

Conciliação e mediação pelo foro extrajudicial: critérios e possibilidades
Conciliation and mediation by extrajudicial forum: criteria and possibilities
Conciliación y mediación por foro extrajudicial: criterios y posibilidades

Recebido: 06/10/2020 | Revisado: 09/10/2020 | Aceito: 11/10/2020 | Publicado: 12/10/2020

Kelly Cardoso

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0216-9809>

Universidade Paranaense, Brasil

E-mail: servjuskelly@gmail.com

Celso Hiroshi Iocohama

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0686-0330>

Universidade Paranaense, Brasil

E-mail: celso@prof.unipar.br

Thiago Mattos de Oliveira

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4370-9741>

Universidade Paranaense, Brasil

E-mail: th.oliveira.adv@hotmail.com

Resumo

O presente trabalho aborda algumas mudanças legislativas, bem como, normativas do Conselho Nacional de Justiça que incentivam a realização de resolução de conflitos por meios alternativos, como a conciliação e a mediação, pela via extrajudicial. O monopólio do Poder Judiciário para a solução de conflitos já não atende mais a excessiva demanda processual, tornando a desjudicialização um meio viável para atender aos anseios sociais. A realização da conciliação e da mediação pelo foro extrajudicial mantém a concretização do princípio do acesso à justiça, de forma célere e econômica. Entretanto, além de mudanças legislativas, é mister uma mudança comportamental dos interessados, para que a via extrajudicial tenha real aplicabilidade e efeitos satisfativos.

Palavras-chave: Conciliação; Mediação; Desjudicialização; Extrajudicial; Meios alternativos de resolução de conflitos.

Abstract

The present work approaches some legislative changes, as well as regulations of the National Council of Justice that encourage the resolution of conflicts by alternative means, such as conciliation and mediation, through extrajudicial means. The monopoly of the Judiciary Power for the solution of conflicts no longer attends to excessive procedural demand, making the adjudication a viable means to attend to the social anxieties. The realization of conciliation and mediation by the extrajudicial forum maintains the principle of access to justice, in a fast and economic way. However, in addition to legislative changes, it is necessary to change the behavior of the interested parties, so that the extrajudicial route has real applicability and satisfactory effects.

Key words: Conciliation; Mediation; Disjudicialization; Extrajudicial; Alternative means of conflict resolution.

Resumen

El presente trabajo aborda algunos cambios legislativos, así como, normas del Consejo Nacional de Justicia que incentivan la resolución de conflictos por vías alternativas, como la conciliación y mediación, por vía extrajudicial. El monopolio del Poder Judicial para la resolución de conflictos ya no atiende a la excesiva demanda procesal, haciendo de la desjudicialización una vía viable para atender las preocupaciones sociales. La conducción de la conciliación y mediación por el foro extrajudicial mantiene el principio de acceso a la justicia de manera rápida y económica. Sin embargo, además de los cambios legislativos, existe la necesidad de un cambio de comportamiento de las partes interesadas, para que la vía extrajudicial tenga aplicabilidad real y efectos satisfactorios.

Palavras clave: Conciliación; Mediación; Desjudicialización; Extrajudicial; Medios alternativos de resolución de conflictos.

1. Introdução

O Código de Processo Civil propugna por um novo viés diverso do litígio que envolve uma paridade de “armas” no seu contexto de embate entre as partes, mas pela busca da resolução por intermédio do auxílio das próprias partes. Presente o devido processo legal, entretanto sem o embate, as partes podem se utilizar de meios alternativos para obter a resolução almejada.

Mediante métodos como a conciliação, a mediação, a arbitragem, as partes podem resolver seus impasses cumprindo o propósito dos princípios constitucionais do acesso à justiça e da duração razoável do processo.

Em meio à concretização do princípio constitucional do acesso à justiça, o Poder Judiciário acabou assoberbado de ações, que podem ter uma solução adequada sem a necessária participação do Estado-juiz.

A alteração legislativa intenta uma mudança não meramente processual, mesmo porque meios alternativos já existiam, mas também e principalmente cultural de cidadãos que têm seu direito de provocar o Judiciário na busca da tutela jurisdicional dentro de um prazo adequado. Eis que o próprio § 3º, do art. 3º, do Código Processual Civil, estimula a promoção de resoluções consensuais por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público. Ademais, os meios alternativos podem ser realizados por outros órgãos públicos ou particulares.

O intuito do presente trabalho é tratar especificamente dos métodos de mediação e conciliação, não só abarcados pela legislação processual, mas também sua aplicabilidade extrajudicial incentivada pelo Conselho Nacional de Justiça mediante a publicação do Provimento nº 67 em 23/03/2018.

Assim, em decorrência do monopólio do Poder Judiciário e conseqüente sobrecarga de processos, os meios alternativos aplicados extrajudicialmente, como forma de desjudicializar conflitos, podem promover resultados efetivos por uma ordem jurídica justa.

Entretanto, a previsibilidade legislativa pode servir como propulsor para uma mudança comportamental das partes e interessados, ou seja, aderir a resolução consensual extrajudicial de conflitos diversamente da resolução judicial, como forma segura e satisfativa de garantir o direito.

Portanto, a mudança comportamental, mais que legislativa, se faz necessária para que o cidadão conheça e efetivamente usufrua de outras formas de resolução de conflitos sem, contudo, buscar apenas o Poder Judiciário já assoberbado e impossibilitado por questões diversas a cumprir a tutela em tempo hábil.

2. Metodologia

A análise da pesquisa parte do método dedutivo, ou seja, explicar o conteúdo das premissas (Marconi & Lakatos, 2003, p. 92) logicamente construídas e verdadeiras, pois embasadas na legislação e na doutrina, das quais se revisa para a construção argumentativa.

Entretanto, como bem afirma Galuppo (2008, p.112), “É preciso dizer *o que vai ser feito, como vai ser feito, quando, onde e por quê*”.

Nesse sentido, inicia-se discorrendo sobre os princípios constitucionais necessários para compor a temática voltada a concessão da tutela jurisdicional, utilizando, em especial da legislação vigente e da bibliografia de Dinamarco (2003).

A concessão da tutela jurisdicional se faz não apenas por meio de um processo contraditório, mas também por meios alternativos de resolução de conflitos. Assim, busca-se descrever os meios alternativos de resolução de conflitos, inclusive mediante uma abordagem de sua aplicabilidade em países tanto do *common law* (Estados Unidos da América e Inglaterra), como do *civil law* (França), utilizando-se de doutrina estrangeira para apresentar as premissas, em especial Andrews (2009) e Cadiet (2011).

Posteriormente, passa-se à análise dos meios alternativos específicos: mediação e conciliação. Parte-se de uma descrição conceitual e sequencialmente faz-se sua abordagem em razão do objetivo da pesquisa, sua importância na esfera extrajudicial, por meio de pesquisa doutrinária e legislativa. Nesse sentido, a descrição e revisão, não apenas de legislação constitucional e infraconstitucional são necessárias, mas também de resoluções e provimentos do Conselho Nacional de Justiça.

3. Resultados e discussões

3.1 Os princípios inerentes à tutela jurisdicional

Após a Constituição Federal de 1988, a previsão do princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF/88) estabelece a universalização da tutela jurisdicional como fator de pacificação social (Dinamarco, 2003, p. 104-124). Assim, o Estado Democrático de Direito institui o acesso à justiça pelos cidadãos como direito fundamental e, portanto, princípio constitucional servindo como diretriz para a atividade interpretativa, influenciando, assim, todo o ordenamento jurídico, desde a criação de leis à efetiva concretização, “justamente o que possibilita uma construção da democracia de forma justa e igualitária” (Tristão & Fachin, 2009, p. 53).

O direito fundamental constitucional está inserido nas garantias individuais e coletivas do art. 5º, *caput*, da CF/88, exigindo do Estado um comprometimento com a função processual, além de “pacificar pessoas”, na expressão utilizada por Dinamarco (2003, p. 112), de estabelecer soluções justas aos conflitos existentes. Para o autor essas soluções justas

condizem com oferecer às partes resultados úteis e satisfatórios, para tanto “não basta o belo enunciado de uma sentença bem estruturada e portadora de afirmações inteiramente favoráveis ao sujeito, quando o que ela dispõe não se projetar utilmente na vida deste, eliminando a insatisfação que o levou a litigar” (Dinamarco, 2003, p.108/114)

A busca pela tentativa de obter tal satisfação mediante um direito constitucionalmente garantido de forma exclusiva pelo Estado-juiz, desencadeou um aumento expressivo nas demandas judiciais, que até então não eram apreciadas pelo Poder Judiciário pelo próprio desconhecimento da população sobre o acesso, incluindo seus custos e tempo dispendido.

Criou-se um comportamento judicializante, onde apenas o processo judicial e o juiz teriam competência para solucionar um conflito de maneira segura, mesmo que ao término do processo ambas as partes permanecessem insatisfeitas diante da tutela jurisdicional.

Contudo, o juiz não pode ser o único a solucionar um conflito adequadamente, tampouco o Poder Judiciário a conceder a tutela jurisdicional, o “acesso à justiça não equivale a mero ingresso em juízo” (Dinamarco, 2003, p. 115).

A busca por meios diversos de resolução de conflitos, advém da morosidade e onerosidade surgidas pela sobrecarga do Poder Judiciário. O cumprimento da promessa ao princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF/88) sem a possibilidade de outros meios alternativos, com intuito de manter um equilíbrio, desencadeia em um acesso contraproducente aos princípios da duração razoável e da economia na concessão da tutela jurisdicional.

Interligado ao acesso à justiça, a concessão da tutela em tempo hábil, foi acrescida à CF/88 no inciso LXXVIII, do art. 5º, por meio da EC. 45/2004¹, ao prever que tanto no âmbito processual quanto administrativo, é assegurada a razoável duração do processo.

Em análise à duração razoável no processo civil, não apenas no cenário brasileiro, Tucci, pondera que de acordo com “orientação jurisprudencial da Corte Europeia dos Direitos do Homem, consolidada em 1987, no famoso caso Capuano, três critérios devem ser levados em consideração”, segundo as circunstâncias de cada caso, para uma análise do limite temporal do processo: “[...] (a) da complexidade do assunto; (b) do comportamento dos litigantes e de seus procuradores; e (c) da atuação do órgão jurisdicional” (2011, p. 199). Requisitos que podem ser aplicados no âmbito do sistema brasileiro em decorrência da

¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]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.

semelhança em razão da sobrecarga do Poder Judiciário e o objetivo de desenvolver meios que possibilitem um acesso à justiça de forma justa e adequada.

Portanto, consoante a análise da complexidade do caso; o comportamento das partes e dos procuradores, bem como, a atuação do Poder Judiciário no decorrer do processo, possibilita-se extrair qual seria o tempo razoável para sua solução do conflito.

Nesse sentido, se observados os requisitos, para que se obtenha uma promoção de solução de conflitos em tempo razoável, a efetividade da tutela jurisdicional também requer economia processual. Portanto, a concretização dessas prerrogativas exige uma estrutura adequada do poder judiciário, o apoio e esforço comum das partes no processo, um sistema que possibilite economia de atos e por conseguinte de custos processuais.

4. Meios Alternativos de Resolução de Conflitos

Na tentativa de reestruturar o Código de Processo Civil de 1973, alterações foram implantadas com o intuito de respeitar os princípios inerentes à tutela jurisdicional adequada. Mediante a promulgação da Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994, acresceu-se o inciso IV ao artigo 125, que possibilitava ao juiz tentar a qualquer tempo, no processo, conciliar as partes, bem como, o artigo 331² como incentivo à tentativa de conciliação antes do início do processo.

Alteração novamente feita com a Lei n. 10.444/2002, o *caput* do artigo 331 foi alterado em alguns aspectos como, por exemplo, a nomenclatura, passando a denominar-se audiência preliminar, já que o intuito da audiência não era apenas conciliar, mas também fixar os pontos controvertidos e delimitar a atividade probatória, portanto, conciliadora e saneadora.

Além disso, o art. 448 do CPC/73 ao juiz era permitido tentar conciliar as partes ao iniciar a audiência de instrução e julgamento.

Essa previsibilidade não obteve o sucesso esperado, e como afirma Watanabe:

[...] poucos perceberam do real objetivo do legislador, que é a indução de papel mais ativo do juiz na condução dos processos e para o efetivo cumprimento do princípio da

² O referido artigo previa:

Art. 331. Se não se verificar qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes e a causa versar sobre direitos disponíveis, o juiz designará audiência de conciliação, a realizar-se no prazo máximo de trinta dias, à qual deverão comparecer as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

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

§ 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário (CPC/1973).

imediatidade, que é uma das bases do processo oral adotado pelo nosso legislador. Alguns juízes chegam mesmo a descumprir abertamente o modelo instituído pelo legislador, deixando de designar a audiência sob a alegação de que, no caso concreto, será inútil a tentativa de conciliação porque as partes certamente não entrarão em acordo [...] (2005, p. 687-688).

Entretanto, observa-se no âmbito prático que não se tratava apenas de uma resistência por parte de alguns magistrados, mas também cultural em relação aos demais juristas e às próprias partes. As partes acreditam que o processo judicial e a concessão de uma tutela jurisdicional advinda do juiz é o único meio seguro para dirimir seus conflitos. A cultura da sentença e do monopólio judicial também é inculcada aos estudantes do direito:

Além do aspecto cultural indicado, o grande obstáculo à utilização mais intensa da conciliação e mediação é a formação acadêmica dos nossos operadores do direito, que é voltada, fundamentalmente, para a solução contenciosa e adjudicada dos conflitos de interesses. Ou seja, toda ênfase é dada à solução dos conflitos por meio de processo judicial, em que é proferida uma sentença, que constitui a solução imperativa dada pelo representante do Estado (Watanabe, 2005, p. 685)³.

A demanda recorrente ao Poder Judiciário para dirimir os conflitos surgidos, é uma consequência da normatização exacerbada do direito, portanto, “embora legítimo e necessário em muitos casos, põe em evidência a incapacidade dos próprios atores sociais de resolverem autonomamente suas questões, cada vez mais complexas” (Sena & Muzzi Filho, 2017, p. 79).

Com o objetivo de inculcar uma cultura diversa, o atual Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) embasado na resolução por meios alternativos como a ADR (*Alternative Dispute Resolution*), MARC (*Modes alternatifs de règlement des conflits*) (Cadiet, 2011), entre outros, pretende-se dirimir conflitos por outras vias que não apenas a conciliação judicial ou a espera pela sentença, como formas únicas de obtenção de uma tutela jurisdicional adequada.

Mediante essa nova estruturação realizada pelo atual Código de Processo Civil, legislações esparsas como a Lei n. 13.140/2015 (mediação), e provimentos do Conselho Nacional de justiça em prol da promoção de meios consensuais de resolução de conflitos, como o Provimento nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, se pretende pacificar pessoas e satisfazendo interesses de forma adequada.

³ Diversamente, Nos Estados Unidos da América, em 1983, a Escola de Direito de Harvard fundou a PON – Programa de Negociação, a Universidade de Stanford organizou o Centro Interdisciplinar de Stanford em Conflito e Negociação (SCCN), e a Fundação William and Flora Hewlett iniciou o financiamento de “centros teóricos” universitários em resolução de conflitos (Menkel-Meadow, 2005, p.23).

Porém, conforme Andrews, que discorre sobre os meios alternativos implantados na Inglaterra, e que se semelha às legislações e situações vividas na atual conjuntura brasileira:

[...] nem tudo é novidade. O processo de arbitragem tem uma longa história na Inglaterra. Acordos sempre foram a melhor maneira de se encerrar um caso judicial. Então, qual é a novidade? [...] a mudança mais significativa é o reconhecimento do potencial da mediação como meio de se alcançar um acordo (Andrews, 2010, p. 29-30).

Assim, a mediação e a conciliação, entre outros, podem ser formas efetivas de resolução de conflitos, mas sua efetividade só será alcançada por meio do reconhecimento e, conseqüentemente, mudança cultural. Efetividade que trará efeitos de conversão do monopólio judicial e aplicabilidade do princípio do acesso à justiça, em tempo hábil e de forma mais econômica.

4.1 Os meios alternativos em outros países

O incentivo à resolução de conflitos por meios alternativos também tem seu respaldo em outros sistemas processuais, como nos casos dos *Modes alternatifs de règlement des conflits (MARC)* ou *Modes alternatifs de règlement des litiges (MARL)* – Frances, ou *Alternative Dispute Resolution (ADR)* nomenclatura estadunidense e inglesa (Cadiet, 2011), compreendem a conciliação, a mediação e a arbitragem.

Na Inglaterra especificamente, houve uma redução significativa dos processos litigiosos perante as *ordinary courts*, principalmente a *High Court*. Durante as três últimas décadas do século XX, o excesso de processos acabou por sobrecarregar os tribunais. Agora, porém, essa crise vem desaparecendo (Andrews, 2011, p.29), por isso o aumento das ADR – *Alternative Dispute Resolution*. “As CPR – *Civil Procedure Rules*, de 1998, também enfatizam a necessidade de incentivar o acordo” (Andrews, 2011, p.243). Nesse sentido,

[...] os tribunais ingleses não sugerem efetivamente para as partes os possíveis termos de acordo. Ao contrário, juízes preferem fazer com que as partes cheguem a um acordo indiretamente, ao sugerirem a mediação, quando for apropriado. Os tribunais podem suspender os processos para garantir que esta possibilidade seja, no mínimo, considerada pelas partes. O tribunal também pode impor sanções relativas às custas⁴, quando um litigante recusa de maneira insensata uma sugestão, se feita pelo tribunal

⁴ Procedimento utilizado também nos Estados Unidos. Segundo Andrews (2011, p. 250) “se aquele a quem foi proposto o acordo não aceitar, ele assumirá um ‘risco de custas”.

ou por outra parte, de que a mediação seja utilizada com vantagem (Andrews, 2011, p. 252).

Inclusive, no que tange às sanções de custas, “por causa do alto nível de custas dos processos perante o Judiciário inglês, esses ‘riscos de custas’ fornecem um incentivo poderoso para se aceitarem os termos do acordo proposto” (Andrews, 2011, p. 250).

Historicamente, segundo Cadiet, os meios alternativos do direito francês, não são importados do direito americano, mas advêm do direito romano e sua aplicabilidade no acordo das partes:

Sans remonter aux origines contractuelles du procès romain, symbolisé par la *litis contestatio*, le développement contemporain des modes alternatifs de règlement des conflits est une sorte de retour aux sources. Dans la mesure où les modes alternatifs de règlement des conflits reposent principalement sur l'accord des parties, c'est-à-dire un fondement conventionnel, ils renouent, d'une certaine manière, avec une histoire bientôt vieille de mille ans. A l'aube médiévale du deuxième millénaire, aux débuts de la monarchie capétienne, le droit de la résolution des conflits était en effet un droit d'imprégnation contractuelle, droit fait de composition, d'arbitrage, de transaction⁵ (Cadiet, 2011, p.150).

Importante a análise do negócio jurídico, advindo do direito material criada pelo direito alemão oitocentista⁶, em relação ao poder de negociação e transação que as próprias partes detêm para resolver seus conflitos, por meio da conciliação, arbitragem e mediação. Possibilidade que será abordada com a realização dos meios alternativos na seara extrajudicial.

Na história moderna do processo estadunidense, a perspectiva de meios alternativos tem início após uma conferência proferida em 1976, pelo professor da *Harvard Law* Frank Sander. O discurso intitulado “Variedades do processo de disputas” onde descreveu que nem todos os processos deveriam ser levados a litúgio no poder judiciário. Ao invés disso o tribunal direcionaria os casos para passar por outros tipos de processo como mediação, arbitragem, conciliação ou serviços particulares, dependendo da natureza do caso. Foi um dos maiores eventos da teoria moderna e prática de resolução de conflitos (Menkel-Meadow, 2005, p. 19).

⁵ Sem voltar às origens contratuais do processo romano, simbolizado pela *litis contestatio*, o desenvolvimento contemporâneo de métodos alternativos de resolução de conflitos é uma espécie de regresso a fonte. Na medida em que métodos alternativos de conflitos se baseiam principalmente no acordo das partes, isto é numa base fundamental convencional, renovam, de certa forma, com uma história de quase mil anos. No alvorecer do segundo milênio, no começo da monarquia capetiana, o direito de resolução de conflitos era de fato um direito de impregnação contratual, direito de composição, de arbitragem, de transação (tradução nossa).

⁶ “Atribui-se à doutrina alemã a construção do conceito de negócio jurídico, fundado na existência de uma manifestação de vontade dirigida para a produção de um efeito jurídico desejado” (Tepedino, Barboza, Moraes, 2014, p. 210).

A partir dessa nova abordagem na história moderna estadunidense, grupos de juízes e seguidores da teoria do professor Sanders iniciaram um movimento de aplicabilidade para atender às necessidades funcionais processuais por meios alternativos de resolução de conflitos (Menkel-Meadow, 2005, p. 19).

Entretanto, os meios alternativos de conflitos não serão necessariamente presididos pelos conciliadores e mediadores no Poder Judiciário (público), poderão ser realizados extrajudicialmente (câmaras de mediação e conciliação privadas).

Em relação ao sistema francês, Cadet pontua:

Si la recherche d'une solution amiable plutôt que judiciaire des conflits n'est donc pas nouvelle, le phénomène, toutefois, s'est considérablement amplifié ces dernières années, em même temps qu'il s'est diversifié. Contrairement à une autre idée souvent reçue, les MARC ne sont pas seulement une alternative à la solution *judiciaire* du litige. S'ils ont certes été conçus comme une alternative à la solution du litige par les juridictions, les MARC ont fini par se développer devant le juge lui-même en se présentant comme une manière amiable de résoudre le litige. Il existe ainsi des MARC extrajudiciaires (A) et des MARC judiciaires (B) (2011, p.155)⁷.

Assim, para a legislação estrangeira as resoluções por meios alternativos poderão ser públicas ou privadas. Insta mencionar, que não apenas o autor francês elucida a previsão da aplicabilidade de meios alternativos na via extrajudicial, mas a Constituição Federal de Portugal também prevê a importância à resolução extrajudicial em seus arts. 202 e 205⁸ (Ribeiro, Hülse, Gonçalves, 2017, p. 170).

A semelhança com o previsto na legislação brasileira demonstra que, o sobrecarregamento do Poder Judiciário, é um fato não apenas presente no sistema brasileiro, mas em outros países. E a utilização dos meios alternativos concretiza outras formas qualitativas e efetivas de aplicabilidade do direito à tutela jurisdicional justa e adequada.

⁷ Embora a busca por uma solução amigável, e não judicial, de conflitos não seja nova, o fenômeno, no entanto, cresceu consideravelmente nos últimos anos, ao mesmo tempo em que se diversificou. Ao contrário de outra ideia frequentemente recebida, os MARC não são apenas uma alternativa à solução judicial da disputa. Embora tenham sido concebidos como uma alternativa aos litígios pelos tribunais, os ADRs acabaram por se desenvolver perante o próprio juiz apresentando-se como um meio amigável de resolver a disputa. Existem MARCs extrajudiciais (A) e MARCs judiciais (B) (tradução nossa).

⁸ "Artigo 202°. 4. A lei poderá institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos; Artigo 205°. 2. As decisões dos tribunais são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e prevalecem sobre as de quaisquer outras autoridades. PORTUGAL, Constituição da República Portuguesa. Assembleia da República". Recuperado de: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

4.2 Conciliação e mediação

Inicialmente, é de suma importância salientar que o atual Código de Processo Civil está embasado nos princípios da cooperação e do prazo razoável do processo, inclusive passando o Código a prevê-los expressamente nos arts. 4^o e 6^o.

Além do artigo 6^o, o art. 80 dispõe que é dever não apenas das partes, mas “de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo”, o cumprimento dos preceitos ali estabelecidos, entre os quais o de “cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação”.

Na esteira da duração razoável do processo e cooperação das partes, têm-se a audiência de conciliação e mediação, alguns de seus focos essenciais. Quando da elaboração do anteprojeto do CPC, a comissão de juristas aprovou a proposta de obrigatoriedade de audiência de conciliação. A ideia é a de que haja esforço para que as partes cheguem a um acordo sem a necessidade de dar andamento a um longo processo judicial (Wambier, 2006, p. 02).

Não se deve ter apenas intuída a ideia de celeridade com base na duração razoável do processo, prejudicando a qualidade, ou seja, não se deve apenas proceder de forma quantitativa e esquecer-se do qualitativo. Não se trata apenas de obter alterações na legislação pertinente:

Mesmo quando se reduza ao mínimo suportável a chamada *litigiosidade contida* (Kazuo Watanabe), restam ainda as dificuldades inerentes à *qualidade* dos serviços jurisdicionais, à *tempestividade* da tutela ministrada mediante o processo e à sua *efetividade*. Isso significa que não basta alargar o âmbito de pessoas e causas capazes de ingressar em juízo, sendo também, indispensável aprimorar internamente a ordem processual, habilitando-a a oferecer resultados úteis e satisfatórios aos que se valem do processo. [...] Essas necessidades resolvem-se, resumidamente, num *binômio* composto pelos elementos *quantidade* e *qualidade*. Não basta aumentar o universo dos conflitos que podem ser traduzidos à Justiça sem aprimorar a capacidade de produzir bons resultados. Nem basta produzir bons resultados em relação aos conflitos suscetíveis de serem trazidos à Justiça, deixando muitos outros fora do âmbito da tutela jurisdicional (Dinamarco, 2003, p. 114).

A conciliação e a mediação, especificamente, são os meios abordados no presente trabalho. Nesse sentido, a conciliação “consiste na intercessão de algum sujeito entre os

⁹ Art. 4^o As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

¹⁰ Art. 6^o Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

litigantes, com vista a persuadi-los à autocomposição” (Dinamarco, 2003, 123). Assim, na conciliação haverá sugestão do conciliador para a resolução do conflito, diversamente, na mediação o mediador não propõe ou sugere quanto ao mérito, apenas possibilita o diálogo participativo, efetivo e pacífico, permitindo-se a construção de uma solução satisfatória pelas próprias partes.

A “mediação possibilita, por meio de técnicas próprias, utilizadas pelo mediador, a identificação do conflito real vivenciado, suas possíveis soluções” (Sales; Chaves, 2014, p. 263). Portanto, são meios que descaracterizam o monopólio judicial e promovem um acordo entre as partes sobre o conflito sem necessariamente um processo judicial.

A conciliação e a mediação poderão ser realizadas judicial ou extrajudicialmente (privada, art. 167), sendo judicial não será presidida por um magistrado, mas por um conciliador ou mediador, onde houver, que atuará necessariamente na audiência de conciliação ou mediação, observando o previsto nos artigos 165 a 175 bem como as disposições da Lei de Organização Judiciária de cada Estado.

O conciliador ou o mediador poderá ser escolhido pelas partes de comum acordo, observada a legislação pertinente (art. 168), tendo cada tribunal uma relação de conciliadores e mediadores cadastrados (art. 167), com capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade reconhecida e sendo incompatível com o exercício da advocacia (art. 167, § 5º).

Em relação à capacitação coaduna-se com Watanabe sobre o ensino jurídico. Nesse sentido:

Para a adequada inserção da prática dos meios consensuais de solução de conflitos fora ou no âmbito do Poder Judiciário, os cursos, além das técnicas em mediação e conciliação, devem discutir a nova abordagem do conflito, do Direito, da Justiça. O perfil do profissional do Direito, que trabalhará com a mediação e a conciliação, requer um profissional receptivo a transformações, à escuta ativa e à valorização do diálogo [...] (Sales & Chaves, 2014, p. 257).

Nesse sentido, além de promover a regularizar a conciliação e mediação judicial e extrajudicial, a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça também prevê a necessidade de capacitação dos mediadores e conciliadores e a instalação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania.

5. Conciliação e Mediação Extrajudiciais

Além da previsão expressa no Código de Processo Civil e da Lei n. 13.140/2015 (mediação), outras leis e normativas, como os exemplos citados a seguir, já expressavam e expressam formas diversas de acesso à justiça pela via administrativa extrajudicial.

O sobrecarregamento do Poder Judiciário levado pelo amplo acesso à justiça, falta de estrutura judicializante, cultura baseada em resolução litigiosa de conflitos, excesso de formalismo processual, entre outros, são motivos da necessidade de reajuste na resolução consensual extrajudicial de conflitos. Assim,

O Brasil, como um Estado burocrático permeado por problemas estruturais e que não atende a contendo a demanda social o problema é de difícil enfrentamento. Um caminho passa por incentivar a busca de soluções para o tratamento extrajudicial dos conflitos de interesse, tendo o próprio Estado como agente regulador e promotor de novas políticas de organização judiciária, na busca de soluções criativas, equânimes, imparciais e independentes, porém, sem nunca dispensar a atuação do juiz no quadro das múltiplas questões que efetivamente lhes devem ser postas a analisar e julgar (Ribeiro, Hülse, Gonçalves, 2017, p. 167).

Descortinado o monopólio jurisdicional, mediante a própria organização e promoção do poder judiciário para conceder o acesso à tutela justa e adequada, tem início o reconhecimento da aplicabilidade de tutela extrajudicial para atender à demanda social.

“O movimento de desjudicialização consiste, portanto, na subtração da apreciação judicial de determinadas matérias para serem analisados pela instância administrativa”, ou seja, realizada por particulares e/ou agentes do Poder Público no exercício de suas funções. Contudo, não se trata de uma escolha feita pelas partes que impossibilite o acesso pela via judicial (Ribeiro; Hülse; Gonçalves, 2017, p. 172-173).

No Brasil, a desjudicialização e utilização das vias extrajudiciais tem início com a promulgação da Lei nº 11.441/2007, de 04 de janeiro de 2007, que alterou dispositivos do Código de Processo Civil de 1973, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. A lei teve por finalidade tornar mais ágeis e menos onerosos referidos atos e, ao mesmo tempo, descongestionar o Poder Judiciário (Resolução nº 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça).

A realização de atos extrajudiciais por notários e registradores, sem a homologação judicial, portanto, também promove o desafogamento da via judicial mediante e resolução consensual de conflitos.

A utilização da via administrativa, através dos agentes delegados, obteve a continuidade de incentivo, para tanto, criaram-se novas leis e normativas administrativas com o mesmo intuito.

Os agentes delegados, prestadores de serviço público em caráter particular, possuem fé pública para lavrar a manifestação de vontade das partes de acordo com o ordenamento jurídico. São, portanto, profissionais que fiscalizam as relações inter partes e dão segurança ao trânsito negocial.

Alguns são os exemplos de utilização da seara administrativa:

1) a inclusão do art. 216-A na Lei nº 6.015/73 – Lei de Registro Públicos, pelo Código de Processo Civil de acordo com o art. 1.071, bem como a inclusão de diretrizes expressas pelo Provimento nº 65/2017 do Conselho Nacional de Justiça, que admite o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião diretamente junto ao oficial do Registro de Imóveis da localidade do imóvel;

2) a publicação do Provimento nº 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça que dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação de paternidade e maternidade socioafetiva diretamente junto ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas;

3) a publicação do Provimento nº 73/2018 do Conselho Nacional de Justiça que permite a alteração do prenome e do gênero da pessoa transgênero junto ao Registro Civil das Pessoas Naturais independente de prévia autorização judicial ou da comprovação de cirurgia de redesignação sexual e/ou tratamento hormonal ou patolagizante.

4) Em acordo com o Código de Processo Civil, o Conselho Nacional de Justiça, emitiu o Provimento nº 67/2018 que dispõe sobre os procedimentos de conciliação e de mediação nos serviços notariais e registrais.

No decorrer da criação legislativa e regulações administrativas, percebe-se que inicialmente fala-se em concessão à tutela extrajudicial de direitos potestativos, ou seja, direitos-deveres materiais. No entanto, o Provimento nº 67/2018 passa também a promover a realização de conciliação e mediação por agentes a serviço do Poder Público (art. 236 CF/88).

Sem prejuízo da Lei nº 13.140/2015 (regulamenta a mediação), os procedimentos de conciliação e mediação serão facultativos às partes e poderão ser realizados pelos serviços notariais e registrais (art. 2º, Provimento nº 67/2018).

Mediante autorização e fiscalização a NUPEMEC (Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos) e as Corregedorias de Justiça dos Estados regularizarão a realização dos serviços (Provimento nº 67/2018).

Para que seja realizada a conciliação e a mediação a figura do advogado ou defensoria pública não é obrigatória¹¹, mas uma vez que uma das partes tenha constituído advogado, ambos deverão estar representados (art. 11), preservando, desta forma, uma resolução equânime.

A conciliação e a mediação extrajudiciais têm como objeto direitos disponíveis e indisponíveis transigíveis que admitam transação, mas os últimos deverão ser homologados o forma do art. 725, VIII, do CPC e do art. 3º, § 2º, da Lei n. 13.140/2015 (art. 12), com eficácia interpartes (art. 21). Observa-se, nesse sentido, que se trata de um negócio jurídico, redigido por um agente delegado fiscal da lei e capacitado para conciliar e mediar, por meio do qual as partes declaram autonomamente suas vontades em prol de uma resolução do conflito que lhes acomete. Transformando o documento um título executivo extrajudicial ou judicial.

Os serviços Notariais e Registrais deverão manter livros de arquivo das conciliações e mediações, bem como do protocolo de requerimentos para sua realização (art. 27, Provimento nº 67/2018 do CNJ). Os emolumentos referentes aos atos lavrados corresponderá ao menor valor cobrado em relação à atos que não contenham valor declarado (art. 36, Provimento nº 67/2018 do CNJ).

Assim, pretende-se implantar além da resolução consensual de conflitos a resolução extrajudicial, em prol de um acesso à justiça de forma célere.

Nesse sentido é a afirmação de Araújo de que o CPC em conjunto com os meios alternativos de “solução endoprocessuais e extraprocessuais, relembra que a inafastabilidade da tutela jurisdicional” consensual deve ser incentivada pelo próprio Estado (2016, p. 131).

Portanto, tanto os interessados quanto os jurisdicionados, com o auxílio do Estado, devem primar por uma solução consensual se for possível, em prol de uma reestruturação que beneficiará a população em busca da tutela jurisdicional adequada.

¹¹ A não obrigatoriedade da presença de advogado e Defensoria Pública nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – Cejuscs, foi analisada pelo Conselho Nacional de Justiça no recurso administrativo apresentada pelo Conselho Federal da OAB – processo nº 0004837-35.2017.2.00.0000. O CNJ julgou improcedente o pedido em novembro de 2018, com base na Resolução n. 125/2010, que a presença do advogado em soluções de conflitos não é obrigatória, mas facultativa (Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pjecnj/ConsultaPublica/DetalleProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=38f199957991aae66ce40c0af2a7505639b484d172d84d8e>>. Acesso em: 24.06.2019). Em contrapartida, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 5.511/2016, que pretende a alteração da Lei nº 8.904/1994 – Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, tornando obrigatória a participação de advogado na solução consensual de conflitos, tais como conciliação e mediação (Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2087302>>).

O poder de negociabilidade, mencionado no tópico 3.1 dos meios alternativos do direito francês, caracterizado pelo acordo inter partes lavrado pelos agentes delegados, e manifestação da vontade das partes em direito material, sempre foi um meio eficaz de criar, modificar, extinguir e defender direitos, concretizá-lo no âmbito processual extrajudicial permite que as próprias partes tenham o poder de decidir sobre seus conflitos.

A conciliação e mediação extrajudicial, lavradas pelo foro extrajudicial, tratar-se-iam, portanto, de declarações de vontades que os notários e registradores capacitados, prática que coaduna com a desjudicialização em cumprimento ao acesso à justiça de forma econômica e num prazo razoável.

6. Considerações Finais

O Estado, enquanto aplicador e legislador do Direito, tem o dever de acompanhar as mudanças sociais e criar meios que se adéquem ao aprimoramento das relações sociais e a pacificação dos conflitos.

Os direitos e garantias individuais expressos na Constituição Federal/88 (art. 5, inc. XXXV) promoveram o acesso à justiça pela população. Por outro lado, em decorrência da grande quantidade de processos, falta de estrutura e muitas vezes economicamente inviável, não foi possível concretizar outra garantia, a concessão da tutela dentro de um prazo razoável (art. 5, LXXVIII).

A garantia de uma tutela adequada mediante a manutenção do monopólio judicial já não era mais o suficiente. Alterações foram necessárias, não apenas no âmbito nacional, mas também em outros países que se depararam com o mesmo problema: a garantia de concessão da tutela jurisdicional economicamente viável e célere.

É mister que o Poder Judiciário, conjuntamente com o Poder Legislativo, criem meios que proporcionem o acesso à tutela adequada. Assim, a criação dos meios alternativos e, atualmente, com o incentivo do Código de Processo Civil, leis esparsas, resoluções e provimentos do Conselho Nacional de Justiça, a tentativa de mudança processual e comportamental se faz presente.

Para tanto, o auxílio da resolução de conflitos por meios alternativos com auxílio da estrutura extrajudicial, através dos agentes delegados – serviços Notariais e Registrais -, possibilitam a manifestação autônoma e consensual de resolução de conflitos.

A promoção de alternativas para resolver conflitos, retirando o monopólio do juiz, permite com que se mantenha a concretude dos direitos e garantias constitucionais de maneira adequada, inclusive pretendendo solucionar os entraves já existentes.

Assim, entende-se que os meios alternativos aplicados extrajudicialmente, como forma de desjudicializar conflitos, podem promover resultados efetivos por uma ordem jurídica justa.

Entretanto, como mencionado, mais do que a emissão do Provimento 67/2018 e demais normas, necessário se faz a mudança comportamental que a vigência do atual Código de Processo Civil reforça, cabendo a utilização de todos os instrumentos possíveis para a consolidação de uma sociedade pacificada, seja por esforços judiciais como pela atuação do foro extrajudicial.

Referências

Andrews, N. (2009). *O moderno Processo Civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra* Orientação. (T.A.A. Wambier, Trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais.

Araújo, F. C. (2016). *Curso de Processo Civil: parte geral*. Atualizado com a Lei 13.256/2016. São Paulo: Malheiros.

Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Recuperado de <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

Cadiet, L. *Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français*. (2011, junho) *Ritsumeikan Law Review* n° 28. Internacional Edition, 147-167. Recuperado de <<http://www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/law/lex/rlr28/rlr28idx.htm>>.

Dinamarco, C.R. *Instituições de Direito Processual Civil*. (2003). (3a ed., Vol. 1). São Paulo: Malheiros.

Freitas, S. H. Z., Campos, M. A. (2016, janeiro-junho). Os reflexos do novo Código de Processo Civil nos serviços notariais e de registro e as formas consensuais de solução de conflitos. *Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos*, Brasília. 1(21),01.

Galuppo, M. C. (2008). *Da ideia à defesa: monografias e teses jurídicas*. (2a ed.). Belo Horizonte: Mandamentos.

Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Recuperado de: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm.

Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Recuperado de: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm.

Lei nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Recuperado de: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11441.htm.

Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Recuperado de: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm.

Marconi, M. A., Lakatos, E. M. (2003). *Fundamentos de Metodologia Científica*. (5a ed.). São Paulo : Atlas.

Medina, J. M. G. (2011). *Código de Processo Civil Comentado Com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Medina, J. M. G, Wambier, T. A. A. (2008). *Parte Geral e Processo de Conhecimento*. (Vol.1). São Paulo: Revista dos Tribunais.

Menkel-Meadow, C. Roots and Inspirations: A Brief History of the Foundations of Dispute Resolution. (2005). Moffitt, M. L., Bordone, R. C. (Edt.), *The Handbook of Dispute Resolution*. A Publication of the Program on Negotiation at Harvard Law School: Jossey-Bass, 13-32.

Pedido de providências nº 0004837-35.2017.2.00.0000. Conselho Nacional de Justiça. Plenário. Gab.Cons. Maria Iracema Martins do Vale. Recuperado de:

<<https://www.cnj.jus.br/pjecnj/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=38f199957991aae66ce40c0af2a7505639b484d172d84d8e>>.

Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 5.511, de 08 de junho de 2016. Altera a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Recuperado de: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2087302>>

Provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017. Conselho Nacional de Justiça. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos órgãos de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Recuperado de: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2525>>.

Provimento nº 65, de 14 de dezembro de 2017. Conselho Nacional de Justiça. Estabelece diretrizes para o procedimento da usucapião extrajudicial nos serviços notariais e de registro de imóveis. Recuperado de: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2527>>.

Provimento nº 67, de 23 de março de 2018. Conselho Nacional de Justiça. Dispõe sobre os procedimentos de conciliação e de mediação nos serviços notariais e de registro do Brasil. Recuperado de: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2532>>.

Provimento nº 73, de 28 de junho de 2018. Conselho Nacional de Justiça. Dispõe sobre a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa *transgênero* no Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN). Recuperado de: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2623>>.

Resolução nº 35, de 24 de abril de 2007. Conselho Nacional de Justiça. Disciplina a aplicação da Lei nº 11.441/07 pelos serviços notariais e de registro. Recuperado de: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=179>>.

Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Conselho Nacional de Justiça. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do

Poder Judiciário e dá outras providências. DJE/CNJ nº 219/2010, de 01/12/2010, p.2-14 e republicada no DJE/CNJ nº 39/2011, de 01/03/2011, p. 2-15. Recuperado de: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=156>>. Ac

Ribeiro, F. C., Hülse, L., Gonçalves, S. K. (2017, setembro-dezembro). Desjudicialização no sistema judicial brasileiro: reflexões sobre a mitigação do paradigma do monopólio da jurisdição. *Revista Direitos Culturais*, Santo Ângelo, 12(28), 159-182.

Sales, L. M. M., Chaves, E. C. C. (2014, dezembro). Mediação e Conciliação Judicial – a importância da capacitação e de seus desafios. *Revista Seqüência*, Florianópolis, 69, 255-280.

Sena, M. E. S., Muzzi Filho, C. V. (2017, janeiro-junho). Judicialização dos conflitos sociais: reflexões sobre a necessidade de soluções dialógicas no Estado Democrático de Direito Brasileiro. *Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos*, Brasília. 3(1), 73-92.

Tepedino, G., Barboza, H. H., Moraes, M. C. B. (2014). *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. v. 1. 3 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar.

Tristão, I. M., Fachin, Z. O acesso à justiça como direito fundamental e a construção da democracia pelos meios alternativos de solução de conflitos. *Revista Scientia Iuris*, Londrina, 13, 47-64, nov. 2009.

Tucci, J. R. C. (2011, fevereiro, 36). Garantias Constitucionais da Duração Razoável e da Economia Processual no Projeto do Código de Processo Civil. São Paulo: *Revista de Processo*, 192.

Wambier, L. R. (2006, outubro). A audiência preliminar como fator de otimização do processo. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, Brasília. Recuperado de: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/20730>. 1(2), 101-107.

Watanabe, K. (2005). Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: Yarshell, F. L., Moraes, M. Z. (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 684-690.

Porcentagem de contribuição de cada autor no manuscrito

Kelly Cardoso – 60%

Celso Hiroshi Iocohama – 25%

Thiago Mattos de Oliveira – 15%