

O Papel do Juiz na Tentativa de Pacificação Social após o Advento do Novo CPC e a Lei de Mediação

José Herval Sampaio Júnior

Professor da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte - UERN, Universidade Potiguar - UNP, Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte - ESMARN. Especialista em Processo Civil e Penal ESMARN/UNP. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade Del Pais Basco/UNP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP. Membro da Associação Norte Nordeste de Professores de Processo (ANNEP). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional (ABDPC). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPRO). Autor de diversas obras jurídicas. Palestrante e Juiz de Direito no Estado do Rio Grande do Norte.

RESUMO: O trabalho enfoca o papel do Juiz na busca incessante pela pacificação social, escopo maior da Jurisdição, tutelando os direitos, através da utilização dos meios consensuais de solução de conflitos, que os tratam adequadamente, tidos agora como usuais e rotineiros, mais precisamente a conciliação e mediação, que passam junto com outros meios a serem obrigatórios e preferenciais em relação à jurisdição clássica. Abordam-se as diferenças entre os meios mais conhecidos, enfatizando, infelizmente, a pouca aplicabilidade de ambos - em que pese a expressa previsão legal da conciliação há algum tempo e a novidade legal do surgimento da mediação - principalmente pela autoridade judiciária e o desafio para sua

efetiva aplicação na prática. Prioriza-se a necessidade de que os Juízes se conscientizem que esses meios são mais eficazes, devendo o Poder Judiciário se estruturar melhor com esse objetivo, criando ambientes que propiciem a solução consensual dos litígios, despindo-se dos dogmas atuais que torneiam o tema, fazendo valer as premissas do novo CPC e da lei de mediação quanto à prioridade da política consensual, devidamente regulamentada pela resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça.

PALAVRAS CHAVES: PACIFICAÇÃO SOCIAL – NOVO CPC E LEI DE MEDIAÇÃO – RESOLUÇÃO 125/2010 CNJ - JURISDIÇÃO CONSENSUAL – MUDANÇA DE PARADIGMA – AMBIENTE DE CONSENSO – PARTICIPAÇÃO – DECISÃO INTERMEDIADA – PREVISÕES LEGAIS – ACORDO JUSTO – TUTELA DE DIREITOS – CONSCIENTIZAÇÃO DOS JUÍZES.

SUMÁRIO: Delimitação do tema e considerações iniciais sobre a atividade judicial com vista à obtenção da pacificação social. Meios consensuais de solução de conflitos e suas vantagens. Da condição de alternativos a preferenciais e obrigatórios. Distinção básica entre conciliação e mediação. Limites formais e materiais para uso da conciliação e mediação no Poder Judiciário. Conclusões. Bibliografia

1. DELIMITAÇÃO DO TEMA E CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A ATIVIDADE JUDICIAL COM VISTA À OBTENÇÃO DA PACIFICAÇÃO SOCIAL

A jurisdição hodiernamente vem sofrendo profundas alterações na sua compreensão e, por conseguinte, condicionando os seus resultados, principalmente o atinente a tentativa de obter a almejada pacificação social e para tanto suas premissas estão sendo repensadas, já que esta, pelo menos através da sentença, só poderia ser satisfeita, evidentemente, para somente a parte vencedora, por uma efetiva tutela dos direitos violados ou ameaçados, na forma do preconizado no artigo 5º inciso XXXV de nossa Carta Magna.¹

Entretanto, em que pese todo esse esforço para se alcançar uma atividade jurisdicional que se preocupe, em cada caso concreto, com uma substancial proteção dos direitos, talvez, a solução consensual dos conflitos seja um modo mais eficiente, pelo menos, no aspecto de se atin-

¹ Para um aprofundamento da compreensão da nova concepção de jurisdição indicamos o nosso livro Processo Constitucional nova concepção de jurisdição, Grupo Gen Editora Método Forense, 2008.

gir a uma verdadeira pacificação social, pois em não havendo vencedor e perdedor, as chances de uma continuidade de relação pós-lide são bem maiores e mesmos em casos que não se exige a continuidade do relacionamento, o acordo gera uma sensação de maior satisfatividade e muitas vezes a certeza do cumprimento da obrigação, eis que para sua obtenção prevaleceu o diálogo e a vontade das partes devidamente empoderadas.

É nesse sentido que se prega a necessidade de que o Juiz passe a se preocupar com a pacificação social em todas as suas decisões, ou melhor, esclarecendo, nas suas atitudes dentro do processo, pois como a direção é sua, mesmo com as limitações do novo CPC, nada mais lógico de que se conduza sempre com a visão de que não é com a sentença, mesmo de mérito, que aquele conflito, no plano fático, estará materialmente solucionado, já que a idéia de que a sentença põe fim ao litígio é ilusória, pois sabemos que muitas vezes a jurisdição clássica não resolve e ainda cria outros conflitos que na prática somente a jurisdição consensual teria reais condições de encontrar uma solução boa para ambas às partes.

Desta forma, a preocupação constante com uma efetiva satisfação social dos contendores deve ser uma busca incessante da autoridade judiciária e a sentença, ao qual infelizmente se encontra falida² na consecução desse objetivo, somente deve ser utilizada quando não for possível qualquer forma de negociação em sentido amplo, já que não existe vedação legal nesse tocante, pelo contrário, as legislações atuais trazem os meios consensuais como preferenciais e obrigatórios em relação à própria sentença, devendo os Juízes não só se utilizarem de tais meios quando for o caso, mas como gestores de suas unidades, fazerem com que os seus auxiliares exercitem na prática a atividade de consenso, bem como encaminhando para os Centros de Soluções Consensuais (Cejuscs) os feitos que admitam a auto-composição das lides. Não é uma faculdade e sim uma obrigação legal.³

2 Também comunga desse entendimento o Desembargador Francisco de Assis Filgueira Mendes, ao se pronunciar na apresentação do livro *Mediação Familiar*, tendo assim se manifestado, ressaltando inclusive a pertinência dos meios alternativos de solução dos conflitos: *“Na visão aguçada de Kazuo Watanabe, existe, com efeito, uma “litigiosidade contida”, abrangendo toda a pletera de insatisfação do povo, seja pela dificuldade do acesso à Justiça, seja pela demora da Organização Judiciária, no deslinde das demandas que lhe são apresentadas. Ante esse quadro dantesco, de verdadeira falência da máquina estatal, especialmente no que tange à prestação jurisdicional, em boa hora começaram a ser utilizadas soluções do Direito norte-americano, conhecidas como Alternative Dispute Resolution(ADR), quais sejam o Juízo Arbitral, a Conciliação e a Mediação.* Lília Maia de Moraes Sales e Mônica Carvalho Vasconcelos, *Mediação Familiar: Um estudo histórico- social das relações de conflitos nas famílias contemporâneas*, 1ª Edição, Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora Ltda, 2006, Apresentação. Registre-se que tal visão já prevalecia para alguns poucos juízes antes mesmo das leis que positivaram a política consensual.

3 O novo CPC e a lei de mediação revolucionaram a política consensual em nosso país, tendo as duas no ano de 2015, positivado uma luta de muitos anos para que os meios consensuais deixassem de ser facultativos, logo ho-

A realidade é dura, mas tem que ser encarada por todos aqueles que laboram com o Direito, pois, na maioria das vezes, a sentença não só não resolve o problema específico do litígio, mas ainda cria outros conflitos, que inviabilizam completamente qualquer possibilidade de solução amigável, criando um ambiente de litigiosidade, que dificilmente vai ser desconstruído, logo, a perspectiva deve ser sempre de paz e harmonia, mesmo entre os que litigam, pois o conflito é ínsito ao ser humano e tem o seu lado bom, na qual o Juiz, como intermediário das partes, deve estimulá-las a reconhecerem e encontrarem a melhor solução ou até mesmo sugerir essas resoluções em alguns peculiares casos.

Os Juízes precisam se desprender dessa concepção de que sua tarefa precípua é decidir e que a tentativa de consenso prevista nas diversas leis que trazem a temática é somente uma formalidade. Ora, o processo não pode ser compreendido nunca como um fim em si mesmo, daí porque todas suas previsões têm um objetivo claro e definido, qual seja assegurar que os contendores solucionem a sua pendenga de forma que a pacificação social reste atingida.⁴ Essa premissa não vem sendo sentida pelos operários do direito⁵, o que pode ser amenizada com a inserção de todos os meios consensuais de solução dos conflitos nos processos já instaurados e os implementando para evitar a judicialização, talvez o maior desafio da política consensual.

Acrescente-se, ainda, que essa preocupação constante com a pacificação social efetiva, por meio de uma solução consensual, resolve outro problema grande da prestação jurisdicional, qual seja a morosidade infensa a todos os procedimentos e que inquieta sobremaneira à sociedade quanto à atuação judicial, pois o que interessa para alguém que seja reconhecido como titular de um dado direito, é o pronto restabelecimento de forma específica e a Justiça infelizmente não vem conseguindo e muitas

diernamente, além da própria resolução do CNJ 125/2010 que deu no Poder Judiciário o pontapé inicial, temos duas leis federais que prestigiaram os meios consensuais, prevendo não só o chamado pré-processual e criando no procedimento único quando for instaurado o processo uma audiência obrigatória em que se deve utilizar as técnicas autocompositivas com o diálogo franco e aberto, e reprimindo as partes que não comparecerem com uma penalidade processual. Essas mudanças impactam toda a atividade jurisdicional.

4 *“É inquestionável que o principal objetivo da jurisdição, o que lhe faz a essência, é seu caráter de pacificação. Neste sentido, é muito mais salutar que se encontrem fórmulas de consenso, para que a pretensão resistida chegue a bom termo, atingindo-se o ideal de justiça das partes.”* Fernando Horta Tavares, *Mediação & Conciliação*, 1ª Edição, Editora Mandamentos, 2002, p. 17.

5 Entende-se que esta expressão representa melhor essa nova atividade de efetiva proteção dos direitos e na qual todos os que laboram com o direito não podem continuar sendo mecânicos frios da lei, daí porque o termo operário, sem sombra de dúvida, simboliza uma atuação mais ativa e ao mesmo tempo menos ligada às formalidades que infelizmente ainda dominam o meio jurídico.

vezes em razão da demora da entrega da prestação jurisdicional, esta não é efetiva no sentido de satisfazer pelo menos ao vencedor.⁶

Por todos esses motivos, não resta dúvida alguma de que o prestígio a jurisdição consensual não traz nenhum malefício aos desígnios dessa função tão cara a sociedade, devendo, por conseguinte, ser prestigiada em todos os sentidos, como felizmente vislumbrou há muito tempo atrás o Conselho Nacional de Justiça, ao lançar o dia nacional da conciliação e ao instituir um projeto de estruturação de todo o Poder Judiciário para obtenção de uma solução amigável entre os litigantes judiciais, até mesmo antes de o processo formalmente ser instaurado, fazendo com que hoje não só todo dia seja o do consenso, mas toda a hora e preferências são dadas por leis a esta política.

Pensar em uma atividade jurisdicional que não vise obrigatoriamente a pacificação social é tratar essa função pública com descaso, pois todo o agir das autoridades em geral devem aspirar ao bem comum e este só é atingido com uma solução efetivamente satisfatória para ambas as partes, mesmo que uma das partes perca processualmente falando, mas que fique consciente de seus erros.

Destarte, quando se utiliza das formas de auto-composição, as partes chegam a um consenso, ciente destes erros e infelizmente a sentença quase nunca os transmite, substancialmente falando, principalmente por sua linguagem técnica excessiva.

Nessa conjuntura, acredita-se que a Justiça de um modo geral, ou seja, todos aqueles que laboram com o direito e até mesmo os próprios litigantes devem se imiscuir de um espírito de pacificação social, pois não se pode sempre tratar o conflito como algo negativo, sendo imperioso a análise de que, através de um bom diálogo quase sempre se atinge uma boa solução e principalmente a satisfação dos que contendem é cristalina.

6 Em nosso livro *Medidas Liminares no Processo Civil: Um novo enfoque*, O ministro José Augusto Delgado em seu prefácio atesta para a necessidade inadiável de uma pronta entrega da prestação jurisdicional, bem assim chama a atenção para o fim harmonioso que o processo deve perseguir, consoante pode se vê a seguir: *“Os estudiosos do Direito Processual Civil estão convencidos de que técnicas novas devem ser introduzidas na legislação brasileira formal para que sejam atendidas, com eficácia, segurança e efetividade, esse anseio da cidadania. Há de se gerenciar o processo de modo que instrumentos de ação alcancem esse objetivo, sem se afastar do respeito ao princípio democrático informador do devido processo legal. Urge que o Direito Processual Civil consagre, do modo mais evidente e convencedor, o querer constitucional representativo do sentimento da Nação, que é o do Estado Brasileiro tornar vivo e constante o objetivo primordial posto em sua Carta Magna, no seu preâmbulo, que é a entrega da paz com a rápida solução dos conflitos vivenciados pelo cidadão em suas relações comuns e extraordinárias no ambiente social, familiar, financeiro, comercial, industrial e institucional”*. José Luiz Carlos de Lima e José Herval Sampaio Júnior, *Medidas Liminares no Processo Civil Um novo enfoque*, 1ª Edição, Editora Atlas, 2005, p. 14.

2. MEIOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E SUAS VANTAGENS. DA CONDIÇÃO DE ALTERNATIVOS A PREFERENCIAIS E OBRIGATÓRIOS.

Já ficou evidente pelas colocações firmadas, que infelizmente a sentença não vem conseguindo atingir a almejada pacificação social, indispensável quando do surgimento de um conflito, daí porque se apresentam com esse desiderato alguns meios que antes eram tidos como alternativos e hoje pelas duas leis já mencionadas, são preferenciais e obrigatórios, primando pelo aspecto da democracia participativa, responsabilizando-se os próprios envolvidos pela solução, que devidamente empoderados a encontram, sendo essa a premissa, que por si só, já se alinha com o escopo de satisfação social.

Nesse contexto, interessa ao presente escrito a análise dos meios consensuais de solução dos conflitos - ditos democráticos em razão das próprias partes em disputa resolverem as diferenças - o que se convencionou chamar de auto-composição e na qual se depreende que, dentre eles destacam-se a conciliação e a mediação, que para nós tem possibilidade de direta aplicação na atividade dos Juízes, desde que seja desconstruída a idéia de adversariedade e surja em consequência a eficaz cooperação entre os interessados.

Esse desafio não é difícil de ser cumprido, pois as condições normativas são amplamente favoráveis, inclusive de nossa Carta Magna⁷, daí porque o que falta é a conscientização dessa eficácia quanto ao resultado harmonioso da solução e se começar a aplicar as técnicas existentes na praxe forense, sem se descurar evidentemente de sua posição diretiva, contudo, esta não inviabiliza a adoção dessa nova postura que justamente nas partes o seu comando.

A negociação é por excelência a forma mais conhecida de solução dos conflitos, em que as próprias partes, sem qualquer tipo de interferência de uma terceira pessoa - daí a sua distinção com a conciliação e mediação - resolvem o seu litígio através de um acordo após conversação das diferenças. Temos atualmente o prestígio de uma política iniciada por algumas plataformas digitais e que o CNJ já criou a sua, mediação digital,

7 "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir em Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a Justiça como valores de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil" Grifo nosso. Preâmbulo da Constituição Federal de 1988.

em que os próprios envolvidos sem o terceiro encontram a solução e este tão somente ao final, acaso as partes queiram a homologam. Historicamente, a negociação, é o modo mais antigo de resolução de desavenças e tem a nítida vantagem de propiciar a continuidade do relacionamento entre os envolvidos, pois sequer foi necessário um interventor.⁸

Por outro lado, percebe-se, claramente, a impossibilidade da utilização pelo Magistrado, em razão de que por esta via, mesmo que existente já um processo, a iniciativa e efetiva solução é dos próprios envolvidos, logo, o que pode ser feito pelo Juiz é uma instigação a que as partes se sentem numa mesa de negociação para chegarem a um consenso, inclusive evitando a instauração de processos como fazem os juízes que coordenam e executam a política consensual em seus respectivos Tribunais.

Já a conciliação é a maneira clássica de solução amigável dos litígios quando já existe um processo ou até mesmo antes dele, principalmente pelas propostas já enunciadas do Conselho Nacional de Justiça, onde um terceiro, que pode ser o Juiz – essa é a idéia principal – formule uma resolução que seja aceita pelas partes, através de propostas das mesmas, ou também por sugestão do terceiro, sendo bastante prestigiada na legislação, inclusive penal.

Essa forma de solução vem sendo largamente aplicada e com muito sucesso no que tange à pacificação social e rápida resolução, devendo, por isso, ser mais bem estudada para que se crie a almejada cultura de consensualização dos litígios como prioridade. E não se continue na prática somente se indagando das partes se tem possibilidade de acordo. Não se criou um momento próprio e obrigatório, no início do processo para que o Juiz ou seu auxiliar não desenvolva as técnicas consensuais para se chegar a um acordo.

A mediação, por sua vez, não se preocupa tão-somente com a resolução do conflito posto em evidência e a sua característica principal consiste de que a participação do terceiro, que também pode ser o Juiz, é estimuladora para que os interessados encontrem a melhor solução, prestigiando a continuidade do relacionamento. Sua eficácia de satisfação

⁸ *“Sem intervenção de terceiros, as partes procuram resolver as questões, resolvendo disputas mediante discussões que podem ser conduzidas pelas partes autonomamente, ou por representantes. Por isso, alguns autores, não a consideram uma forma de solução de conflitos propriamente dita. A negociação é usada para qualquer tipo de disputa e faz parte do dia-a-dia transacional. É uma atividade constante entre advogados. É um método apropriado a ser utilizado quando as partes continuam a ter relações comerciais, cotidianamente, ou quando é possível solução criativa, sendo certo que tal vínculo caracteriza-se pela confiança mútua e credibilidade entre as partes.”* Fernando Horta Tavares, *Mediação & Conciliação*, 1ª Edição, Editora Mandamentos, 2002, p.42.

social é bem mais evidente do que na conciliação e para nós mesmo com o princípio da confidencialidade pode ser desenvolvida pelo magistrado, desde que ele não julgue mais o processo em caso de não se ter êxito, ressaltando ainda que o Juiz poderá ser mediador nos termos da política ora implementada pelo CNJ.

A par dessas considerações, vislumbra-se que esses meios democráticos de solução dos conflitos devem permear a atividade jurisdicional de modo que se transforme em uma prática constante e não somente se cumpra mais uma formalidade, pois como já sentido nessas primeiras linhas, a sua efetividade quanto à pacificação social é bem mais intensa do que a sentença, o que por si só, já justificaria essa mudança de paradigma, contudo, outras vantagens podem ser percebidas, dentre elas, a já citada, mas sempre importante celeridade na resolução do litígio, valor dos mais buscados pela sociedade em geral.

Por fim, ainda se pode trazer como vantagens da utilização desses meios alternativos de solução dos conflitos, a responsabilização dos envolvidos pela decisão, o que prestigia a democracia, a igualdade de tratamento, a solidariedade, a prevenção de novos litígios, a harmonização e talvez a mais significativa, a própria transformação social, pois quando as partes resolvem amigavelmente uma contenda, acabam retirando muitas lições que representam um avanço nos seus ideais, construindo uma nova realidade.

Desta forma, patente que esses meios são muito eficientes em várias nuances, o que já legitima a adoção integral dos mesmos pelo aspecto substancial, contudo agora com o novo CPC e a lei de mediação, os temos, não só a conciliação e mediação, mas todos os demais meios consensuais, como formalmente obrigatórios já no início do processo e preferenciais em relação à jurisdição clássica, bem como sendo utilizados para se evitar a judicialização excessiva.⁹

Fechando o raciocínio, trazemos a fala contundente de Trícia Navarro e Hermes Zaneti Jr na apresentação do livro *Justiça Multiportas*:

⁹ *“Assim, o espírito de conciliação deve nortear os envolvidos nas disputas judiciais, uma vez que, por melhores que sejam as leis e a prestação da atividade jurisdicional, ninguém decide os conflitos mais adequadamente aos respectivos interesses do que os próprios litigantes. A mediação frutífera proporciona aos profissionais da área do Direito a rara satisfação de poder rapidamente resolver o problema. O aperto da mão ao término da audiência, em que a conciliação foi atingida, representa o retorno das partes à normalidade social. O que mais poderiam pretender advogados e Juízes? João Baptista de Mello e Souza Neto, Mediação em juízo Abordagem prática para obtenção de um acordo justo, 1ª Edição, Editora Atlas, 2000, p. 101.*

“Não se trata de esperar do Poder Judiciário uma segurança que intervenha a cada momento e a tudo corrija, de uma segurança centralizadora, da qual claramente este modelo abre mão; trata-se de uma segurança que garante o devido processo legal, mesmo para além de suas portas, que assegura que direitos fundamentais serão preservados em sua fundamentalidade e que não se pode falar de justiça consensual ou heterocomposição onde o equilíbrio das partes não seja adequadamente dimensionado, onde os direitos não tenham tutela constitucionalmente adequada”

3. DISTINÇÃO ENTRE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

No tópico anterior propositadamente foram expostas de modo perfunctório a compreensão dos institutos da conciliação e mediação, tendo se ressaltado as suas convergências e apontado algumas das diferenças, sendo imperioso que se debruce com mais vagar nesse tocante.

Primeiro, foi visto que na conciliação o terceiro acaba propondo o acordo, ou seja, de alguma forma participa, mesmo que indiretamente da solução, que é aceita pelas partes, enquanto que na mediação essa solução é encontrada, através do diálogo constante pelos próprios envolvidos, só havendo intermediação do terceiro, enfatizando, por obvio, que o Magistrado se encaixa nesses dois perfis em nosso entender.

Na conciliação¹⁰, que tem como objetivo precípuo tão-somente a solução específica do conflito, o terceiro sempre está propondo as alternativas de resoluções, a partir das peculiaridades de cada caso, o que denota sua maior intervenção na solução propriamente dita e por consequência uma participação mais intensa quanto à responsabilidade da solução do conflito, sem evidentemente, se impor qualquer decisão, já que a consensualidade é inerente a ambos os institutos.

Já no que concerne à mediação, vislumbra-se que a importância das partes com relação ao terceiro é bem mais evidente, visto que a responsabilização pela solução encontrada pelos mesmos é deles, o que in-

10 *“Despido o magistrado do preconceito contrário quanto a se dedicar francamente à tarefa de obter a conciliação e, também ele, desprovido da vaidade de ver sua “bela” sentença elogiada pelos Tribunais, estará livre para perceber, na fase de conciliação, o que significa incorporar a lei, o arquétipo do pai e que, aos olhos das partes interessadas sua palavra impressiona, é contundente. A fala inicial do magistrado nas audiências de conciliação penetra a consciência dos envolvidos e com eles mantém contato direto. É um desperdício perder esse momento por ignorar sua importância e eficácia.”* João Baptista de Mello e Souza Neto, *Mediação em juízo Abordagem prática para obtenção de um acordo justo*, 1ª Edição, Editora Atlas, 2000, p. 48.

forma uma maior participação, ressaltando-se, destarte, que esse modo ainda é mais democrático que o primeiro.

Também é de se apontar que como os interessados são estimulados a dialogar e tentar entender o lado do outro, a solução, quase sempre, prima não só pela resolução em específico do litígio, mas com a continuidade do relacionamento.¹¹ Aqui temos a maior vantagem da mediação.

A par dessas primeiras ponderações de distinção, já se verifica que os dois modos devem ser utilizados de acordo com o objeto da lide, pois se não há um relacionamento anterior entre os envolvidos, como por exemplo, um acidente de trânsito entre desconhecidos, a conciliação parece ser o meio mais eficaz e até mesmo, dependendo do modo de condução e técnicas usadas, pode se estimular uma amizade.

Noutro quadrante, se a lide trata de um conflito interpessoal entre pessoas ligadas por um sentimento e que acaba envolvendo uma relação patrimonial, a mediação se afigura como o instrumento mais eficaz, já que a visão do mediador não deverá ser somente solucionar aquele problema, porém, permitir que os litigantes possam, entendendo suas diferenças, manter uma relação, no mínimo, amistosa, atingindo, com mais sucesso, a pacificação social e se discutindo todas as pretensões e não só os conflitos aparentes externados nas peças processuais.

Desta forma, analisando com essa visão mais acurada, pode-se depreender facilmente que esses meios consensuais de se compor um conflito tanto pode ser utilizado se já houver um processo, pelo Juiz ou seu auxiliar, ou até mesmo antes de se instaurar um processo, o que se afigura ainda mais benéfico, ressaltando, que se por acaso, dentro de um processo judicial se tentar a solução, por um desses meios, deve se despir daquela idéia de adversariedade, prestigiando sempre a cooperação e o diálogo franco e aberto.

Ainda é oportuno salientar que a mediação também previne com muita mais eficácia a possibilidade de novos conflitos, já que a conversação é priorizada e a decisão é das próprias partes, logo, a dificuldade

11 *“Outra vantagem importante da mediação é a contínua e intensa discussão sobre o conflito. Aqui, não se objetiva apenas a consecução do acordo, mas o melhoramento e a continuação do relacionamento dos mediados. Nesta discussão, as pessoas são consideradas como seres únicos, devendo ser respeitadas como tais...Em suma, a mediação é bastante vantajosa. Seus objetivos não atingem apenas os problemas, refletindo seus efeitos nos mediados e na sociedade, fortalecendo e preservando o relacionamento existente entre as pessoas”.* Lília Maia de Moraes Sales e Mônica Carvalho Vasconcelos, *Mediação Familiar: Um estudo histórico-social das relações de conflitos nas famílias contemporâneas*, 1ª Edição, Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora Ltda, 2006, págs. 94/95.

para não haver seu cumprimento é bem menor do que na conciliação, até mesmo, pela natureza das causas que a ela são submetidas.

Ressalve-se, por ser esse o objetivo desse artigo, que tanto a conciliação como a mediação quanto ao cumprimento do acordado, são mais eficazes, nesse quadrante, do que as decisões jurisdicionais, o que deve ser levado em consideração em razão do movimento de algum tempo pela efetividade do direito material via processo.

Na esteira do preconizado acima, em que pese as diferenças entre os dois institutos, duas conclusões parecem cristalinas; a primeira no sentido de que as suas características, em momento algum, inviabiliza a sua profícuca utilização pelos juízes; a segunda é de que os conflitos, mesmo aqueles já judicializados devem ser analisados sob a ótica positiva, pois como ambos institutos prestigiam o diálogo - com mais veemência a mediação – sempre consegue se obter ganhos para os envolvidos¹², que crescem a cada conflito e principalmente quando encontram, por si sós, a solução.

Por fim, ainda é oportuno reforçar que a mediação proporciona uma maior participação¹³ dos envolvidos na solução dos conflitos, dando-os auto confiança e autodeterminação para a execução de suas demais tarefas pessoais, já que quando se envolvem valores e sentimentos, como patente restou esclarecido quanto à mediação, os conflitos reais surgem em detrimentos dos aparentes, desconstruindo aquela infame idéia de que no final existe um vencedor e por conseguinte um perdedor e isto não é realidade, já que na mediação, com mais clareza, verifica-se que a idéia é o ganha-ganha para os dois lados.

4. LIMITES FORMAIS E MATERIAIS PARA O USO DA MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO PELOS JUÍZES

Como tudo na vida é relativo, nada mais natural de que haja limitações nessa atividade dos magistrados, em que pese todas as vantagens

12 “A mediação procura valorizar esses laços fundamentais de relacionamento, incentivar o respeito à vontade dos interessados, ressaltando os pontos positivos de cada um dos envolvidos na solução da lide para, ao final, extrair como consequência natural do procedimento os verdadeiros interesses em conflito”. Fernando Horta Tavares, *Mediação & Conciliação*, 1ª Edição, Editora Mandamentos, 2002, p. 64.

13 “Em outras palavras, a mediação inclui na sociedade na medida em que aumenta a autodeterminação e a responsabilidade dos mesmos. Assim, por meio desse procedimento, os indivíduos passam a ter voz mais ativa dentro da sociedade, uma vez que possuem autonomia e são responsáveis por solucionar suas controvérsias. Como ressaltamos em outro momento: A mediação apresenta-se, pois, com o objetivo de oferecer aos cidadãos participação ativa na resolução de conflitos, resultando no crescimento do sentimento de responsabilidade civil, cidadania e de controle sobre os problemas vivenciados. Dessa maneira, apresenta forte impacto direto na melhoria das condições de vida da população – na perspectiva do acesso à justiça, na concretização de direitos, enfim, no exercício da cidadania”. Lília Maia de Moraes Sales e Mônica Carvalho Vasconcelos, *Mediação Familiar: Um estudo histórico-social das relações de conflitos nas famílias contemporâneas*, 1ª Edição, Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora Ltda, 2006, p. 90/91.

desses institutos e suas informalidades, todavia, muitas situações inviabilizam por completo, tanto a conciliação quanto a mediação, não só pela natureza desses métodos, bem como a própria essência de algumas matérias dos conflitos e a própria estrutura do Poder Judiciário, logo, essa análise torna-se imprescindível, visto que em alguns casos a almejada pacificação social somente vai ser alcançada por uma atuação mais firme e decisiva da Justiça, que, como percebido, não se coaduna com os institutos em exame.

Nesse sentido, nem sempre é possível que os Juízes se utilizem desses meios consensuais de solução dos conflitos, quer por limitação formal quer material. Quanto ao primeiro aspecto, é cediço que o ordenamento jurídico, em relação a algumas matérias, não admite conciliação e muito menos mediação, como por exemplo, a maioria esmagadora dos delitos penais.¹⁴

Quando ocorre tal tipo de ilícito, por mais que vítima e acusado tenham chegado a um consenso quanto ao fato analisado na Justiça, somente essa tem competência para solucionar esse caso, pois a sociedade se sente lesada e esse bem jurídico é protegido pela legislação, logo o acordo não vai, de um modo geral, influir na atuação jurisdicional *stricto sensu*.¹⁵

Ressalte-se que já se discute dentro do Judiciário a mediação penal e a justiça restaurativa, que podem em alguns crimes serem bem trabalhados quanto a se evitar novos delitos e envolver a vítima para restabelecimento quando possível pelo menos da convivência social.

Por outro lado, é de se destacar que até mesmo em casos que outrora não se admitia transação, como por exemplo, os direitos indisponíveis¹⁶ e aqueles que envolviam o Poder Público, para ser bem especí-

14 “Em matéria criminal, a conciliação vinha sendo considerada inadmissível, dada a absoluta indisponibilidade da liberdade corporal e a regra *nulla poena sine iudicio*, de tradicional prevalência na ordem constitucional brasileira. Nova perspectiva abriu-se com a Constituição de 1988, que previu a instituição de Juizados Especiais providos por Juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução..de infrações penais de menor potencial ofensivo...permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turma de juízes de primeiro grau.” Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, Teoria Geral do Processo, 20ª Edição, Editora Malheiros, 2004, p. 27/28.

15 Ressalve-se que as Leis dos juizados especiais, quer estadual quer federal, prevêm a possibilidade de que alguns ilícitos penais possam ser resolvidos mediante composição civil entre as partes e até mesmo transação direta com o Ministério Público, o que demonstra que a justiça consensual vem ampliando seu espectro de atuação em todos as searas, inclusive penal.

16 “Trata-se dos chamados” direitos da personalidade “(vida, incolumidade física, liberdade, honra, propriedade intelectual, intimidade, estado). Quando a causa versar sobre interesses dessa ordem, diz-se que as partes não têm disponibilidade de seus próprios interesses (matéria penal, direito de família etc.). Mas, além dessas hipóteses de indisponibilidade objetiva, encontramos aqueles casos em que é uma especial condição da pessoa que impede a disposição de seus direitos e interesses(indisponibilidade subjetiva); é o que se dá com os incapazes e com as pessoas jurídicas de direito público”. Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, Teoria Geral do Processo, 20ª Edição, Editora Malheiros, 2004, p. 29.

fico, hodiernamente, já se permitem que por acordo, se finde processos que tenham tais objetos, demonstrando, por conseguinte, que a Justiça consensual vem ganhando espaço e quem sabe cada vez mais se amplie para atingir outros objetos, até mesmo penal, evidentemente, em caso de reconhecimento pelo acusado da culpa e a aplicação direta da pena privativa de liberdade.

Pode se pensar que hoje é inimaginável, mas é possível, pois a consciência do malfeitor será o elemento que justificará a pena, até mesmo sem o devido processo legal, mas nunca como regra geral e sim exceção sob condicionantes rígidas.¹⁷

Quanto às limitações materiais, pode-se enunciar, primeiramente, que a boa-fé é a mais importante, pois como se admitir que os envolvidos possam conciliar e principalmente se submeterem à mediação se estiverem ocultando a verdade ou até mesmo mentindo, como infelizmente é muito comum na *praxe forense*, logo, é imprescindível que essa cultura de litígio e suas amarras sejam deixadas de lado quando as partes quiserem resolver os seus problemas pela via consensual.¹⁸

Outra grande limitação para o desenrolar dessas atividades junto à Justiça diz respeito à necessidade imanente de que as partes estejam em condições de igualdade e para tanto a atividade do Juiz, utilizando-se do seu chamado poder assistencial¹⁹, é vital, pois em caso das partes não estarem nessa posição, o diálogo, com certeza, vai ser infrutífero, podendo haver coações ou por qualquer forma imposição, o que vai de confronto aos princípios que informam a conciliação e mediação.

Destarte, somente o equilíbrio entre as partes conduzirá a um resultado efetivo quanto à pacificação social, visto que patente, ser a igualdade, uma condição indeclinável para o sucesso e até mesmo início das

17 Esclareça-se que a Constituição Federal prevê como direito e garantia fundamental do cidadão o devido processo legal, contudo, o que se prega é que esse direito possa ser renunciado em caso de pleno reconhecimento da ilicitude, logo, em havendo aceitação, lhe seja imposto a pena, suprimindo algumas etapas do processo, tudo pela via consensual.

18 *“A mediação, para ser bem sucedida, pressupõe boa-fé de ambas as partes. Os mediadores devem estar dispostos para assimilar os princípios da mediação, sobretudo para agir de modo solidário e verdadeiro. Infelizmente, em nossa sociedade, ainda predomina a arcaica mentalidade de cultura do litígio, em que às partes interessa obter vantagens – ganhar”*. Lília Maia de Moraes Sales e Mônica Carvalho Vasconcelos, *Mediação Familiar: Um estudo histórico-social das relações de conflitos nas famílias contemporâneas*, 1ª Edição, Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora Ltda, 2006, p. 95.

19 Este poder é amplamente utilizado pelos operários do direito a par do princípio da igualdade das armas, mesmo tendo ciência de que no exercício dessa atividade consensual não qualquer espaço para a cultura de litígio propriamente dito, o juiz não pode deixar de está atento as diferenças econômicas e sociais das partes e quando a mesma for discrepante deve adotar medidas que busquem igualar pelo menos nessa conversa, o que é difícil na prática, contudo, não impossível.

conversações, logo, esse limite deve necessariamente ser transposto, pelo menos em relação à mediação, na qual a atividade do Juiz é mais limitada do que na conciliação, pois nesta, em havendo essa desigualdade, a proposta do Juiz já pode levar em consideração tal aspecto.

Outro limite que muitas vezes pode impedir uma efetiva conciliação ou mediação é a própria atuação do Juiz nessas funções, pois a sua capacidade técnica, a par das ponderações já feitas, bem assim o cuidado para que não haja qualquer interferência no mérito das questões, principalmente na mediação, é imprescindível para o êxito das conversações e consequente feitura do acordo.

Desta forma, quando o Juiz perceber que, de alguma forma, já acabou se intrometendo no âmago do problema, emitindo a sua posição pessoal, o melhor a fazer é declinar de tal atividade e dependendo do caso e a intensidade da interferência, remeter os autos ao seu substituto, que poderá tentar continuar com a negociação ou então infelizmente ter que decidir pelas vias tradicionais, o que implicará, com certeza, em um grau de eficácia social bem menor.

Essa projeção infelizmente se retrata como uma realidade que precisa ser combatida, pelas vias ora comentadas, bem assim a própria competência técnica dos Juízes em assimilar melhor as relações humanas que envolvem todo processo atinentes aos sentimentos e valores envolvidos, já que infelizmente, por melhor que sejam os peticionantes, a forma escrita não consegue transmitir, com a segurança necessária, tais valores, que bem compreendidos, podem ser desprezados ou levados em consideração, dependendo da situação, pois é cediço que muitas vezes esses fatores condicionam todo o conflito e a sentença não os enxerga.

Desta forma, esse limite material deve, por conseguinte, ser transposto com muita serenidade e calma pelos Juizes, enquanto conciliadores e mediadores, bem assim até na sua missão de julgar, acaso seja possível, para tanto, o princípio da oralidade²⁰ é um instrumento eficiente.

Nesse viés, para que os Juízes possam superar esses limites da atividade consensual, principalmente os materiais, devem os mesmos ampliar, sobremodo, a sua atuação para além da ciência jurídica, tentando com-

²⁰ Essa acepção do princípio da oralidade inclui, evidentemente, os seus subprincípios, quais sejam a concentração, a imediatividade, a identidade física do Juiz e a irrecorribilidade das decisões interlocutórias, que quando aplicados, na prática, privilegiam a percepção dos sentimentos e emoções, que infelizmente não são repassados pelo princípio da escritura. Desta forma, não só o movimento pela efetividade e o mais recente da conciliação são importantes, pois a adoção na íntegra do princípio da oralidade, com certeza, aproximará a Justiça da verdade real e, por conseguinte, nos casos de tentativa de solução amigável, esse contato é imprescindível.

preender as inquietudes e incoerências das relações humanas, utilizando-se dos saberes das outras ciências, através da interdisciplinaridade.²¹

Por outro lado, por mais que os Juízes, enquanto mediadores e conciliadores se capacitem tecnicamente e mudem o paradigma de sua atuação, tudo para transpor esses limites e com sucesso resolverem os conflitos aos mesmos submetidos, é cediço que a sua própria natureza de ser humano, já é por si só, uma limitação insuperável e que os seus atos são passíveis de falhas, logo, essa compreensão facilita o seu regular exercício nessa atividade, pois a consciência de suas limitações e a virtude da modéstia quanto ao conhecimento, são armas eficientes para a superação de todos os obstáculos dessa atividade de busca do consenso.

5. CONCLUSÕES

A principal função da atividade jurisdicional é, sem sombra de dúvidas, a pacificação social e infelizmente esta não vem sendo alcançada pelas vias tradicionais, logo, se faz necessária a utilização dos meios consensuais, não mais alternativos, agora obrigatórios e preferenciais, sendo os mais democráticos possíveis, para solução dos conflitos, visto que os mesmos possuem características que se afinam com a satisfação social, principalmente pela efetiva participação dos próprios interessados.

Afora o fator de eficácia social do acordado pelas partes, as formas de auto-composição também prestigiam a questão da celeridade e até mesmo efetividade do próprio direito material envolvido, bem como quando os acordos são realizados, evita-se perda de tempo e economiza-se financeiramente, daí porque, esses fatores devem ser levados em consideração pelo Juiz a fim de que passem a utilizar tais meios, sem que haja qualquer demérito à atividade jurisdicional propriamente dita, pelo contrário a deixa para os casos em que realmente se torna imprescindível o mister por força do artigo 5º inciso XXXV de nossa Carta Magna.

A conciliação e a mediação não podem ser compreendidas como institutos que irão excluir a atividade jurisdicional, pois na realidade, elas atualmente são espécies de atividades também jurisdicionais junto com a sentença, devendo serem divulgadas como produtos da Justiça, que não

21 *“Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substancial dos mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas”.* Mauro Cappelletti e Bryan Garth, Acesso à Justiça, 1ª Edição, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 13.

mais age somente pela via da sentença, registrando-se ainda além desse aspecto formal que são mais eficazes em relação à satisfação social dos contendores, escopo maior do Direito e na qual há algum tempo a jurisdição clássica vem esquecendo pela supervalorização do processo, na qual o próprio CPC também o simplifica e traz a autonomia das vontades das partes como uma de suas principais premissas. Portanto, a sentença não é mais o único produto da atividade jurisdicional, temos a conciliação, mediação e outros meios consensuais.

Na conciliação, o Juiz tem uma participação mais intensa em relação ao resultado, pois pode propor soluções que serão aceitas pelas partes. Já na mediação, a sua participação é mais intensa no procedimento, visto que a sua condução neutra e imparcial, estimula o surgimento da solução e é preponderante, todavia, nesse caso, em tese, não pode propor a resolução, esta é alcançada naturalmente pelas partes, através do diálogo e cooperação mútua, desconstruindo a idéia de litígio.

A mediação, por sua vez, tem a vantagem de não só se preocupar em resolver o litígio em específico, mas sim permitir, dentro da realidade de cada caso concreto, a continuidade do relacionamento, logo, sua aplicação é mais eficaz nos conflitos que envolvem sentimentos e valores, aos quais infelizmente tendem a esconder os conflitos reais e que a Justiça tradicional, atualmente, só vem resolvendo os aparentes.

Não se pode afirmar que o princípio da confidencialidade impede de todas as formas a realização de mediação pelo Juiz, primeiro porque a forma de exercício de tal atividade segundo a política do CNJ é a mais ampla possível, desde que haja a devida qualificação e treinamento padronizado com o seguimento rigoroso do conteúdo programático estabelecido, segundo porque acaso o Juiz que também haja como mediador não consiga obter o acordo, basta remeter aos autos ao substituto e terceiro o Juiz poderá agir como mediador em processos que não estejam sob seu crivo dentro da jurisdição clássica.

Tanto a conciliação quanto a mediação se preocupam com a capacidade de deliberação dos conflituosos, desfazendo aquela concepção de que somente a decisão imposta por um terceiro pode solucionar o problema, bem como evidencia de forma intensa a responsabilidade dos mesmos, o que propicia automaticamente uma maior satisfação social, já que a solução foi aceita e as vezes até encontrada pelos mesmos.

Os Juízes devem, portanto, se capacitar tecnicamente e da mesma forma que na entrega da prestação jurisdicional, não podem expressar qualquer tipo de emoção, que possa causar desconfiança das partes em relação ao seu único desejo de obter a satisfação social via consenso, estimulando sempre a comunicação dos envolvidos.

Na realidade, faz-se necessário uma mudança de paradigma na atuação judicial, de modo que a conscientização das partes quanto à eficácia social do acordo, seja precedida da do Juiz nesse mesmo sentido, para tanto, as amarras da tutela jurisdicional não podem se imiscuir nessa jurisdição consensual.

Como toda atividade, essa também possui limites, tanto os formais quanto materiais, logo, nem todos os objetos dos conflitos podem ser solucionados via acordo, como por exemplo, a maioria dos delitos penais e alguns casos de direito indisponíveis, bem assim as partes e o Juiz devem possuir as condições indispensáveis para que a solução amigável seja encontrada, ressaltando ainda o crescimento da Justiça Restaurativa e Mediação Penal.

O Juiz não pode em nenhum momento, dessa atividade consensual, agir como Juiz propriamente dito, já que quando assim proceder, coloca em risco a feitura do acordo, desacreditando a própria Justiça quanto à sua função pacificadora, em especial quando se trata de conflitos familiares, que como cediço se referem às desilusões e insatisfações de pessoas diferentes que acreditaram numa relação amorosa, o que sempre deve ser considerado.

Não há dúvida de que os meios democráticos de solução dos conflitos são bem mais eficientes do que a sentença, logo, essa divulgação deve ocorrer entre os operários do Direito como um todo, de modo que a conciliação e a mediação deixem de ser exceção também na prática, tornando-se como previstos no CPC e lei de mediação, regra geral e preferenciais, já que indiscutivelmente toda a razão de ser do Direito é a pacificação social com Justiça e esta inarredavelmente não vem, infelizmente, sendo realizada pelas vias tradicionais, que não tratam o conflito do modo adequado como os meios consensuais. •

BIBLIOGRAFIA

CAPPELETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. 1ª Edição, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. 1ª Edição, São Paulo: Editora RT, 2006.

ROCHA, José de Albuquerque. Teoria Geral do Processo. 7ª Edição, São Paulo: Editora Atlas, 2006.

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

SALES, Lília Maia de Moraes. VASCONCELOS, Mônica Carvalho Mediação Familiar: Um estudo histórico-social das relações de conflitos nas famílias contemporâneas, 1ª Edição, Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora Ltda, 2006.

SAMPAIO, José Herval Júnior. Processo constitucional nova concepção de jurisdição, São Paulo, Grupo Gen, 2008.

SILVA, Vírgilio Afonso da. A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares, 1ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

SOUZA NETO, João Baptista de Mello e. Mediação em juízo Abordagem prática para obtenção de um acordo justo, 1ª Edição, São Paulo: Editora Atlas, 2000.

TARTUCE, FERNANDA. Mediação nos conflitos civis. São Paulo: Grupo Gen, 2016.

TAVARES, Fernando Horta. Mediação & Conciliação, 1ª Edição, Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2002.

VEZZULLA, Juan Carlos. Teoria e Prática da Mediação, V Edição Comentada e Corrigida, Florianópolis: Editado pelo Instituto de Mediação e Arbitragem no Brasil, 2001.

WARAT, Luis Alberto. O ofício do Mediador Florianópolis: Habitus Editora, 2001.

XAVIER CABRAL. Trícia Navarro e ZANETI JR. Hermes. Justiça Multiportas. Mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada dos conflitos. Salvador: Juspodvim, 2016.