forma de dar aos conflitos o tratamento mais adequado, com rapidez e efetividade.

Afirma Cahali (2011, p. 45), que “esta Resolução representa um marco na trajetória dos meios alternativos de solução de controvérsia, e certamente os objetivos serão alcançados”.

Lembra Pereira Junior (2013, p. 285) que antes da Resolução, era inviável o tratamento preventivo de conflitos, “uma vez que ao Judiciário somente era dada a possibilidade de manifestação sobre o conflito após sua invocação por uma das partes, através do processo”.

Á primeira vista, a atribuição de mais esse encargo aos juízes e desembargadores, que já estão assoberbados de serviço, pode parecer insensato. Mas, segundo Chaves (2013), eles receberão um incentivo para cooperar com esse sistema:

Como contrapartida ao estabelecimento a mais uma atribuição aos juízes, a referida Resolução estabelece que sejam consideradas nas remoções e promoções por merecimento às atividades relacionadas à conciliação, mediação e outros métodos consensuais de soluções de conflitos (CHAVES, 2013, p. 260)

Essa nova política judiciária adotada também pode, a médio prazo, permitir uma diminuição na carga de trabalho dos Juízes, que poderão encaminhar para os núcleos os processos em curso, a fim de passarem por sessões de conciliação ou mediação, sem que isso represente ofensa ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário.

Porém, compete lembrar que, para não comprometer o princípio da duração razoável do processo, no caso da mediação, que demanda maior tempo que a conciliação, a remessa dos autos ao CEJUSC no curso processual, só será possível se as partes assim desejarem (CHAVES, 2013).

Vale lembrar ainda, que a aplicação do sistema previsto na Resolução, não vem enfraquecer a função jurisdicional do Estado. Ao contrário, com a diminuição do volume processual, o judiciário poderá proferir sentenças com maior celeridade e efetividade.

Informa Cahali (2011, p. 41), que também no Projeto do Novo Código de Processo Civil, a mediação judicial vem sendo bastante incentivada, quase obrigatória no início do processo: “pois o primeiro ato do processo, após o recebimento da petição inicial, será a designação da audiência de conciliação, que poderá, todavia, ser dispensada pelas partes, nos termos do § 5º do art. 323”.

Ao instituir uma política pública de tratamento de conflitos e de pacificação social por meio de métodos consensuais, o CNJ incorpora a ideia do tribunal multiportas, adotado nos Estados Unidos e vai de encontro aos anseios da sociedade, que está profundamente insatisfeita com o sistema atual.

#### 5.4 IMPLANTAÇÃO DOS CENTROS JUDICIÁRIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E CIDADANIA- CEJUSC

A Resolução CNJ 125/10 dispõe sobre a criação dos CEJUSCs, considerando que a organização dos serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos devem servir de princípio e base para a criação de Juízos de resolução alternativa de conflitos, verdadeiros órgãos judiciais especializados na matéria.

Segundo Pereira Junior (2013, p. 284) sob a orientação do Conselho Nacional de Justiça, colocou-se a instituição de Núcleos de Conciliação dentro dos Tribunais, que terão a atribuição de criar e organizar os Centros Judiciais de solução de litígios e cidadania.

Para contrapor o formalismo e a complexidade da atividade judiciária, os métodos alternativos como a conciliação e a mediação pautam-se pela simplicidade, rapidez e informalidade, abrindo mão da movimentação complexa da máquina judiciária.

Pereira Junior (2013, p. 279), se referindo aos centros, afirma que:

não há necessidade de autos ou apresentação de provas [...] somente é necessário um espaço de contato para aproximação das partes, um grupo de colaboradores eventuais que atuarão como conciliadores e mediadores e ainda um grupo que gerencie os convites e formalize os acordos.

De acordo com o autor (PEREIRA JUNIOR, 2013, p. 279), uma das principais características desse novo procedimento é a radical mudança dos atores principais, que volta a ter os titulares do direito participando ativamente do processo de negociação.

Conforme Cahali (2011, p. 47), a Res. CNJ 125/2010 traz a implantação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, “unidades destacadas da atual estrutura dos Tribunais, responsáveis pela administração dos procedimentos de conciliação e mediação, viabilizando as respectivas sessões que neles ocorrerão”.

Lembra o autor (CAHALI, 2011, p. 47), que estas unidades devem atender não apenas à demanda de conciliação e de mediação em processos pendentes, mas também lhes compete dar atendimento pré-processual aos conflitos trazidos pela população (art. 10).

O CEJUSC funcionará como o que no direito estrangeiro é chamado de “tribunais multiportas”, nos quais, explica Tartuce (2008), o jurisdicionado, buscando uma resposta para uma controvérsia, é encaminhado ao método mais adequado de composição.

Pereira Junior (2013, p. 288) destaca que houve uma preocupação com a criação de um ambiente receptivo, “onde as partes compareçam espontaneamente e desarmadas, para se engajar num processo de desconstrução de seus problemas, na busca da pacificação do conflito em que se envolveram”.

A Resolução 125 (Anexo II) prevê a divisão dos Centros em 3 setores: conciliação e mediação extrajudiciais, conciliação e mediação judiciais e centro de cidadania.

Segundo Vaz (2011), em dados obtidos junto ao site do Poder Judiciário do Estado do Acre, o setor pré-processual recepcionará casos que versem sobre direitos disponíveis em matéria cível, de família, previdenciária e da competência dos Juizados Especiais, que serão encaminhados, através de servidor devidamente treinado, para a conciliação, a mediação ou outro método de solução consensual de conflitos disponível.

O setor de solução de conflitos processual receberá processos já distribuídos e despachados pelos magistrados, que indicarão o método de solução de conflitos a ser seguido, retornando sempre ao órgão de origem, após a sessão, para homologação do acordo, extinção do processo ou prosseguimento dos trâmites processuais normais.

O setor de cidadania prestará serviços de informação, orientação jurídica, emissão de documentos, serviços psicológicos e de assistência social, entre outros.

Quanto aos conciliadores e mediadores, a Resolução é incisiva ao exigir capacitação por meio de cursos específicos com conteúdo programático detalhadamente por ela estabelecidos (art. 12 e Anexo I da Res. CNJ 125/10), sujeitando-os, tal como os demais facilitadores do entendimento entre as partes, ao Código de Ética estabelecido pelo Conselho (Anexo III).

Com o intuito de atender à Resolução nº 125/2010 do CNJ o Poder Judiciário, no âmbito de cada estado, tomará medidas para a implantação dos Centros, com a finalidade de evitar a excessiva judicialização de processos, bem como de prestar ao cidadão uma justiça adequada.

É na ampliação do acesso à justiça que os meios alternativos contribuem com a diminuição da taxa de congestionamento e, principalmente, com a simplicidade, eficiência e celeridade na solução de conflito.

## **6. JUSTIÇA RESTAURATIVA**

Com esse novo pensamento, essa cultura de pacificação social, é que se deve olhar também para os conflitos na área penal. Excluídos os crimes hediondos e

aqueles de grande repercussão na sociedade, certos atos infracionais devem ter tratamento diferenciado.

Os crimes de menor potencial ofensivo e até mesmo as infrações penais leves costumam ser resolvidos, no sistema atual, pelas regras do processo penal, através de queixa formulada pela parte ofendida ou denúncia oferecida pelo Ministério Público.

No formato que se apresenta hoje, a justiça penal trabalha em função de penalizar o infrator, retribuindo-lhe o mal causado ao ofendido ou mesmo à sociedade de um modo geral. Tanto aos infratores primários, como àqueles reincidentes são aplicadas as mesmas regras, sem preocupação com o motivo que os levou a infringir a lei, nem tampouco se ele está verdadeiramente arrependido a tal ponto de não voltar a cometer o mesmo erro.

Muitas vezes, a pior pena do infrator é sua própria consciência, mas ele sequer é ouvido, sequer tem a chance de saber a extensão dos danos causados à vítima, ou até mesmo de demonstrar seu arrependimento.

Para isso surgiu a justiça restaurativa: para restaurar o diálogo entre ofensor e ofendido, a fim de se dar a ambos o exato tamanho da ofensa, amenizando os efeitos causados tanto para um, como para outro.

Segundo notícia veiculada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) em 03/05/2013:

a justiça restaurativa é uma nova abordagem para o tratamento de conflitos, crimes, infrações penais e atos infracionais. As metodologias empregadas são baseadas no encontro entre vítima, ofensor e pessoas que possam lhes dar apoio. Com o auxílio de um facilitador, promove-se o diálogo entre todos, com o objetivo de se chegar a um acordo que pode envolver a reparação de danos e diretrizes que visem evitar a repetição do comportamento inconveniente (TJSP, 2013).

No Brasil, a área que mais avança no emprego da Justiça restaurativa é a da infância e da juventude.

De acordo com dados oferecidos no site do TJSP, percebe-se que os projetos com a Justiça Restaurativa no Estado de São Paulo começaram em 2005, na Comarca de São Caetano do Sul e já se estenderam para várias regiões da Capital, sendo que só na Comarca pioneira já foram realizados 270 círculos restaurativos, com um índice de 89% de acordos efetivados, dos quais 97% foram cumpridos.

Segundo o Professor Howard Zehr, da Eastern Monnonite University do Estado de Virgínia, EUA (TJSP, 2008), seu interesse pela justiça restaurativa surgiu ao presenciar um encontro entre uma vítima e seu ofensor. Ele revela que 24 estados norte-americanos possuem programas que possibilitam o encontro entre vítima

e ofensor, bem como que já existem programas de justiça restaurativa espalhados por todos os continentes e ainda, que em alguns países, a justiça restaurativa já está completamente integrada à justiça tradicional, em se tratando de infrações envolvendo adolescentes, com resultados bastante animadores, tendo inclusive diminuído significativamente a carga de trabalho da justiça comum.

Conforme explica o professor, existem vários modelos de justiça restaurativa e na grande maioria deles, há a possibilidade de a vítima encontrar o seu ofensor, mostrar como a atitude dele afetou sua vida e a partir daí, busca-se um entendimento para que haja uma reparação que satisfaça a vítima e puna o ofensor. Segundo ele, é indispensável que haja acompanhamento do cumprimento dos acordos.

Nas palavras do professor Zehr (TJSP, 2008):

Quando prejudicamos alguém, criamos para nós uma obrigação de ressarcir o prejuízo que causamos àquela pessoa. A justiça restaurativa não surgiu para substituir o sistema tradicional, mas para preencher algumas lacunas existentes (TJSP, 2008).

Para Monica Mumme, psicóloga especializada no assunto, também citada em notícia veiculada pelo TJSP em 03/05/2013, as práticas restaurativas podem resolver efetivamente a questão da violência: “quando uma pessoa é punida, normalmente não é convidada a fazer o exercício de reconstrução daquela relação e os atos podem ser recorrentes de uma série de necessidades não compreendidas”.

Em pleno Século XXI, num mundo em que se discutem direitos fundamentais, ainda podemos ver seres humanos condenados e excluídos da sociedade, sem um mínimo de dignidade.

Como preconiza Foucault em sua obra “Vigiar e Punir” (2004), a utilização do sistema penal como a arte de fazer sofrer e a punição da alma do condenado, assim como a manutenção de um sistema penitenciário construído numa visão Kafkiana, são exemplos de desrespeito à Constituição Federal e ao Estado Democrático de Direito.

O verdadeiro problema observado no sistema penitenciário é que ele não cumpre sua função principal, que seria a de ressocializar e reintegrar o infrator à sociedade ao final da pena, e assume uma nova função: a de punir, de forma cruel e desumana.

Segundo Saliba (2009, p. 107), a execução das penas impostas pelo Poder Judiciário, tanto no âmbito prisional quanto no comunitário, é violador dos citados princípios, pois desrespeita valores básicos como a liberdade e a igualdade, a integridade física e a moral.

Ainda de acordo com Saliba (2009, p. 108):

a superação do sistema penal atual é mais do que uma obrigação, é um dever, para legitimá-lo sob o manto dos direitos humanos. O desrespeito aos princípios constitucionais e a punição como única retribuição penal ofende a dignidade da pessoa humana. Exige-se então uma mudança de rumo do sistema retributivo para o reconhecimento da sua legitimidade diante de um Estado Democrático de Direito (SALIBA, 2009).

A superação do paradigma retributivo pelo paradigma restaurativo passa também pela revitalização da vítima e de seus interesses.

Pode-se observar neste atual sistema penal, que a vítima, parte mais lesada diante de um ato criminoso, foi deixada totalmente à margem de todo o processo, sua existência foi anulada, tendo alcançado uma posição subsidiária.

Conforme preconiza Saliba (2009, p. 110):

O Estado, *alcançado à condição de garantidor da ordem pública*, apoderou-se da vontade das partes envolvidas no conflito, sob o fundamento de que o desvio ofende a coletividade, e a resposta, portanto, independe da vontade da vítima. A distribuição da justiça penal é monopolizada, e para representar os interesses estatais, sociais e o próprio ofendido, surgiu a figura do procurador (SALIBA, 2009, p. 110).

Dessa forma:

sendo abandonada pela esfera estatal, ocorre nova vitimização com os procedimentos do sistema penal, pois ela sofre danos psíquicos, físicos, sociais e econômicos” [...] “o crime é visto como uma ofensa à ordem e a única expectativa que deve ser atendida dentro do processo é a satisfação da pretensão punitiva estatal, passando a reparação do dano ou a atenção aos interesses da vítima a ser uma temática ignorada. À vítima resta o desamparo. (SALIBA, 2009, p. 110)

Nesse diapasão, é possível observar que a apropriação da vontade da vítima, pelo Estado, retira-lhe a possibilidade de se conciliar ou reconciliar com o delinquente, que muitas vezes pode ser um conhecido ou familiar, privando-a da oportunidade de resolver seu conflito da forma mais adequada, resgatando o relacionamento que fora afetado.

Hulsman (apud Saliba, 2009, p. 112), escreve que:

para a vítima, a primeira consequência é que, ao entrar no aparelho da justiça, o seu problema deixa de lhe pertencer: não pode deter a ação pública nem aceitar uma conciliação que poderia ajudá-la a compreender o que realmente aconteceu; não poderá opinar sobre a medida que deveria ser aplicada ao autor; e ignorará tudo que acontecerá a ele depois disso, apesar de que talvez não lhe desejasse tanto mal. Para o delinquente se configura a mesma situação de destituição: tudo que acontecerá será friamente abstrato, não se lhe permitirá refletir sobre as consequências de seu ato para a vítima e, o que é mais importante, quando for liberado sentirá que já pagou pelo que fez, e que portanto, nada aconteceu (HULSMAN, apud SALIBA, 2009, p. 110).

Não se pode negar que atualmente há uma tendência revitalizadora da vontade da vítima, como, por exemplo, a Lei 9.099/95, que prevê a conciliação civil como forma extintiva da punibilidade pela renúncia, assim como na previsão de transação quanto à reparação do dano e ao consequente afastamento do processo penal nas ações de iniciativa privada e pública condicionada à representação, em infrações de menor potencial ofensivo, porém esse resgate ainda se mostra bastante limitado.

Além disso, a legislação ainda se preocupa muito mais com a reparação do dano do que com a reconciliação ou a pacificação dos conflitos.

Explica Saliba (2009, p. 114) que por revitalização da vontade da vítima deve-se compreender “a devolução ou privatização do conflito à esfera particular, para livre disposição e discussão das partes interessadas, nos interesses disponíveis e particulares, com disponibilidade da resposta penal”.

Afirma o autor ainda, que dessa forma, a tutela dos bens patrimoniais de natureza disponível, que hoje são processados mediante ação penal pública incondicionada, deveria ser processada mediante ação penal privada ou pública condicionada, fazendo valer o interesse da parte ofendida.

Assim, é preciso que haja uma maior preocupação em desfazer o conflito, com técnicas voltadas para um processo conciliador, que leve em consideração a vontade não só da vítima, mas também de seu agressor.

O que mais importa nesse processo, de acordo com Amaral (apud SALIBA, 2009) é que o autor do fato e a vítima, na medida do possível, sejam responsáveis pela solução da crise gerada pelo delito.

O que se designa de Justiça Restaurativa, portanto, é uma forma diferenciada de solucionar as demandas encaminhadas ao judiciário, afastando-se o caráter estritamente punitivo das sentenças tradicionais, abrindo-se a possibilidade de ouvir todas as partes envolvidas nos conflitos.

Nas palavras do Dr. Marcelo Nalesso Salmaso, Juiz de Direito da Vara do Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Tatuí/SP, um dos responsáveis pela implantação do projeto Justiça Restaurativa naquela cidade:

a Justiça Restaurativa representa um ganho real para os cidadãos, para as escolas, para o Poder Judiciário e a democracia, pois chega como uma forma efetiva de resolução de conflitos, inclusive de natureza infracional e criminal, em que o ponto fundamental é a busca de novas atitudes diante do erro cometido, a partir do reconhecimento, por parte do ofensor, do mal praticado (Salmaso, apud TJSP, 2013).

Segundo o Juiz Egberto de Almeida Penido (apud TJSP, 2013), da primeira Vara da Infância e Juventude da Capital: “as cidades precisam aprender a atuar com

as situações de violência sem retroalimentar a violência. Infelizmente a gente não aprendeu a lidar com a violência sem ser violento”.

Fica claro que a forma de como tratar a violência é uma questão cultural, que foi incutida há séculos na sociedade e muito pouco evoluiu. Porém, nunca é tarde para que esse paradigma seja mudado, que surjam novas ideias, tendo como base a tão sonhada pacificação social.

Afirma Saliba (2009) que a justiça restaurativa quebra com o paradigma da justiça penal retributiva e, apesar de não haver um procedimento determinado ou um modelo ideal, essa ausência de formalismo está dentro das perspectivas de ação de um Direito pós-moderno, reivindicador de justiça social.

Assim:

Essa ausência de formalidades não representa ausência de garantias e desrespeito às prerrogativas mínimas para a proteção dos fins almejados pela justiça restaurativa, uma vez que violaria seus próprios; ao contrário, o objetivo da desformalização dos procedimentos é o cumprimento dos princípios propostos e qualquer interpretação diversa não encontra sintonia com esta (SALIBA, 2009, p. 175)

Mas para que essa nova proposta seja implementada, estudiosos e pesquisadores desenvolveram técnicas que devem ser amplamente utilizadas, a fim de se obter resultados positivos.

Gomes Pinto apresenta um procedimento que, além de ser claro, segue os valores e princípios da justiça restaurativa:

Trata-se de um processo estritamente voluntário, relativamente informal, a ter lugar preferencialmente em espaços voluntários, sem o peso e o ritual solene da arquitetura do cenário judiciário, intervindo um ou mais mediadores ou facilitadores, e podendo ser utilizadas técnicas de mediação, conciliação e transação para se alcançar o resultado restaurativo, ou seja, um acordo objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das partes e se lograr a reintegração social da vítima e do infrator.(GOMES PINTO, apud SALIBA, 2009, p. 175-176)

Afirma ainda Gomes Pinto (apud Saliba, 2009) que os núcleos de justiça restaurativa deverão atuar em conexão com a rede social de assistência e com apoio dos órgãos governamentais, das empresas e das ONGS, que encaminharão ofensores e vítimas para os programas restaurativos.

Ocorre que essa nova proposta se depara com um sério problema que é a garantia constitucional da inafastabilidade da atividade jurisdicional, princípio fundamental no Estado Democrático de Direito.

A esse respeito, todos os autores consultados concordam que para se evitar que o envolvimento das partes na resolução dos conflitos possa ensejar atos de



totalitarismo ou autotutela, se torna indispensável a participação do Poder Judiciário em todo o processo, como órgão fiscalizador, para impor limites e preservar os direitos e garantias constitucionais.

Nesse sentido, admite Saliba:

todo acordo alcançado através da justiça restaurativa deve ser encaminhado ao Poder Judiciário, para manifestação obrigatória e indispensável do representante do Ministério Público e do defensor público, sendo posteriormente homologado pelo juiz de Direito (SALIBA, 2009, p. 179).

Nas palavras do autor (SALIBA, 2009, p. 179), “a coexistência dos sistemas de justiça, então, é valor e princípio da justiça restaurativa, sem o qual não há justiça”.

Essa integração está prevista na Resolução CNJ 125/10, que em seu art. 7º, § 3º, dispõe o seguinte:

§ 3º: Nos termos do art. 73 da Lei nº 9.099/95 e dos arts. 112 e 116 da Lei nº 8.069/90, os Núcleos poderão centralizar e estimular programas de mediação penal ou qualquer outro processo restaurativo, desde que respeitados os princípios básicos e processos restaurativos previstos na Resolução nº 2002/12 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas e a participação do titular da ação penal em todos os atos.

Por outro lado, quanto à necessidade das partes estarem acompanhadas por advogados ou defensores públicos no processo restaurativo, esclarece Saliba (2009), que este não é um ponto pacífico, sendo que alguns defendem ser indispensável para o esclarecimento das partes e garantia de seus direitos, enquanto outros entendem dispensável para manutenção da informalidade.

Explica o autor, que uma posição intermediária seria a mais razoável: caso as partes entendam necessário estar acompanhadas, será permitido, caso não tenham interesse, ela deve ser dispensada.

Visivelmente, esta seria a posição mais adequada a ser adotada, principalmente quando o que está em jogo não são direitos patrimoniais e sim direitos subjetivos, emoções, relacionamentos. Sem falar que a presença de advogado também poderia inibir um dos envolvidos.

Porém, cumpre ressaltar que as partes devem se sentir totalmente à vontade para se fazer acompanhar por advogado, caso isto lhes dê maior segurança.

Como se pode perceber, o modelo penal tradicionalmente imposto precisa ser reformulado, reestruturado, para superar o caráter repressivo e penalizador atualmente aplicados. A justiça restaurativa se propõe a fazê-lo, sem eliminá-lo, através de uma justiça penal moderna, pacificadora e não punitiva, tendo como objetivo a pacificação dos conflitos e amenização dos problemas sociais.

A Resolução 2002/12 da ONU traz os princípios básicos para a utilização de programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através do desenvolvimento deste tema foi possível identificar quais são os meios alternativos de solução de conflitos, especificar e conceituar cada um deles, bem como esclarecer em que situações sua utilização é mais indicada.

A utilização desses meios alternativos, mais precisamente a conciliação e a mediação, mostra-se como nova forma de se encarar o conflito, dando o tratamento necessário e adequado a cada situação conflitante, na busca da pacificação social.

O modelo tradicional de solução de conflitos empregado pelo Poder Judiciário, detentor do monopólio da jurisdição, coloca as partes em um verdadeiro duelo, em lados antagônicos no processo judicial, acirrando o preexistente estado de tensão em que um ganha e o outro perde. Na autocomposição, inverte-se essa lógica, pois o que se tem é o chamado “ganha-ganha”: ambas as partes saem vencedoras.

Foi possível perceber que a sentença judicial, além de se mostrar tardia, muitas vezes não satisfaz nenhuma das partes envolvidas no processo. O Juiz decide a demanda ao proferir a sentença, mas acaba deixando sempre uma situação pendente, pois em todos os casos, aquele que perde a demanda sai com o sentimento de injustiça.

Há que se ressaltar ainda, que a lide é apenas uma parcela do conflito que é levado ao Poder Judiciário; o conflito é muito maior, portanto a resolução da lide nem sempre liquida o conflito social.

Através dos meios alternativos, essa situação se mostra diferente, pois ambos os envolvidos acabam fazendo concessões, participando da desconstrução do conflito e da reconstrução do relacionamento, saindo do processo muito mais satisfeitos do que se tivessem obtido uma solução adjudicada.

Existem situações em que é muito mais indicada a tentativa de acordo, com a ajuda de terceiro para conduzir o diálogo, evitando os desgastes financeiros e emocionais de uma demanda judicial.

Restou demonstrado que esses meios alternativos conferem às partes interessadas o poder de solucionar a controvérsia da maneira que melhor atendam suas necessidades, podendo conferir maior celeridade à prestação jurisdicional, bem como à concretização da dignidade e da autonomia da pessoa humana.

Também ficou demonstrada a importância da recente Resolução nº 125/2010

do Conselho Nacional de Justiça, que regulamentou a implantação dos CEJUSCs, tendo como fundamento a tentativa pré-processual de se buscar a resolução da lide.

A implantação do CEJUSC como uma política pública para a solução adequada dos conflitos é de iniciativa do Poder Judiciário, mas é preciso que a população abarque a ideia, sendo necessário que haja ampla divulgação e conscientização dos seus reais objetivos.

Essa cultura deve ser inserida também nas escolas, onde a mediação escolar seja uma forma de resolução de conflitos internos, entre alunos ou entre professores e alunos.

Foi possível, ainda, conceituar e mostrar a justiça restaurativa como um novo modelo de justiça voltado para as relações prejudicadas por situações de violência, de forma a valorizar a participação da vítima no processo de desconstrução do conflito e revalidação das relações.

Quando se busca a solução de controvérsias e o que se encontra são formas alternativas colocadas à disposição do cidadão, para que possa buscar essa solução de forma mais rápida, justa e eficaz.

É bem verdade que a mediação no Brasil parece “estar na moda”. Mas cabe aos operadores do direito lutar para que, quando a moda passar, ela permaneça como uma instituição madura e amplamente praticada pela sociedade.

## 8. REFERÊNCIAS

AMORIM, Aureliano Albuquerque. *Arbitragem e poder judiciário: o sistema arbitral e o judiciário brasileiro*. Goiânia: UCG, 2009.

BARCELLAR, Roberto Portugal. “Métodos consensuais na forma autocompositiva, sua aplicação no judiciário e as diferenças básicas entre mediação e conciliação”. In: GUNTHER, Luis Eduardo ; PIMPÃO, Rosemarie Diedrichs (coord.). *Conciliação um caminho para a paz social*. Curitiba: Juruá, 2013: p. 229- 238.

BORGES, Thiago (2012). SÃO PAULO, Brasil – *Programas de justiça restaurativa têm contribuído para diminuir a violência em escolas públicas do estado de São Paulo*. Disponível em: <http://infosurhoy.com/cocoon/saii/xhtml/pt/features/saii/features/main/2012/01/17/feature-02>. Acesso em: 17ago2013.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brayant. *Acesso à justiça*. São Paulo: Método, 2008.

CHAVES, Manoel Matos de Araújo. “Comentários à Resolução 125/10 do Conselho Nacional de Justiça: princípios da mediação e mediação processual”. In: GUNTHER, Luis Eduardo; PIMPÃO, Rosemarie Diedrichs (coord.). *Conciliação um caminho para a paz social*. Curitiba: Juruá, 2013: p. 259-278.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral do processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CURI, Juliana Araújo Simão. “O acesso à Justiça no Brasil: a necessidade de advogado, a capacidade econômica dos jurisdicionados e a demora na prestação jurisdicional”. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 3061, 18\_nov.2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20454>>. Acesso em: 29 maio 2013.

FERNANDO, Marcos. *Autotutela, autocomposição e jurisdição*. Disponível em: <http://artigojus.blogspot.com/2011/09/autotutela-autocomposicao-e-jurisdicao.html>. Acesso em: 7jun 2013.

FISHER, Roger, URY, William. *Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões*. Rio de Janeiro: Imago, 1985.

FOUCALT, Michel. *Vigiar e punir*. 28 ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; et all. *A nova ordem das soluções alternativas de conflitos e o Conselho Nacional de Justiça*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GUNTHER, Luiz Eduardo; PIMPÃO, Rosemarie Diedrichs. *Conciliação um caminho para a paz social*. Curitiba: Juruá, 2013.

IWAKURA, Cristiane Rodrigues. “Conciliar é legal?”. *Jus Navigandi*, Teresina, ano

15, n. 2579, 24.jul.2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17035>>. Acesso em: 7abr 2013.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 2 ed. Porto Alegre: Síntese, 1999.

LIMA, Alessandro de Souza. “Projeto oab concilia”. In: SILVEIRA, João José Custódio da; AMORIM, José Roberto Neves (coord.). *A nova ordem das soluções alternativas de conflitos e o Conselho Nacional de Justiça*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013: p. 19-36.

LIMA, Daniela de. *As tutelas de urgência: um contraposto entre a fungibilidade regressiva e a fungibilidade progressiva à luz do parágrafo 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil*. Blumenau, 2006. Disponível em: [http://www.bc.furb.br/docs/MO/2006/312803\\_1\\_1.pdf](http://www.bc.furb.br/docs/MO/2006/312803_1_1.pdf). Acesso em: 7 maio 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3 ed. revista e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.

MAYER, Larissa Affonso. “Métodos alternativos de resolução de conflitos sob a ótica do direito contemporâneo”. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2997, 15.set.2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19994>>. Acesso em: 24 mar. 2013.

MORI, Amaury Haruo. “Princípios gerais aplicáveis aos processos de mediação e de conciliação”. In: GUNTHER, Luis Eduardo ; PIMPÃO, Rosemarie Diedrichs (coord.). *Conciliação um caminho para a paz social*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 165-198.

OLIVEIRA, Francisco Cardoso. “Conciliação e promoção da cidadania: o fim da jurisdição e da justiça?” In: GUNTHER, Luis Eduardo; PIMPÃO, Rosemarie Diedrichs (coord.). *Conciliação um caminho para a paz social*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 149-161.

PORTAL CNJ. *Justiça em números*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 30 maio 2013.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça restaurativa e paradigma punitivo*. Curitiba: Juruá, 2009.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SOUZA NETO, João Baptista de Mello e. *Mediação em Juízo: abordagem prática para obtenção de um acordo justo*. São Paulo: Atlas, 2000.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. “Arbitragem como meio de solução de conflitos no âmbito do Mercosul e a imprescindibilidade da corte comunitária”. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 23, n. 2, p. 15-42, abr./jun.1997.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *10 anos de conciliação no TJSP*. Disponível em: <http://intranet.tjsp.jus.br/Noticias/NoticiaisImprimir.aspx?ID=17942&AlbumId=3811>. Acesso em: 16.ago.2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Precatórios-Portarias*. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Institucional/Depre/Portarias/Default.aspx>. Acesso em: 29set. 2013.

VAZ, Paulo Afonso Brum. *Criar a mentalidade de conciliar leva muito tempo*. Disponível em: [www.tjac.jus.br/noticias/noticia.jsp?texto=12786](http://www.tjac.jus.br/noticias/noticia.jsp?texto=12786). Acesso em 11ago.2013.