

A MOROSIDADE DO JUDICIÁRIO E OS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE PACIFICAÇÃO SOCIAL

HÉLIO DE SOUSA COSTA ¹
HILTON RANKLIN LIMA ²

RESUMO: As dificuldades que surgem durante a busca dos litigantes por um provimento estatal fazem com que os mecanismos alternativos de pacificação social se tornem mais importantes e necessários à efetivação da justiça. Observa-se pela afirmação precedente, que o presente artigo trata das vias paralelas à jurisdição e tem como objetivo precípuo mostrar o valor dos institutos não jurisdicionais, tais como a mediação, conciliação e arbitragem, diante da crise vivenciada pelo poder judiciário, a qual nasceu devido à democratização do acesso à justiça, ao aumento populacional e à falta de uma estrutura suficiente para suportar a grande demanda processual. Para tanto, embasou-se os estudos nos livros de renomados processualistas como, por exemplo, Cândido Rangel Dinamarco, Fredie Didier Jr., Ada Pellegrini, bem como na seara sociológica, através de pesquisas realizadas pelo professor Boaventura de Sousa Santos. Concluiu-se o trabalho afirmando ser necessária uma maior atenção aos mecanismos alternativos de pacificação social, visto que eles podem e devem auxiliar o judiciário em casos de menor complexidade, tornando mais democrático, acessível, rápido e de menor custo o acesso à justiça. Além disso, salientou-se que os legisladores, instituições de ensino e faculdades de direito, assim como os advogados, devem atualizar-se e unir-se às formas paralelas de pacificação, bem como conscientizar a sociedade sobre a existência, relevância e necessidade destas.

PALAVRAS-CHAVE: *Conflito. Jurisdição. Morosidade. Mediação. Conciliação. Arbitragem. Democratização da Justiça.*

THE SLOWNESS OF THE JUDICIARY AND MECHANISMS OF ALTERNATIVE SOCIAL PACIFICATION

ABSTRACT: The difficulties that arise during the search of the litigants by a state provision, make that alternative mechanisms of social pacification become more important and necessary to effect justice. It is observed by the previous assertion that the present paper deals with the parallel pathways to the jurisdiction and has as main objective to show the value of non-judicial institutions, such as mediation, conciliation and arbitration before the crisis experienced by the judiciary, which was born due to the democratization of access to justice, population growth and lack of sufficient support for the procedural great demand structure. To do so, embasou the studies in the books of renowned Processualists eg, Cândido Rangel Dinamarco, Fredie Didier Jr., Ada Pellegrini, as well as sociological harvest, through research conducted by Professor Boaventura de Sousa Santos. To do so, embasou the studies in the books of renowned Processualists eg, Cândido Rangel Dinamarco, Fredie Didier Jr., Ada Pellegrini, as well as sociological harvest, through research conducted by Professor Boaventura de Sousa Santos. It was concluded work claiming greater attention to alternative mechanisms of social pacification be required as they can and should assist the judiciary in cases of lower complexity, becoming more democratic, accessible, fast and low-cost access to justice. Furthermore, it was pointed out that legislators,

¹ Discente do 4º semestre do Curso de Direito da *Faculdade Luciano Feijão*. E-mail: helioscosta@r7.com

² Discente do 4º semestre do Curso de Direito da *Faculdade Luciano Feijão*. E-mail: hiltonrankly@hotmail.com

educational institutions and law schools, as well as lawyers, must update itself and unite to parallel forms of pacification and educate society about the existence, relevance and necessity of these.

KEYWORDS: *Conflict. Jurisdiction. Slowness. Mediation. Conciliation. Arbitration. Democratization of Justice.*

INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata das formas alternativas de resolução de conflitos, que cada vez mais ganham destaque e se fazem necessárias devido à insuficiência e morosidade do judiciário em seus julgados.

Nele será exposto que o conflito é inerente ao ser humano, mas inaceitável ao perturbar a paz social, por isso, é imprescindível que sejam criados mecanismos para saná-lo. Tais mecanismos, conforme veremos, podem ser autônomos, compreendendo a autotutela e autocomposição, e heterônomos, compondo a arbitragem e jurisdição.

Será visto que o Estado detém atualmente o monopólio da pacificação social, ao tomar o espaço que era assumido preteritamente pela justiça privada, mas que, no entanto, não está suportando a grande demanda processual. Sendo assim, para suprir essa deficiência, torna-se mister que o Estado abra mão de certas prerrogativas para atribuir mais espaço aos meios alternativos, minimizando o da jurisdição.

É objetivo deste trabalho apresentar a importância de tais meios para um Estado democrático de direito, visto que contribuiria e muito para o acesso à justiça, à celeridade processual, à diminuição dos custos processuais, dentre outros benefícios. Não é nosso objetivo, entretanto, causar o distanciamento do Estado/Juiz da prestação jurisdicional, mas sim expor que a jurisdição se tornaria mais efetiva ao atuar somente em casos extremamente importantes, impactantes e complexos, bem como nas disposições constitucionais referentes a direitos indisponíveis, que não devem jamais deixar de passar pela apreciação do judiciário.

CONFLITO

O conflito constitui algo natural do ser humano que vive em sociedade. Afinal, todos os indivíduos buscam incessantemente realizar suas paixões e desejos, contudo, o número de bens disponíveis é limitado, tornando impossível o favorecimento de todos aqueles que os querem. Desse modo, o conflito de interesses é inevitável, sendo um

grande vilão da paz e desestabilizador da sociedade. Sobre a escassez de bens e o conflito de interesses, Dorfmann (1989, p.13) assevera que

Estes interesses são representados por bens da vida, consubstanciados em pretensões, desejos, paixões... porém, como é sabido, se os bens postos à disposição do homem são limitados, a tal ponto que, quando dois ou mais indivíduos manifestam interesse por um único bem, brota fatalmente o conflito de interesses.

Muito embora o conflito faça parte da natureza humana, não significa que o homem deva estar submetido a ele, deixando de procurar meios para reduzi-lo ou eliminá-lo. Pelo contrário, buscar a solução para os litígios existentes no meio social mostra que a humanidade está numa constante busca pela harmonia e paz.

Antônio Hélio Silva (2008, p. 20) sobre o assunto diz que

O conflito, assim concebido, é algo que tem a potencialidade de impulsionar o ser humano, pois cada conflito resolvido (pacificamente resolvido) configura-se como um passo a frente, que enseja o passo seguinte e outro e outro... Sempre com crescimento pessoal e em direção à paz e à harmonia, que são anseios de todos.

Nesse anseio pela harmonia, o homem, ao logo do tempo, desenvolveu mecanismos para resolver seus problemas. De certo, alguns dos meios utilizados, aos olhos da sociedade contemporânea, eram bastante injustos e não proporcionavam aos litigantes uma justiça adequada e organizada. No entanto, não podemos julgar os métodos utilizados em outrora por meio dos que possuímos hoje e de nossa realidade sócio-jurídica, visto que a sociedade está em constante transformação. O que podemos fazer é estudar e analisar tais métodos minuciosamente, buscando evitá-los ou aprimorá-los.

MÉTODOS AUTÔNOMOS E HETERÔNOMOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Como já analisado, o conflito é algo inerente ao ser humano. Destarte, para que se possa viver harmonicamente em sociedade, é imprescindível haver métodos eficazes para a solução dos conflitos oriundos das relações interindividuais.

Tais métodos ou técnicas de solução podem ocorrer de duas perspectivas distintas: autônoma e heterônoma. A primeira prescinde da intervenção de um terceiro imparcial para a solução da lide e compreende a autotutela e a autocomposição. Nestas, as partes utilizam a própria força ou simplesmente renunciam total ou parcialmente suas pretensões. Já a segunda, a heterônoma, a intervenção de um terceiro imparcial na

liquidação da lide é imprescindível, podendo ser o Estado, quando exerce a sua função jurisdicional, ou as próprias partes, quando espontaneamente convencionam submeter suas lides à arbitragem.

AUTOTUTELA

Em tempos primitivos, inexistia o Estado do modo como se conhece hoje, com soberania, autoridade e força para, de forma imparcial, resolver os conflitos entre os indivíduos. Dessa maneira, o homem recorria à força ou à astúcia para realizar suas pretensões e desejos. Ou seja, as divergências eram solucionadas através da coerção física, sem a interferência de um terceiro neutro.

Sobre a autotutela, Grinover (2000, p. 21) destaca que

Nas fases primitivas da civilização dos povos, inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares: por isso, não só inexistia um órgão estatal que, com soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do direito, como ainda não havia sequer as leis (normas gerais e abstratas impostas pelo Estado aos particulares). Assim quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão.

Com o surgimento e fortalecimento do Estado, a autotutela começou a ser esquecida e novos mecanismos foram elaborados. À luz do ordenamento jurídico brasileiro atual, ela não encontra mais respaldo, salvo raras exceções como na legítima defesa, estado de necessidade, prisão em flagrante e greve. De forma sucinta, a autotutela é prevista apenas para situações específicas em que o Estado não pode estar presente e proteger os direitos dos indivíduos, devendo estes, obedecendo os limites da lei, fazê-la.

Preceitua o Código Penal Brasileiro de 1940:

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.

AUTOCOMPOSIÇÃO

Na autocomposição, os conflitos são resolvidos de maneira diversa da autotutela, visto que o homem deixa de recorrer à força para efetivar suas aspirações, abrindo, desse modo, caminho para a oratória e ao diálogo. A principal característica desse método é que as partes convencionam entre si a solução adequada.

Nas palavras de José de Albuquerque Rocha (2009, p.13), a autocomposição “É modo de tratamento dos conflitos em que a decisão resulta das partes, obtida através de meios persuasivos e consensuais, residindo nisso, sua diferença da autotutela, em que a decisão é imposta por uma das partes.”

A autocomposição divide-se em três formas, a saber: desistência, quando uma das partes, ou ambas, renunciam à pretensão por completo ou apenas de uma parte dela; submissão, quando uma das partes percebe que a outra tem direito à pretensão e cede esta a ela; por fim a transação, quando as partes solucionam o litígio por meio de concessões recíprocas.

Com base no exposto no parágrafo anterior, nota-se que a autocomposição pode ter sua origem de forma unilateral ou bilateral. Rocha (1999, p.13) sobre o assunto diz que “(...) são exemplos de autocomposição unilateral a renúncia a direito, o reconhecimento do pedido etc. São exemplos de autocomposição bilateral a conciliação, a mediação, a negociação etc.”. Ao observar os exemplos citados, percebe-se que a autocomposição é ainda utilizada nos dias atuais como meio alternativo de pacificação social, bem como a autotutela em casos raros na proteção de direitos.

ARBITRAGEM

Em páginas seguintes será abordada a arbitragem, por isso, nesse tópico, empreende-se o esforço de reconstituir, de maneira objetiva, apenas uma introdução a respeito da mesma.

A arbitragem surge quando as partes, por meio da cláusula compromissória, convencionam entre si que na ocorrência de algum conflito, árbitros imparciais e independentes terão de resolvê-lo. Esse instituto é essencialmente privado e deve tratar apenas de situações de caráter patrimonial, não cabendo a questões personalíssimas.

Após uma grande discussão a respeito de sua constitucionalidade no Brasil, por sete votos a quatro, foi declarado pelo STF (Supremo Tribunal Federal) que a arbitragem

em nenhum de seus dispositivos fere o Art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), visto que ela se trata de mera disposição contratual que buscará a solução de eventuais e futuros conflitos entre as partes, não significando renúncia a jurisdição que, por exemplo, poderá ser acionada em caso de descumprimento da sentença arbitral.

Sobre a constitucionalidade da Lei da Arbitragem (9.307/96) decide o STF:

Concluído o julgamento de agravo regimental em sentença estrangeira em que se discutia incidentalmente a constitucionalidade da Lei 9.307/96 - Lei de Arbitragem (v. Informativos 71, 211, 221 e 226). O Tribunal, por maioria, declarou constitucional a Lei 9.307/96, por considerar que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória no momento da celebração do contrato e a permissão dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar compromisso não ofendem o art. 5º, XXXV, da CF (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”). Vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, relator, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves, que, ao tempo em que emprestavam validade constitucional ao compromisso arbitral quando as partes de uma lide atual renunciavam à via judicial e escolhem a alternativa da arbitragem para a solução do litígio, entendiam inconstitucionais a prévia manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória - dada a indeterminação de seu objeto - e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam, por violação ao princípio do livre acesso ao Poder Judiciário, a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos da Lei 9.307/96: 1) o parágrafo único do art. 6º; 2) o art. 7º e seus parágrafos; 3) no art. 41, as novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do Código de Processo Civil; 4) e do art. 42. O Tribunal, por unanimidade, proveu o agravo regimental para homologar a sentença arbitral. SE 5.206-Espanha (AgRg), rel. Min. Sepúlveda Pertence, 12.12.2001.(SE-5206).

JURISDIÇÃO

Até o presente momento, foi tratado apenas de meios alternativos de pacificação social, os quais devem agir ao lado da função jurisdicional. A seguir, a análise sucinta do poder judiciário, que consiste em uma das três funções do Estado. Este, que surgiu após um longo processo histórico, das sociedades primitivas às complexas, tem o papel de elaborar as leis, executá-las e, além disso, de administrar os interesses da coletividade.

Conforme pontua Fredie Didier Jr. (2007, p. 65), “a jurisdição pode ser conceituada como a realização do direito em uma situação concreta, por meio de terceiro

imparcial, de modo criativo e autoritativo.” Ou seja, o judiciário, através do juiz, tem o escopo de resolver os conflitos entre os indivíduos, utilizando-se da coerção, sendo exercida de forma organizada e proporcional para dar a pretensão a quem realmente tem razão.

Ainda sobre o conceito de jurisdição, Cândido Rangel Dinamarco (2009, p.315) a descreve como “função exercida pelo Estado através de agentes adequados (os juízes), com vista à solução imperativa de conflitos interindividuais ou supra-individuais e aos demais escopos do sistema processual”. Quando o doutrinador fala em imperatividade, o mesmo se refere ao poder que o Estado possui perante aos litigantes, que estão subordinados a ele. Isso quer dizer, por exemplo, que a decisão judicial transitada em julgado deve ser cumprida pela parte sem razão, sob pena de sofrer sanções até obedecê-la.

Além dessa característica (imperatividade), a jurisdição possui algumas outras muito interessantes, vejamos: a) Unidade: a jurisdição, como atividade exclusiva do poder judiciário, é apenas uma, sendo os órgãos criados apenas para manter a organização e facilitar o acesso à justiça; b) Substitutividade: conforme vimos antes, em princípio a regra era resolver os conflitos por meio da autotutela, mas a sociedade foi evoluindo sua consciência jurídica e a autotutela passou a ser proibida. A jurisdição surgiu para substituí-la. Nesse sentido, a jurisdição (Estado) exerce hoje o que era encarregado à justiça privada, por isso o caráter de substitutividade; c) Imparcialidade: para que o processo instaurado seja válido e justo faz-se necessário que o terceiro imparcial, no caso o juiz, atue sem tender para nenhuma das partes em conflito. Caso isso não aconteça, o magistrado poderá ser submetido ao impedimento ou suspeição e deixará de julgar o caso; d) Inércia Inicial: o Estado-Juiz deve necessariamente ser provocado para prestar a tutela jurisdicional, não podendo agir de *ex officio*. Tal disposição é estabelecida no Art. 2º do Código de Processo Civil, segundo o qual “nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais”; e) Secundariedade: a regra é que o direito aconteça espontaneamente, sem a presença ou atuação da jurisdição e somente quando o direito de alguém for lesado, é que ela deve ser acionada. No caso, em segundo plano, como soldado de reserva.

Muito embora exista a jurisdição para resolver os conflitos de interesses presentes na sociedade, de nada adiantaria sua existência se faltasse os meios apropriados para

exercê-la. É por isso que existe o processo e o procedimento. O primeiro nada mais é do que o método pelo qual se opera a jurisdição, com o objetivo de solucionar os litígios no caso concreto. Já o segundo consiste das várias etapas que devem ser seguidas e obedecidas por aqueles que por meio do processo utilizam a jurisdição.

Sobre processo e procedimento, Rocha assevera que

Por conseguinte, o processo é a série de operações praticadas pelos órgãos judiciários, com a necessária participação das partes, tendentes a realizar os direitos no caso concreto e em última instância, ou seja, tendentes a cumprir a função jurisdicional. Se o processo é uma realidade material, consistente numa cadeia de atos, que tem em vista a produção de um efeito jurídico final, se é atuação ou conduta repetida, o procedimento é justamente o conjunto de normas que disciplinam essa conduta ou atuação repetida de atos em que consiste o processo. Em outras palavras, o procedimento é o conjunto de normas que estabelecem as condutas a serem observadas no desenvolvimento da atividade processual pelos sujeitos do processo (...). (ROCHA, 2009, p.185-186)

FUNÇÃO JURISDICIONAL E SUA MOROSIDADE

O Estado exerce quase o monopólio da função pacificadora social, uma vez que a autotutela é considerada crime, salvo exceções, a autocomposição não é devidamente estimulada, e, a arbitragem, apesar de ser muito aplicada no plano internacional, é pouco conhecida no Brasil, no que diz respeito à solução de litígios interindividuais nacionais.

Não obstante, esse quadro tende a mudar. Pois o que se percebe é que o Estado não tem tido sucesso em sua missão de pôr fim aos conflitos através da sua função jurisdicional, com a instauração do processo, repleto de formalidades e burocracia. Sendo assim, para que o processo possa concretizar o direito material, deve-se atentar a um conjunto de garantias processuais, que muitas vezes dilatam seu tempo de duração, como bem preleciona Grinover (2008, p. 32):

O processo é necessariamente formal, porque as suas formas constituem o modo pelo qual as partes têm a garantia de legalidade e imparcialidade no exercício da jurisdição. No processo as partes têm o direito de participar intensamente, pedindo, requerendo, respondendo, impugnando, provando, recorrendo; a garantia constitucional do contraditório inclui também o direito das partes ao diálogo com o juiz, sendo este obrigado participar mais ou menos intensamente do processo, decidindo sobre pedidos e requerimentos das partes, tomando iniciativa da prova em certa medida, fundamentando suas decisões.

O professor português Boaventura de Souza Santos (2007, p. 43), afirma que existem duas formas de morosidade: uma ativa e outra sistemática. Segundo ele a primeira consiste na interposição, por parte dos operadores concretos do sistema judicial, de obstáculos para impedir que a sequência normal dos procedimentos para o desfecho do caso. Já a segunda, diz respeito às próprias normas contidas no Código de Processo Civil, a qual pode ser resolvida através da adoção de novos procedimentos.

Como visto precedentemente, a efetivação das garantias processuais demanda muito tempo, tornando a função jurisdicional morosa na concretização do direito material. Além desse, existem outros fatores que também contribuíram ou contribuem para a lentidão jurisdicional, a saber: democratização do acesso à justiça e a conscientização dos cidadãos de seus direitos, acentuadas com a Carta Magna de 1988, fazendo com que a quantidade de processos tramitando à espera de uma resposta definitiva do Estado aumentasse significativamente, acarretando um déficit jurisdicional, pois a quantidade de demanda que chega ao poder judiciário multiplicou-se em relação à quantidade de processos que efetiva o direito material; e, outro fator, a inadequada estrutura que dispõe o Poder Judiciário para o exercício de sua função, não sendo mais condizente com a realidade vivenciada, pois as demandas processuais aumentaram e a quantidade de juízes e funcionários fica cada dia mais insuficiente.

Todos esses problemas, dentre outros, direcionam os doutrinadores processuais a pensar novos meios alternativos e facilitadores do acesso à justiça, cujo enfoque é fomentar a desformalização (objetivando a celeridade processual), a redução de custos (democratizando o acesso à justiça) e a delegalização (ampla liberdade nas soluções não jurisdicionais).

Os mecanismos alternativos, os quais serão discutidos em tópicos seguintes, constituem apenas uma ferramenta a ser utilizada em prol da redução da demanda e do aumento da celeridade processual, não significando que somente eles serão capazes de proporcionar efetivamente os efeitos supramencionados, visto que o judiciário deve atualizar-se às novas tecnologias, como a internet, e adaptar sua estrutura à nova realidade. Os códigos processuais, por sua vez, têm de ser atualizados e os legisladores precisam promover uma reformulação no sistema recursal, pois o exagero de recursos prolonga de forma significativa o julgamento definitivo da demanda. Como observa-se, são vários os fatores que exercem influência no aprimoramento da prestação jurisdicional.

Estes, unidos com as vias alternativas, caminham para uma atuação efetiva do Poder Judiciário.

MECANISMOS FACILITADORES DO ACESSO À JUSTIÇA

Hoje, o brasileiro tem a cultura de levar todo e qualquer litígio ao poder judiciário. Quando se fala em justiça, a primeira ideia que sobrevém é a busca pelo provimento estatal. E o corolário disso é uma quantidade absurda de processos aguardando resposta, como bem mostra uma reportagem da revista Extra, a qual afirma que

A quantidade de processos que aguardam julgamento nos tribunais de todo o país aumentou 4,3% em 2012, com relação ao ano anterior. No ano passado, havia 92,2 milhões de ações em tramitação. Em 2011, eram 88,4 milhões. A taxa de congestionamento total do Judiciário em 2012 foi de 70,9%, ou seja, de 100 processos que tramitaram no ano, cerca de 30 foram concluídos. O índice é praticamente o mesmo do ano anterior, de 69,9%³.

Como foi visto em epígrafe, a quantidade de processos em tramitação tem tornado a função jurisdicional muito morosa, dando margem ao surgimento de meios alternativos de pacificação social. Ora, é válido advertir que existe uma verdadeira pluralidade jurídica relativa à solução dos conflitos, sendo a função jurisdicional apenas a ponta do *iceberg* de tantos outros meios. O próprio pesquisador português Boaventura de Sousa Santos (*apud* ASSIS; KÜMPEL. 2011, p. 50-53) fala sobre algumas formas paralelas de acesso à justiça, como, por exemplo, o “direito da comunidade”, que é uma forma de acesso à justiça das populações mais carentes das favelas do Rio de Janeiro, onde são formados pequenos tribunais sociais que tratam sobre as mais variadas questões, dentre elas: problemas envolvendo famílias, consumidores, pequenos delitos etc. Tais tribunais, que se valem do bom-senso e dos bons costumes, são formados por juízes leigos eleitos pelos integrantes da própria comunidade, os quais decidem com base na equidade. Vale lembrar ainda, que o procedimento utilizado é extremamente informal e, muitas vezes, a sentença é oral, sendo desnecessário até que as partes sejam representadas por advogados.

³ EXTRA ONLINE. Número de processos judiciais aumentou 4,3% em 2012, em relação ao ano anterior. Disponível em: <<http://extra.globo.com/noticias/brasil/numero-de-processos-judiciais-aumentou-43-em-2012-em-relacao-ao-ano-anterior-10366168.html>>. Acesso em: 03 fev. 2014.

Enfim, esse tipo de direito, denominado pelo pesquisador português como direito da comunidade, é apenas uma das vias não jurisdicionais de acesso à justiça, que demonstra ser mais eficaz não apenas porque é célere ou gratuita, mas, sobretudo, porque as pessoas que estão envolvidas utilizam a ideia do que é justo para se chegar a um acordo antes que o conflito chegue ao poder judiciário. Nesse sentido, buscar provimento estatal sem atentar-se primeiramente a uma solução não jurisdicional (leia-se acordo) é um desperdício do senso comum de justiça.

O Estado-Juiz deve atuar preferivelmente em casos que exijam uma maior ponderação, em situações que o conhecimento vindo da experiência não seja capaz de solucionar, pois são inúmeras as situações em que o senso comum de justiça se demonstra ser suficiente para solucionar os conflitos, sem a necessidade da intervenção estatal.

No Brasil, além do direito da comunidade apresentado por Santos, os meios alternativos se dão, sobremaneira, pelo exercício da conciliação, mediação e arbitragem, conforme analisaremos a seguir.

MEDIAÇÃO

A mediação, uma espécie da autocomposição, consiste em um meio alternativo de acesso à justiça que tem como instrumento o diálogo e o respeito recíproco entre os litigantes. Aqui, uma ou ambas as partes devem abrir mão de parcela ou da totalidade de seu interesse a fim de chegar-se à paz.

Sobre a mediação assinala com precisão Rodrigues Júnior (2006, p. 85) ao dizer que

A mediação é um processo informal de resolução de conflitos, em que um terceiro, imparcial e neutro, sem o poder de decisão, assiste às partes, para que a comunicação seja estabelecida e os interesses preservados, visando ao estabelecimento de um acordo. Na verdade, na mediação, as partes são guiadas por um terceiro (mediador) que não influenciará no resultado final. O mediador, sem decidir ou influenciar na decisão das partes, ajuda na identificação e articulação das questões essenciais que devem ser resolvidas durante o processo.

O mediador, isto é, o terceiro imparcial desse mecanismo, tenta fazer o máximo para que as partes, através do diálogo cooperativo, cheguem à solução do conflito existente. Entretanto, é imprescindível apontar que o papel do mediador na situação concreta consiste meramente em ajudar e auxiliar as partes que, por si sós, devem entrar

em acordo, isto é, sem interferência real do mediador, o qual não decide e nem impõe decisão.

Antônio Hélio Silva (2008, p. 25) sobre a mediação e a atuação do mediador prescreve o seguinte:

Entendo que a mediação é uma forma mais sofisticada de se chegar ao acordo, pois nela pode haver a oitiva das partes separadamente e outras diligências prévias. As partes são conduzidas a realizar os seus acordos, sem que haja uma interferência real do conciliador, demonstrando que a solução da controvérsia será sempre das partes.

Nos conflitos que tratam sobre direitos familiares, como na disputa de guarda, regulamentação de visitas ou até mesmo em pensão, a mediação demonstra o seu grau de importância, pois eles (conflitos) exigem que haja um acordo entre as próprias partes e não pela imposição de outrem. Essa inversão facilita o aprimoramento das relações humanas, como bem diz Antônio H. Silva (2008, p. 25):

A mediação, além do acordo, visa também à melhora da relação entre as partes envolvidas. Uma parte poderia, por exemplo, se sentir aliviada, satisfeita ou reconhecida, tanto pela sua condição, quanto pela condição da outra parte. Isso permitiria uma maior empatia e, conseqüentemente, maior facilidade na reconstrução das relações humanas.

CONCILIAÇÃO

Muitos autores sentem dificuldades ao abordar os institutos mediação e conciliação, por parecerem mecanismos iguais. Cabe aqui, todavia, apresentar a diferença entre ambos.

A conciliação e mediação são semelhantes no que diz respeito serem meios extrajudiciais de pacificação social e realizados por terceiro imparcial, mas divergem-se entre si na função atribuída a este. Na primeira, o conciliador buscará chegar à solução interagindo com as partes e sugerindo, após uma análise das vantagens e desvantagens, um possível acordo. Já na segunda, ao contrário, o mediador orienta as partes para a solução da controvérsia, mas sem suggestionar o acordo. Eis a diferença, conforme é sustentada por Lília Maria de Moraes Sales (2004, p. 38) quando diz:

A conciliação é uma forma consensual de resolução de conflitos semelhante à mediação, porém não se pode confundi-las, especialmente na cultura do povo brasileiro. (...) A diferença fundamental entre a

mediação e a conciliação reside no conteúdo de cada instituto. Na conciliação o objeto é o acordo, ou seja, as partes, mesmo adversárias, devem chegar a um acordo para evitar um processo judicial. Na mediação as partes não devem ser entendidas como adversárias e o acordo é consequência da real comunicação entre as partes. Na conciliação o mediador sugere, interfere, aconselha. Na mediação, o mediador facilita a comunicação, sem induzir as partes ao acordo.

Por meio do exposto, já se pode formular o conceito de conciliação, que nada mais é do que uma forma de resolução de conflitos administrada pelo conciliador, o qual induz as partes ao acordo, a fim de extinguir parcial ou integralmente o processo judicial.

No Brasil, a conciliação tem recebido expressiva atenção pelo ordenamento jurídico, visto que, por exemplo, é obrigatória em audiências trabalhistas, sendo realizada sob a direção do próprio juiz, nos termos dos Art. 846, 847 e 850 da CLT. Além disso, reforçando ainda mais o valor desse instituto, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) criou o Dia Nacional da Conciliação que é celebrado em todo país no dia 08 de dezembro, momento em que os juízes e tribunais fazem um mutirão em prol da conciliação. Tal órgão, no dia 27 de agosto de 2010, lançou o prêmio Conciliar é Legal, como forma de incentivo à prática constante do mecanismo alternativo ora estudado.

ARBITRAGEM

A princípio, na arbitragem, que era regulamentada pelo Código Civil e pelo Código de Processo Civil, as partes escolhiam os árbitros que iriam julgar suas lides, mas as decisões proferidas por eles, para serem validadas, estavam sujeitas à homologação do poder judiciário. Isso mostra que, no início, a arbitragem não passava de um desdobramento da atividade jurisdicional, não sendo um meio alternativo de acesso à justiça, já que toda sentença arbitral descambava sempre no poder judiciário. Mas, como foi dito anteriormente, a quantidade de processos, a morosidade do Estado na prestação jurisdicional, fez com que o legislador repensasse a arbitragem no Brasil. Dessa forma, foi elaborada a Lei 9.307/96 que conferiu os mesmo efeitos da sentença judicial à sentença arbitral. Assim, a arbitragem passou a ser uma via alternativa de acesso à justiça.

Uma das características da lei supramencionada é a livre autonomia privada atribuída às partes na escolha do juízo arbitral, ou seja, elas têm plena liberdade, sob pena de vício formal, de submeter ou não suas lides à arbitragem. A livre escolha desta se dá “mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o

compromisso arbitral” (art.3º, Lei 9.307/96). O compromisso arbitral é uma convenção de arbitragem firmada para submeter conflitos ora existentes ao juízo arbitral. Já a cláusula compromissória pode ser prevista num contrato, garantindo que os futuros conflitos oriundos daquele negócio jurídico sejam submetidos à arbitragem.

É válido lembrar que somente os direitos disponíveis podem ser levados à arbitragem, não cabendo a ela aqueles direitos personalíssimos. E, quanto às partes, elas podem ser pessoas físicas ou jurídicas, sendo que as pessoas físicas deverão ter a plena aptidão de ser titular de direitos e deveres na ordem civil, de modo que o incapaz, mesmo que devidamente representado, não possa submeter-se à arbitragem. No tocante às pessoas jurídicas, em regra, só poderão se submeter à lei em questão aquelas de direito privado.

Frise-se ainda, que a arbitragem pode ser de direito ou de equidade. Diz-se de direito quando o árbitro se vale do ordenamento jurídico brasileiro para fundamentar sua decisão. E de equidade quando o árbitro fundamenta sua decisão de acordo com os princípios gerais do direito, os usos ou os costumes.

A decisão do árbitro, quando a arbitragem ainda era regulada pelo Código Civil e Código de Processo Civil, era considerada um mero laudo a ser homologado pelo juiz para ter validade. Com o surgimento daquela nova lei (9.307/96), de laudo passou a ser chamado de sentença arbitral, produzindo os mesmos efeitos das decisões do poder judiciário, atribuindo, principalmente, o caráter de imutabilidade, pois as decisões arbitrais não são suscetíveis à mudança, salvo se houver vícios formais no procedimento arbitral. Cabe lembrar também que, caso a parte vencida não cumpra a sentença arbitral voluntariamente, é possível a execução junto ao poder judiciário, tendo em vista que a arbitragem é destituída de coação, para garantir a segurança jurídica.

CONCLUSÃO

Conclui-se este trabalho afirmando que o acesso à justiça não se dá apenas pela via judicial, pois há uma pluralidade de meios que por vezes demonstram ser mais eficazes do que a própria jurisdição, como é o caso da conciliação nas questões de direitos de família.

Embora que ainda timidamente, esses novos meios vêm ganhando mais espaço na sociedade, de modo que o monopólio do Estado na solução dos conflitos tende a reduzir-se, conforme o passar do tempo. Indubitavelmente, os fatores que exercem forte influência para essa redução seriam a desformalização, a proximidade com a comunidade, a redução de custos e a celeridade dos mecanismos facilitadores.

É válido ressaltar que o senso comum de justiça é muito utilizado nesses meios alternativos, haja vista que o árbitro, o conciliador ou o mediador não precisam ter o conhecimento técnico sobre o Direito, ou seja, podem ser pessoas leigas que em busca de solucionar as controvérsias valem-se, sobretudo, da ideia do que é justo ou injusto, no caso concreto.

De certo, a sociedade está em constante transformação e, por isso, a legislação deve ficar atenta e acompanhar essa mudança para promover a maior eficácia de suas disposições. Por sua vez, as instituições de ensino, principalmente as faculdades de direito, diante da realidade vivenciada, também devem se atualizar, passando a adequar suas grades curriculares à nova situação e estimular os discentes a imaginar o conflito não apenas como algo de ordem judicial, mas sim de ordem social, que muitas vezes não necessita da interferência do Estado para sua solução.

No mais, acredita-se que devam ser realizadas campanhas com o objetivo de conscientizar a sociedade sobre a existência, relevância e necessidade dos mecanismos alternativos, tendo em vista haver no Brasil a cultura de levar o litígio, embora que pequeno e simples, somente ao judiciário, não tentando, antes disso, dialogar com o “adversário” buscando resolver a questão de forma amigável, como deveria ser.

Cabe acrescentar, entretanto, que a mediação, conciliação e arbitragem são meios complementares à jurisdição, nunca devendo, portanto, suprir a prestação jurisdicional, que possui características e fundamentos próprios. De fato, as vias alternativas devem ter sua atuação limitada, pois não podem, por exemplo, se adequar a todos os litígios existentes no meio social.

Os advogados, contudo, seres indispensáveis à administração da justiça (Art. 133 da Carta Magna de 1988), devem adaptar-se e unir-se a esses mecanismos e observar as potencialidades dos mesmos, não se preocupando, entretanto, somente com os honorários advocatícios. Conforme diz Luiz Guilherme Marques, juiz de direito da 2ª Vara Cível de Juiz de Fora – MG, grande e inestimável advogado é aquele que coloca seus clientes

acima de seus interesses econômicos e guia-os aos mecanismos auxiliares da jurisdição, caso seja necessário e mais adequado. Afinal, numa causa, os maiores satisfeitos devem ser seus clientes e não *a contrario sensu*.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Olney Queiroz; KÜMPEL, Vitor Frederico. **Antropologia Jurídica**. 1ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 07 fev. 2014.

DIDIER Jr., Fredie. **Teoria geral do processo**. Vol. I. Salvador: Podivm, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6ª.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DORFMAM, Fernando Noal. **As pequenas causas no judiciário**. 1ª.ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1989.

EXTRA ONLINE. **Número de processos judiciais aumentou 4,3% em 2012, em relação ao ano anterior**. Disponível em: <<http://extra.globo.com/noticias/brasil/numero-de-processos-judiciais-aumentou-43-em-2012-em-relacao-ao-ano-anterior-10366168.html>>. Acesso em: 03 fev. 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Teoria geral do processo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Teoria geral do processo**. 24ª.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

JUNIOR, Walsir Edson Rodrigues. **A prática da mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SILVA, Antônio Hélio. Arbitragem, Mediação e Conciliação. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Mediação, arbitragem e conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, v. 7. p. 17-38, 2008.

NUNES, Elpídio Donizetti. **Curso didático de direito processual civil**. 5ª.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Teoria Geral do Processo**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SALES, Lília Maria de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004 .

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Juízo Arbitral: Constitucionalidade**. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo254.htm#JuízoArbitral:Constitucionalidade>. Acesso em: 13 fev. 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **A conciliação sob a ótica dos ortodoxos e dos heterodoxos**. Disponível em:

http://www8.tjmg.jus.br/jesp/jurisprudencia_doutrina/doutrina_005.html. Acesso em: 18 fev. 2014.