

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito Processual Civil

Processo e Conciliação no Estado Democrático de Direito

Ângela de Lourdes Rodrigues

Belo Horizonte
2008

Ângela de Lourdes Rodrigues

Processo e Conciliação no Estado Democrático de Direito

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual Civil da Pontifica Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil.

Orientador: Profº Dr. Fernando Horta Tavares

Belo Horizonte

2008

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito Processual Civil

Dissertação intitulada *Processo e Conciliação no Estado Democrático de Direito*, de autoria de Ângela de Lourdes Rodrigues, defendida e aprovada no dia 26 de junho de 2008 pela banca examinadora, composta pelos seguintes professores:

Prof^o Dr. Fernando Horta Tavares – Orientador
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Prof^a Dra. Mariana França Gouveia
UNL – Universidade Nova de Lisboa

Prof^o Dr. César Augusto de Castro Fiuza
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Ao meu orientador

Professor Fernando Horta Tavares, minha
admiração, respeito e agradecimento pelo
incansável ensinamento e incentivo no
decorrer deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

À Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, pela confiança e apoio à pesquisa.

Ao professor Fernando Horta Tavares, meu orientador, pessoa que soube respeitar minhas limitações e com quem tanto aprendi.

Aos professores, convidados da banca examinadora, pela disponibilidade de ler este trabalho e de nele acrescentar suas sugestões.

Aos colegas do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual Civil, pelos ensinamentos e pelos momentos agradáveis que passamos juntos.

A Deus, razão de minha vida e fé, por todas as bênçãos recebidas.

De modo especial agradeço ao Celso, meu companheiro diário, e à minha família, por terem compreendido a minha ausência constante e terem me apoiado em todos os momentos que deixei de compartilhar com os mesmos, em virtude da preparação desta dissertação.

RESUMO

Esta dissertação desenvolveu um estudo sobre o Processo e a Conciliação no Estado Democrático de Direito. Investigou-se a constitucionalização da conciliação, seus princípios e objetivos e suas semelhanças com aqueles inseridos no texto constitucional. O estudo verificou sobre o processo e o procedimento no Estado Democrático de Direito. Foram conhecidos os métodos alternativos de resolução de conflitos dando-se ênfase à conciliação, em especial à conciliação judicial. Procurou-se averiguar a origem da conciliação, seu conceito e modalidades, bem como sua previsão em nosso ordenamento jurídico. Destacou-se a conciliação judicial no Código de Processo Civil realizada em vários momentos processuais. Apurou-se que a conciliação exige um perfil adequado para sua aplicação e técnicas que devem ser desenvolvidas e aprimoradas para a realização da autocomposição. Demonstrou-se que a conciliação é realizada com o auxílio de um terceiro que auxilia as partes na construção da decisão que atenda os interesses e pretensões dos contendores. As partes em conflito, na conciliação judicial devem ser assistidas por procuradores habilitados. Mostra-se exitosa a conciliação como meio alternativo de resolução de conflito para os jurisdicionados e o Judiciário porque permite as partes e seus procuradores compartilharem a decisão que será suportada pelos envolvidos em conflito e se dispõem a cumprir o que foi ajustado, independente de processo executório, finalizando o conflito e resolvendo o mérito. Transcreveu-se a experiência desenvolvida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais com um trabalho conciliatório realizado nas Varas de Família, denominado inicialmente Projeto Conciliação e posteriormente Central de Conciliação. Relativamente a esta, é apresentada a metodologia de trabalho realizado por uma equipe interdisciplinar (juízes, psicólogos, assistentes sociais e conciliador-estagiários) e os resultados estatísticos elaborados referentes à análise do trabalho realizado. Demonstrou-se que com o êxito dos trabalhos desenvolvidos junto à Central de Conciliação, a proposta da Conciliação foi estendida para outras varas mineiras (cível, fazenda pública estadual e municipal, precatórias criminais) e para inúmeras Comarcas do interior do Estado de Minas Gerais. Nesta dissertação, relatou-se sobre a Semana Nacional de Conciliação, programada pelo Conselho Nacional de Justiça, que ocorreu do dia 03 a 08 de dezembro de 2007 e os resultados de audiência ligados

ao mencionado Projeto. Conclui-se que a Conciliação é o método alternativo mais adequado para o exercício da função jurisdicional, porque permite que um terceiro auxilie as partes a participar e construir o provimento final que atenda aos interesses e pretensões das partes em conflito, tendo em vista que são estes, os destinatários finais do provimento. Outro resultado da Conciliação foi a agilização do andamento processual sem sumarizar o procedimento, finalizando o conflito com resolução de mérito, sem descumprimento ou futura discussão do que foi livremente ajustado.

ABSTRACT

This dissertation developed a study on the Process and the Conciliation in the Democratic State of Right. Investigated to the constitutionalization of conciliation, its principles and objectives and their similarities to those inserted into the constitutional text. The study checked on the process and the proceeding in the Democratic State of Right. There were known alternative methods of conflict resolution when emphasis on conciliation, in special to the conciliation court. The study seeks to investigate the origin of the conciliation, its concept and modalities, as well as its foresight in our legal system. In the judicial conciliation stood out in the Code of Civil Process carried out at several procedure moments. It was found that the conciliation requires an appropriate profile for his application and techniques that must be developed enhanced to perform the settlement. It was demonstrated the conciliation is carried out with the help of a third party who helps the parties in the construction of the decision that attends the interests and claims of the adversary parties. The adversary party, in conciliation court should be assisted by qualified prosecutors. It demonstrates the successful conciliation as an alternative means of resolving conflict for the parties and the judicial because it allows the parties and their attorneys share the decision that will be supported by and is involved in the controversy have to abide by what was adjusted, regardless of execution proceeding, ending the conflict and resolving the merits. There was transcribed the experience developed by the Court of Justice of the State of Minas Gerais with a conciliatory work done in Family Court, originally called Project Conciliation and later Central Court of Conciliation. On this, it shows the methodology of work by an interdisciplinary team (judges, psychologists, social workers and referees-trainees) and the statistical results prepared relating to the analysis of work. It was demonstrated that with the success of the work developed at the Central Court of Conciliation has been extended the other Court Settlement of the State of Minas Gerais (civil, state and city public finances, criminal writs) and for countless Judicatures of the interior of the State of Minas Gerais. In this dissertation, it was reported on the National Week of Conciliation, planned by the National Council of Justice, which occurred the day 03 to 08 from December 2007 and the results of hearing linked to the mentioned project. We conclude that is the most appropriate

alternative method for the exercise of the judicial function, because it allows a third party to assist the adversary parties to participate and build the final provision that meets the interests and wishes of the parties in conflict, in order that these are, the final addressees of the provision. Another result of the Conciliation was the improvement of procedural motion without summarizing the procedure, ending the conflict resolution of merit, without failure or future discussion of what it was freely adjusted.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
CAPÍTULO I - O ESTADO E A CONCILIAÇÃO.....	14
1.1 Estado de Direito, o Estado social e o Estado Democrático de Direito.....	14
1.1.1 <i>O Estado de Direito: Evolução</i>	16
1.1.2 <i>O Estado Social</i>	18
1.2.3 <i>O Estado Democrático de Direito</i>	19
CAPÍTULO II - PROCESSO CONSTITUCIONAL E DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	21
2.1 Devido Processo Constitucional.....	21
2.2 Devido processo Legal.....	23
CAPÍTULO III - PROCESSO E PROCEDIMENTO.....	26
3.1 Considerações gerais sobre Processo e Procedimento.....	26
3.2 O Estado no Exercício da Função Jurisdicional.....	28
CAPÍTULO IV - MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS	31
4.1 Considerações gerais sobre os meios alternativos de resolução de conflitos	31
4.2 As formas alternativas de resolução de conflitos.....	35
4.2.1 <i>Arbitragem</i>	35
4.2.2 <i>Mediação</i>	36
4.2.3 <i>Negociação</i>	38
4.3.4 <i>Conciliação</i>	39
CAPÍTULO V - A CONCILIAÇÃO NO BRASIL.....	41
5.1 Origem da Conciliação no Brasil.....	41
5.2 Conceito de Conciliação e suas Modalidades.....	42
CAPÍTULO VI – A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA CONCILIAÇÃO.....	46
6.1 Principiologia da Conciliação.....	46
6.1.1 <i>Considerações iniciais</i>	47
6.1.2 <i>Soberania e Autonomia</i>	48
6.1.3 <i>Cidadania</i>	49
6.1.4 <i>Dignidade da pessoa humana</i>	50
6.1.5 <i>Livre iniciativa</i>	51
6.1.6 <i>Pluralismo de soluções</i>	51
6.1.7 <i>Acesso à jurisdição</i>	52
6.2 Objetivos considerados fundamentais da Conciliação.....	56
6.2.1 <i>Decisão livremente construída pelos sujeitos</i>	56
6.2.2 <i>Liberdade de manifestação individual na tentativa de Conciliação</i>	57
6.2.3 <i>Isonomia</i>	57
6.2.4 <i>Promoção Individual de todas as partes envolvidas</i>	58
6.3 A Conciliação Judicial no Brasil.....	59
6.4 A Conciliação prevista no Código de Processo Civil Brasileiro.....	61
6.4.1 <i>Transação e Resolução de Mérito</i>	65

CAPÍTULO VII - A CONCILIAÇÃO COMO MEIO ALTERNATIVO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	68
7.1 Técnicas aplicáveis à Conciliação.....	69
7.2 Vantagens e desvantagens da Conciliação Judicial.....	71
7.3 A necessária confidencialidade da audiência de Conciliação.....	74
7.4 O cumprimento do Acordo entre as partes.....	75
 CAPÍTULO VIII - ASPECTOS PRÁTICOS DA CONCILIAÇÃO.....	 77
8.1 O Conciliador: conceito.....	77
8.2 O Perfil do conciliador.....	79
8.2.1 <i>O Conciliador deve saber ouvir as partes em conflito.....</i>	<i>80</i>
8.2.2 <i>Imparcialidade.....</i>	<i>81</i>
8.2.3 <i>Ser discreto e saber manter o sigilo profissional.....</i>	<i>83</i>
8.2.4 <i>Tratamento cordial e respeitoso com as partes envolvidas no conflito..</i>	<i>84</i>
8.2.5 <i>Autocontrole.....</i>	<i>84</i>
8.2.6 <i>Considerações finais quanto ao perfil do Conciliador.....</i>	<i>85</i>
8.3 Juiz - julgador X juiz - conciliador.....	86
 CAPÍTULO IX - EXPERIÊNCIA PIONEIRA DA CONCILIAÇÃO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS.....	 89
9.1 Considerações técnicas após a implantação da Central de Conciliação...	94
9.2 Realização das audiências na Central de Conciliação de Belo Horizonte: aspectos da procedimentalidade.....	97
9.2.1 <i>Metodologia dos Trabalhos para Realização das Audiências.....</i>	<i>98</i>
9.3 Da Imprescindibilidade da Assistência Jurídica.....	103
9.3.1 <i>Da atuação da Equipe Interdisciplinar.....</i>	<i>105</i>
 CAPÍTULO X - EXPANSÃO DO PROJETO DE CONCILIAÇÃO.....	 107
10.1 Diversidade de possibilidades de conciliação e resultados de término de conflitos em razão das atividades da central.....	107
10.2 A Conciliação nas Varas de Família de Belo Horizonte.....	109
10.3 A Conciliação nas Varas Cíveis de Belo Horizonte.....	111
10.4 A Conciliação nas Varas da Fazenda Pública.....	112
10.5 A Conciliação na Vara de Precatórias Criminais de Belo Horizonte.....	113
10.6 A Conciliação nas Varas de Feitos Tributários e da Fazenda Pública Municipais de Belo Horizonte.....	113
10.7 A Semana Nacional de Conciliação.....	115
 CONCLUSÃO.....	 116
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	 119

INTRODUÇÃO

A Conciliação, como forma alternativa de solução de controvérsias, tem despertado o interesse de vários pesquisadores no âmbito do Direito Processual. O assunto é de grande importância para a resolução dos conflitos sociais que a cada dia são mais acirrados, sendo necessário que o Estado, responsável pelo exercício da atividade jurisdicional, se capacite e se estruture para solucioná-los.

Sem qualquer pretensão de se esgotar o assunto sobre a temática abordada nesta dissertação, inicia-se o presente estudo procurando demonstrar a estreita ligação entre o Estado, o Processo e a Conciliação. Serão abordadas as características do Estado de Direito, o Estado Liberal, o Estado Social até o atual Estado Democrático de Direito vigente em nossa Carta Magna, de modo a apontar a inserção da Conciliação em cada um destes modelos teóricos.

Ao se referir sobre a Conciliação no Estado Democrático de Direito será necessário refletir sobre o Processo Constitucional e o Devido Processo Legal, bem como a compreensão do Processo e do Procedimento operante no exercício da função jurisdicional sob o entendimento que esta atividade é monopolizada pelo Estado.

Ao analisar o exercício da função jurisdicional verificar-se-á se essa atividade tem sido exercida de forma satisfatória, isto é, se atende aos reclamos do jurisdicionados ou se existem deficiências na atividade da máquina estatal. Em caso positivo, quais seriam os problemas existentes na solução dos conflitos no caso concreto ou as alternativas que deveriam ser aplicadas?

Serão apresentados e analisados os meios alternativos de resolução de conflitos como uma das opções viáveis para o pronto atendimento da atividade jurisdicional, razão pela qual irá trazer o entendimento de vários doutrinadores pátrios quanto aos meios alternativos de resolução de conflito, com destaque para a Conciliação.

Ao escolher a Conciliação como o meio alternativo de resolução de conflito, faz-se necessário conhecer sua origem, seu conceito e refletir sobre suas modalidades. Dentre as modalidades de Conciliação existentes, far-se-á opção pela Conciliação judicial e sua adequação à norma constitucional. Ao analisar a Conciliação é preciso verificar seus princípios e objetivos e se estes possuem ou não semelhanças com aqueles previstos no texto constitucional.

Analisada a Constitucionalização da Conciliação, verificar-se-á sua aplicação no Brasil, quando foi adotada, seus contornos existentes no ordenamento jurídico e mais precisamente, no Código de Processo Civil. No aspecto processual, serão verificados seus efeitos em caso de transação e a possibilidade de haver ou não a resolução de mérito. Pretende-se nessa oportunidade verificar se a Conciliação não lograr êxito, se otimizará ou retardará o andamento processual.

Em outra oportunidade procurar-se-á verificar se a Conciliação, como meio alternativo de resolução de conflito, no aspecto judicial, possibilita o acesso à jurisdição; se existem técnicas para sua aplicação, suas vantagens e desvantagens; se existe alguma interferência dos trabalhos realizados na audiência de conciliação e outras audiências que acaso sejam necessárias, em caso de não ser realizado o acordo.

Sendo realizada a audiência de conciliação, feito o acordo, deve-se averiguar se as partes que entraram em composição amigável cumprirão o que foi ajustado e se existem mecanismos de obrigatoriedade do cumprimento do que ajustado voluntariamente, em caso de descumprimento.

Após a análise da Conciliação, sob o aspecto judicial, no Código de Processo Civil, recorrer-se-á sobre seus aspectos práticos, tais como a figura do conciliador, seu conceito, perfil que se considera adequado para desempenhar a atividade conciliatória, e ainda pretende-se fazer uma rápida análise do juiz-julgador e do juiz-conciliador.

Analisada a conciliação no Estado Democrático de Direito e sob o aspecto processual, como meio alternativo de resolução de conflitos, passa-se a expor a experiência pioneira levada a efeito pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Tal experiência acompanha um projeto piloto, posteriormente normatizado por uma resolução transformada em uma Central de Conciliação. Pretende-se compartilhar e analisar a metodologia do trabalho realizado junto à Central de Conciliação, por uma equipe interdisciplinar, com apreciação de seus resultados e a possibilidade de sua extensão para outras áreas e Comarcas do interior do Estado de Minas Gerais.

Finalmente, será relatada a proposta do Conselho Nacional de Justiça quanto à Semana Nacional de Conciliação realizada nos dias 03 a 08 de dezembro de 2007, sua finalidade, seus resultados e dados estatísticos.

CAPÍTULO I

O ESTADO E A CONCILIAÇÃO

1.1 Estado de Direito, o Estado Social e o Estado Democrático de Direito

No início dos tempos, as leis eram estabelecidas conforme os interesses de cada um, de modo que o mais forte prevalecia sobre o mais fraco, o mais poderoso sobre o menos favorecido, e assim sucessivamente. Desta maneira, o homem necessitou de uma organização em que o poder fosse exercido e obedecido por todos aqueles que viviam em seu território. A justiça privada foi substituída pela Justiça estatal que estabelecia a paz e a ordem na sociedade, conforme as necessidades dos grupos sociais que se organizam e estabeleciam suas normas.

Leal (2005), ao falar sobre Humanidade e Direito leciona:

O direito é construído pela humanidade como necessidade inapartável desta, e produzido pela atividade humana em incessante elaboração de estruturas formais diferenciadas e adequadas à regulação dos interesses prevalentes em cada época e, por via de sua qualidade ordenativa e sistêmica, para criar, extinguir, impor, manter ou ocultar, em convenientes padrões de legalidade (licitude ou incolumidade), as ideologias (de repressão, dominação, permissão) e teorias adotadas nas diversas quadras da história dos privilégios, conflitos e insatisfações humanas.¹

Durante várias décadas o poder estatal se impôs. Jellinek (1954) considerava que o Estado era a única fonte do direito, e sua razão de ser ou finalidade era procurar favorecer os interesses solidários, individuais, nacionais e humanos, na direção de uma evolução progressiva comum.²

Atualmente, o Estado não detém mais essa soberania, pois não é o único órgão responsável pela produção da lei, e sua finalidade não está mais direcionada para favorecer interesses, sejam eles quais forem. Contudo, a idéia de Estado, como única possibilidade de resolver todos os problemas sociais, faz parte da cultura brasileira.

¹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo. Editora Thomson IO, 2005, p. 18.

² SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001, p. 19.

Fiúza, citado por Rodrigues Junior (2006), bem resume esse conceito:

A cultura brasileira transformou o Estado em pai e mãe de todos. Dele dependemos para tudo. Ele é o grande culpado por todos nossos males e, também, o único benfeitor. Sintetiza o Estado brasileiro, as figuras do bandido, do mocinho, do bode expiatório e do salvador da pátria. Por via de consequência, como é do Estado a tarefa de resolver todos os nossos problemas, compete a ele, e só a ele, a tarefa de julgar nossos litígios.³

A organização do Estado moderno se faz por meio da Constituição. É a Constituição que concede ao Estado o poder que é exercido em nome das pessoas que vivem na sociedade. Não é o Estado o detentor do poder, porque esse poder foi transferido para as pessoas que integram a sociedade, que na realidade são os únicos destinatários da atividade estatal. Para ilustrar esse entendimento, Leal (2005), ao falar sobre o Estado e a Tutela Jurisdicional, relata que:

Somente com Villeneuve e Gropalli é que o estudo da legitimação dos atos do Estado encontrou justificação teológica no povo, único destinatário da atividade estatal. Porém, foi com Hermann Heller, em 1934, numa edição póstuma de sua prodigiosa *Teoria do Estado*, que se teve a primeira elaboração de uma Instituição do direito, destacada do soberano, dos governantes, dos chefes de Estado e do próprio Estado. Recentemente em Carpizo, é que a teoria da soberania popular absoluta se afirmou na titularidade indelegável do povo de construir, modificar ou até destruir o Estado e a ordem jurídica, porque é o povo que decide as suas estruturas. Não há mais falar em *tiranía da maioria*. Se a massa popular não é lúcida ou politicamente consciente para estruturar e fundamentalizar direitos universais de dignidade mínima e de liberdade política, é porque, por opressão cultural ou por manobras escusas de governantes, o Estado se conceitua como entidade mítica (hegeliana) de preservação de classes de especialistas em justiça e bem-comum somente compreensíveis numa pragmática de decisões sábios.⁴

A Constituição é a única fonte do direito. Os direitos e garantias estão resguardados no texto constitucional, e somente através desta poderão ser legitimados. Dentre as funções exercidas pelo Estado, destaca-se a jurisdicional. O exercício da função jurisdicional, da qual o Estado é detentor, ocorre quando provocado, e a partir daí, estrutura suas decisões proferidas conforme o ordenamento jurídico.

³ RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **A Prática da mediação e o Acesso à Justiça**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006, p. 161.

⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Editora Thomson IOB, 2005, p. 49.

Ao tratar da função jurisdicional, Brêtas (2004) leciona:

A função jurisdicional permite ao Estado , quando provocado, pronunciar o direito de forma imperativa e em posição imparcial, tendo por base um processo legal e previamente organizado, segundo o ordenamento jurídico constituído pelas normas que o Estado edita, nas situações concretas da vida social em que essas normas são descumpridas.⁵

Percebe-se que somente através do devido processo legal, as decisões podem ser proferidas. Quando se fala em processo, refere-se ao procedimento em contraditório, que prima pela isonomia, ampla defesa e direito ao advogado. Nota-se, dessa maneira, que existe uma estreita relação entre o Estado e o processo, e conseqüentemente, de ambos com a Conciliação, como se verá a seguir.

A Conciliação, cujos contornos teóricos serão melhor delineados em capítulo próprio, é considerada como um método alternativo para resolução de conflitos. Uma vez provocado o Judiciário pela existência do conflito, o Estado, no exercício da função jurisdicional, realizará o direito para solução do caso concreto. Somente através da oportunidade de manifestação das partes envolvidas no conflito, em igualdade de condições e oportunidades, com direito a ampla defesa, contraditório e ao advogado, é que se afirma que a decisão jurisdicional obedece ao ordenamento jurídico existente no Estado Democrático de Direito.

Ao analisar o elo existente entre o Estado, o Processo e a Conciliação, torna-se necessário recorrer a uma análise ligeira sobre o Estado de Direito, bem como o Estado Liberal, Social e Democrático.

1.1.1 O Estado de Direito: Evolução

O Século XVIII se tornou conhecido como o Século das Luzes, tendo em vista que os iluministas procuraram afastar todas as crendices e as superstições, aplicando a ciência na busca da verdade, sendo a razão a única fonte de conhecimento da época. A partir de então,

⁵ BRÊTAS C. Dias, Ronaldo. **Da Responsabilidade do Estado pela função Jurisdicional**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004, p. 76.

entre o iluminismo e o racionalismo, surgiu o jusracionalismo que defendia a racionalização e a sistematização do Direito. Surgiram os Códigos setecentistas e oitocentistas, reinantes no Estado de Direito.

O Estado é o criador da lei e monopoliza todo o ordenamento jurídico. O ordenamento jurídico se apresenta completo, sem qualquer lacuna e capaz de atender todas as demandas.

Demonstrando a supremacia da vontade do legislador e a plenitude das codificações, Arone citado por Chaves (2006), afirma:

O dogma da completude teria surgido provavelmente na época da tradição romântica medieval, dos tempos em que o Direito Romano vai sendo, aos poucos, considerado como Direito por excelência, de uma vez por todas enunciados no Corpus Iuris, ao qual, não há nada a acrescentar e do qual não há nada a retirar, pois que contém regras que dão ao intérprete condições de resolver todos os problemas jurídicos apresentados ou por apresentar. Os pandecistas também defendiam a idéia de um ordenamento inquestionável e completo. Para eles, o ordenamento deveria ser um sistema totalmente organizado e independente, isento de lacunas, de sorte que todo caso jurídico possa ser enquadrado num conceito.⁶

Na era das codificações, o Estado Liberal surge como um garantidor das normas jurídicas, um Estado vinculado ao direito. É um estado não-intervencionista no sentido que preservava a estrutura capitalista, a livre iniciativa e a livre concorrência.

Malberg citado por Brêtas (2004), ao tratar do Estado de Direito, leciona:

Com efeito, para o mencionado autor, por Estado de Direito deve-se entender aquele Estado que, nas relações com seus súditos e para garantia deles, submete-se, ele próprio, a um regime de direito, segundo o qual suas atividades são regidas por um conjunto de regras de natureza diversa, umas determinando os direitos outorgados aos indivíduos, preservando-lhes a liberdade, outras estabelecendo previamente as vias e os meios que podem ser empregados visando à realização dos fins do Estado. Por isso, a rigor, no Estado de Direito, essas duas classes de regras têm o objetivo comum de conformar o exercício do poder estatal à ordem jurídica estabelecida. Na essência, explica, Carré de Malberg, o regime do Estado de Direito implica em que as regras limitativas, impostas pelo Estado a si próprio, no interesse de seus súditos, por estes possam ser alegadas, em defesa de seus direitos.⁷

E ainda:

⁶ CHAVES, Ricardo Lebourg. **A Epistemologia Histórica e o Fenômeno da Constitucionalização do Direito Civil**. Minas Gerais: UNA, 2006, p. 35.

O Estado de Direito é aquele que, a um só tempo, no seu ordenamento jurídico, prescreve regras relativas ao exercício do poder pelo Estado e assegura aos indivíduos, como sanção dessas regras, o poder jurídico de atuarem perante um órgão jurisdicional, com o propósito de obterem a anulação ou a revogação dos atos estatais que as tenham infringido. Completa o autor seu pensamento, sublinhando que, para se realizar o Estado de Direito, é indispensável que as pessoas disponham do direito de ação em face do Estado, provocando a jurisdição, com o fito de impugnarem os atos estatais, quaisquer que sejam, causadores de lesão aos seus direitos individuais.⁸

Foi através do liberalismo, individualismo e da autonomia da vontade que chegamos ao Estado Liberal. Exige-se o respeito ao indivíduo devendo o Estado garantir a ordem, a segurança e fazer cumprir a lei. Tínhamos o liberalismo político e o liberalismo econômico

1.1.2 O Estado Social

O Estado Liberal mostrou-se insuficiente para atender os anseios sociais e as transformações socioeconômicas ocorridas. O individualismo e o patrimonialismo reinantes no Estado de Direito demonstraram a necessidade de um Estado do Bem-Estar Social, capaz de atender as áreas sociais e econômicas. Talvez, o maior desafio do Estado Social foi equilibrar o individualismo e o capitalismo do Estado Liberal com o bem-estar social, procurando diminuir as desigualdades sociais e atender aos anseios sociais.

Ao referir sobre o Estado Social, Soares (2001), leciona:

A finalidade principal do Estado Social de Direito sempre foi a obtenção do *Welfare State* através da pressão fiscal, implicando as limitações e intervenções na propriedade privada, expropriações por razões de utilidade social e planificação econômica, resultado das técnicas político-econômicas das sociedades massificadas.

Enfim, o Estado do bem-estar-social, com suas intervenções, preservou a estrutura capitalista, mantendo, artificialmente, a livre iniciativa e a livre concorrência e compensando as desigualdades sociais mediante a prestação estatal de serviços e a concessão de direitos sociais.

A Conciliação pretendida pelo *Welfare State* manifestou-se contraditória, visto que, quanto maior a coerção, menor a liberdade, tanto quanto maior a liberdade, menor eficácia na planificação e diminuição do bem-estar-social.

⁷ BRÊTAS C. Dias Ronaldo. **Da Responsabilidade do Estado pela função Jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 96.

⁸ BRÊTAS C. Dias Ronaldo. **Da Responsabilidade do Estado pela função Jurisdicional**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004, p. 97.

Esta fórmula de Estado, em contraposição com a posição dos direitos individuais, não logrou a realização dos valores que tentou plasmar a norma.⁹

Como se observa, o Estado Social não atendeu as suas propostas, nem mesmo às pretensões sociais, tendo em vista que o Estado transformou-se em assistencialista, demonstrando impossibilidade em atender às demandas socioeconômicas propostas e exigidas pela sociedade. Descobre-se então, que somente o Estado Democrático de Direito, poderia atender aos anseios sociais, porque amplia e respeita a democracia, que deve ser a mola mostra de toda sociedade organizada.

1.1.3 O Estado Democrático de Direito

O Estado Social leva ao Estado Democrático de Direito, que acima de tudo, resguarda os direitos fundamentais do cidadão e garante a participação ativa dele na comunidade e no direito de exercer e efetivar a cidadania. A sociedade é organizada através da lei, da qual o cidadão tem o direito de manifestar e participar de seu processo. É através desse ordenamento jurídico que são criados os direitos subjetivos e os mecanismos para resguardar e amparar as garantias individuais.

Soares (2001), ao tratar do Estado Democrático de Direito, comparando-o com o Estado Social, afirma que:

O conceito de Estado Democrático de Direito exige redefinição dos princípios do Estado democrático e do Estado de Direito, em seus modelos clássicos. Os paradigmas tradicionais devem ser superados pelas novas exigências de transformações sociais e a concretização das premissas de justiça social, conforme os parâmetros constitucionais. Não obstante algumas similitudes conceituais entre os Estados Social e Democrático, a diferença pertinente aos limites desses Estados, em termos de direitos fundamentais, residem em sua forma e natureza.

No Estado Social pressupõe-se a crença de que a arbitrariedade ou o abuso dos direitos fundamentais pode ser evitado mediante o aumento do poder político do Estado para melhor controle das relações baseadas nesses direitos. No Estado Democrático de Direito há o pressuposto de que as causas desses abusos situam-se nas desigualdades sociais geradas pelas condições econômicas, políticas e sociais. Uma política eficaz para

⁹ SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001, p. 294-295.

evitar essas arbitrariedades exige transformações econômicas, políticas e sociais, através da participação dos cidadãos nos centros do poder e fortalecimento das instituições democráticas.¹⁰

É importante a afirmação de que as desigualdades sociais são geradas pelas condições econômicas, sociais e políticas, e que somente através da participação dos cidadãos, com o fortalecimento das instituições democráticas, pode-se modificar essa situação.

Instituído pela Constituição Federal de 1988, o Estado Democrático de Direito deve ser compreendido como um Estado, constitucionalizado estruturalmente, no qual são articulados os princípios do Estado Democrático e de Estado de Direito. Diz-se Estado Democrático aquele em que o poder é legitimado e pertence àqueles que residem em seu território. Estado de Direito é aquele que é regido por um conjunto de normas, vinculando o próprio Estado, e aqueles que vivem em seu território às normas estabelecidas.

Para melhor compreensão sobre o Estado Democrático de Direito, cita-se o ensinamento de Brêtas (2004):

Sendo assim, consideramos que a dimensão atual e marcante do Estado Constitucional Democrático de Direito resulta na articulação dos princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, cujo entrelaçamento técnico e harmonioso se dá pelas normas constitucionais. Para se chegar a essa conclusão impõe-se perceber que a democracia, atualmente, mais do que forma de Estado e de Governo, é um princípio consagrado nos modernos ordenamentos constitucionais como fonte de legitimação do exercício do poder, que tem origem no povo, daí o protótipo constitucional dos Estados Democráticos, ao se declarar que todo o poder emana do povo (por exemplo, parágrafo único, do art. 1 da Constituição Brasileira; arts. 3º e 10º da Constituição Portuguesa e art. 20 da Lei Fundamental de Bonn, como era conhecida a Constituição da República Federal da Alemanha.¹¹

O Estado é Democrático de Direito. O ordenamento jurídico brasileiro é constitucionalizado. Para se compreender o Estado Democrático de Direito e para que se efetive a democracia, bem como os direitos e garantias fundamentais, será necessário recorrer ao Processo Constitucional e, conseqüentemente, ao devido processo legal.

¹⁰ SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001, p. 303-304.

¹¹ BRÊTAS C. Dias, Ronaldo. **Da Responsabilidade do Estado pela função Jurisdicional**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004, p. 102.

CAPÍTULO II

PROCESSO CONSTITUCIONAL E DEVIDO PROCESSO LEGAL

2.1 Devido Processo Constitucional

A Constituição é quem concede validade a todas as normas que compõem o ordenamento jurídico. A interpretação das normas constitucionais deve ser feita em bases gadamerianas, ou seja, em um processo hermenêutico completo de compreensão, interpretação e aplicação. Todas as normas infraconstitucionais só terão validade se adequadas e interpretadas conforme a Constituição. Interpretar é adequar a lei ao caso concreto, conforme entendimento de Maciel (2004):

Do que é fundamental nos compenetrarmos é que a Constituição só se faz quando aplicada, porque o ato de aplicação, também de acordo com o legado gadameriano, integra o processo de conhecimento ou gnosiológico. Ainda de acordo com Gadamer, foi visto que a tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei, em cada caso, isto é, em sua aplicação...ou seja, a aplicação só se dá diante de um caso concreto.¹²

O Estado exerce a atividade jurisdicional visando proteger os direitos e as liberdades asseguradas na Constituição Federal. Carvalho (2005) ao tratar sobre o Processo Constitucional, afirma que

Um dos instrumentos de garantia da Constituição é o processo constitucional concebido, como o conjunto de regras procedimentais por meio das quais se controla jurisdicionalmente a conformidade constitucional dos atos normativos.¹³

¹² MACIEL, Omar Serva. **Princípio da Subsidiariedade e Jurisdição Constitucional**, Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2004 p. 143.

¹³ CARVALHO, Kildare Gonçalves. Processo Constitucional. **Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais**, vol. 11, p. 15, 1995..

A estrutura do ordenamento jurídico e a Constituição e a legitimidade de uma lei se verifica se estiver em conformidade com o texto constitucional. Ao falar em processo não é permitido deixar de mencionar o entendimento de Baracho 1984:

O Processo Constitucional move-se em abstrato, não para regular um direito, mas sim estabelecer a legitimidade de uma lei, fonte mesma do direito. Não fixa uma situação constitutiva, não realiza uma composição jurídica, comum às sentenças do juízo ordinário, mas limita-se a verificar a conformidade de uma norma vigente com a Constituição.

No Processo Constitucional não existe uma controvérsia que possa alternar-lhe a substância. Ela pode surgir por ocasião de um processo ordinário, mas como um incidente do processo, cujo conteúdo não se comunica com o Processo Constitucional. Pode cessar materialmente a controvérsia entre as partes, mas, para que a questão constitucional seja abandonada, é preciso pronunciamento da Corte Constitucional.¹⁴

Todas as normas jurídicas infraconstitucionais devem estar em consonância com os preceitos constitucionais, e em caso de incompatibilidade não podem ser aplicadas. Se o indivíduo não consegue solucionar pessoalmente seu conflito, por meio do Estado, poderá fazê-lo através da função jurisdicional, devendo o poder estatal observar os preceitos constitucionais. É através do processo jurisdicional que se efetiva a função jurisdicional.

Ao tratar da função jurisdicional Brêtas (2004) leciona:

Em razão disso, essa manifestação do poder do Estado, exercido em nome do povo, que se projeta no pronunciamento jurisdicional, é realizada sob rigorosa disciplina constitucional principiológica (devido processo constitucional), só podendo agir o Estado, se e quando chamado a fazê-lo dentro de uma estrutura metodológica construída normativamente (devido processo legal), de modo a garantir adequada participação dos destinatários na formação daquele ato imperativo estatal, afastando qualquer subjetivismo ou ideologia do agente público julgador (juiz), investido pelo Estado do poder de julgar, sem espaço para a discricionariedade ou a utilização de hermenêutica canhestra, fundada no prudente (ou livre) arbítrio ou prudente critério do juiz, incompatível com os postulados do Estado Democrático de Direito.¹⁵

Falando sobre a importância do Direito, observado o princípio democrático, Oliveira citado por Leal (2002), afirma::

O direito deve fundar-se não somente no princípio democrático, não mais compreendido como mecanismo liberal de decisão majoritária ou a partir de

¹⁴ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1 ed. 1984, p. 347-348.

¹⁵ BRÊTAS C. Dias, Ronaldo. **Da Responsabilidade do Estado pela função Jurisdicional**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004, p. 86.

uma pretensa “vontade geral” republicana, mas como institucionalização de processos estruturados por normas que garantam a possibilidade de participação discursiva dos cidadãos no processo de tomada de decisões.¹⁶

O Processo Constitucional estrutura o ordenamento jurídico e deve se adequar à norma constitucional vigente. Ao tratar da importância da Interpretação Constitucional, Baracho (1984) ensina:

O Processo Constitucional assenta-se, primordialmente, nos preceitos fundamentais que, por seu conteúdo, distinguem-se das demais normas. Ao consagrar os valores supremos da comunidade política e a organização do Estado, a Constituição traça todas as normas de controles dos poderes. Declara e cria os instrumentos de defesa das liberdades fundamentais e, no Estado social contemporâneo, eleva as necessidades essenciais à vida humana, a nível constitucional. Como disposições de princípios ou normas programáticas, ou, ainda, disposições preceptivas, as últimas dirigidas diretamente aos órgãos do poder, elas conduzem, também à formulação de um Processo Constitucional propício à realização da ordem jurídica.¹⁷

A Constituição, conforme dito alhures, é a única alternativa para a realização da democracia e de efetivação dos direitos e garantias assegurados. Esse também é o entendimento de Cattoni de Oliveira (2001):

Se compreendermos a Constituição como a regulação de processos que visam a garantir o exercício da autonomia de uma perspectiva que supera tanto o paradigma liberal, quanto o paradigma de bem-estar-social, de Constituição, poderemos reconstruir a tarefa da Jurisdição Constitucional no exercício do controle de constitucionalidade como primordialmente referida ao exame e à garantia de realização das condições procedimentais da gênese democrática do Direito, como nos mostra Habermas.¹⁸

2.2 Devido Processo Legal

O devido processo legal, previsto na Constituição Federal, resguarda o direito à jurisdição, obtendo do Estado o exercício da função jurisdicional de forma adequada e eficiente. Exercer a função jurisdicional de forma adequada e eficiente

¹⁶ LEAL, André Cordeiro, **O contraditório e a Fundamentação das Decisões no Direito Processual Democrático**. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2002, p. 106.

¹⁷ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984, p. 356.

¹⁸ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2001, p. 205.

significa cumprir o ordenamento jurídico e proporcionar às partes a satisfação de seus interesses. Se o Estado exerce o monopólio da jurisdição, deverá oferecer os mecanismos necessários para o cumprimento de suas funções.

É inadmissível monopolizar a atividade jurisdicional e não se aparelhar dos meios necessários para sua efetivação. Brêtas (2005), ao tratar do Devido Processo Legal, afirma:

O devido processo legal, agora, segundo a Constituição, sob interpretação lógico-sistemática, com o acréscimo do inciso LXVIII ao artigo 5, desponta como um bloco aglutinante e compacto de várias garantias fundamentais ostentadas pelas partes litigantes contra o Estado, quais sejam: a) amplo acesso à jurisdição, prestada dentro de um tempo útil ou lapso temporal razoável; b) do juízo natural; c) do contraditório; d) da plenitude de defesa, com todos os meios e recursos a ela (defesa) inerentes, aí incluído o direito ao advogado ou ao defensor público (artigos 133 e 134), e) da fundamentação racional das decisões jurisdicionais (art. 93, inciso IX e X); f) de um processo sem dilações indevidas.¹⁹

Devido processo legal é aquele que é adequado ao ordenamento jurídico e concede à parte a amplitude de defesa e o contraditório, fazendo-o por profissional habilitado, que conheça o ordenamento jurídico e efetivamente ofereça condições de assistência e acompanhamento. O julgamento deverá ser proferido por juízo competente, sendo a decisão fundamentada, permitindo à parte compreendê-la e respeitá-la. O tempo deverá ser o necessário para que ambas produzam todas as suas alegações e provas necessárias, sem excesso ou reduções. Deverá ser considerado que o tempo auxiliará no amadurecimento e fortalecimento das convicções, tanto das partes, como também do julgador.

Essa garantia de se ser ouvido por autoridade competente e de se ter a oportunidade de apurar os fatos existentes foi prevista no Pacto de São José de Costa Rica-Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) no art. 8º, número 1:

Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.²⁰

¹⁹ BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. A Reforma do Judiciário e os Princípios do Devido processo Legal e da Eficiência. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**. Brasília, v. 80, n. XXXV, p. 114, 2005.

²⁰ Tratado Internacional, Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica, p.4. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acessado em 16 mai. 2006.

A oportunidade de a pessoa ser ouvida em juízo e de se ter as garantias oferecidas pela Constituição Federal a conduz ao entendimento que é inadmissível compreender o processo divorciado da Constituição. É através do devido processo que se pode pensar em garantias sobre os direitos assegurados e a sua efetivação só poderá ocorrer por meio do processo constitucional.

Merece destaque o entendimento de Souza (2000), ao tratar do devido processo legal. Veja:

De qualquer forma, como se afirmou que o processo (como procedimento em contraditório) é ponto unificador do devido processo legal nas suas duas vertentes, pode-se ampliar o conceito e dizer que o devido processo legal unifica as duas faces ou fique aquém das condições do processo. O importante, a meu ver, é buscar uma abordagem integradora e unificadora do devido processo legal, no processo e/ou procedimento, à luz do Direito Constitucional que deve moldar as instituições e as normas processuais. Considero que assim a aplicação dos princípios e garantias do devido processo legal encontrará maior eficácia e maiores possibilidades de desenvolvimento teórico e aplicação prática. Sobretudo, o devido processo em sentido material e o devido processo em sentido processual convergem para o ponto fundamental: garantir a eficácia da Constituição e do ordenamento jurídico principalmente no que se refere aos direitos fundamentais do homem. A violação ou ameaça a esses direitos, assegurados, primeiramente, nas normas materiais, implicam a utilização das normas processuais, a partir das normas processuais contidas na Constituição, para assegurar esses direitos. As duas faces de uma mesma moeda.²¹

Pode-se concluir que, somente através do devido processo legal, os direitos assegurados constitucionalmente estarão garantidos. Entretanto, só se permite conceber o devido processo legal de forma integrada com as normas previstas na Constituição, que constitui a base do Processo Constitucional.

²¹ SOUZA, Patrus Ananias de. **Estudos Continuados de Teoria do Processo**. Vol.1.Coordenado por Rosemiro Pereira Leal. Porto Alegre: Síntese, 2000.p. 32-33.

CAPÍTULO III

PROCESSO E PROCEDIMENTO

3.1 Considerações Gerais sobre Processo e Procedimento

Quando se fala em processo e procedimento não se podem desconsiderar as várias acepções existentes. Corriqueiramente, fala-se em processo e procedimento como expressões sinônimas, quando na realidade várias linhas doutrinárias foram desenvolvidas, chegando-se também a distinções.

Para melhor elucidar esse questionamento, evitando-se não transmitir com clareza o entendimento de Gonçalves (1992), transcreve-se na íntegra seu entendimento:

Pelo critério lógico, as características do procedimento e do processo não devem ser investigadas em razão de elementos finalísticos, mas devem ser buscadas dentro do próprio sistema jurídico que os disciplina. E o sistema normativo revela que, antes que “distinção”, há entre eles uma relação de inclusão, porque o processo é uma espécie do gênero procedimento, e, se pode ser dele separado é por uma diferença específica, uma propriedade que possui e que o torna, então, distinto, na mesma escala em que pode haver distinção entre gênero e espécie. A diferença específica entre o procedimento em geral, que pode ou não se desenvolver como processo, e o procedimento que é processo, é a presença neste do elemento que o especifica: o contraditório. O processo é um procedimento, mas não como qualquer procedimento; é o procedimento de que participam aqueles que são interessados no ato final, de caráter imperativo, por ele preparado, mas não apenas participam; participam de uma forma especial, em contraditório entre eles, porque seus interesses em relação ao final são opostos.²²

De forma clara e objetiva, todas as distinções e distorções entre processo e procedimento ficam aclaradas. O ato praticado através do Estado estruturado no princípio do contraditório será processo. Pode existir procedimento sem processo, mas jamais poderá existir processo sem procedimento. Fazzalari (2006) diz que:

²² GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Editora Aide, 1992, p. 68.

Por isso, até ontem, e talvez ainda hoje, a característica própria do processo - o contraditório - não foi tomada por todos os processualistas e juspublicistas, e o processo foi absolvido na genérica fisionomia do procedimento. Somente ontem o processo recebeu um significado próprio (significado distinto, mas não separado da noção de procedimento: somente um passo mais adiante) e se revelou em toda a sua potencialidade de emprego.²³

Não se fala em procedimento como ato único, isolado. Procedimento é o conjunto seqüencial de atos que formam o processo:

O procedimento como atividade preparatória do provimento, possui sua específica estrutura constituída da seqüência de normas, atos e posições subjetivas, em uma determinada conexão, em que o cumprimento de uma norma da seqüência é pressuposto da incidência de outra norma e da validade do ato nela previsto.²⁴

Nem sempre a atividade exercida pelo Estado, seja constitucional ou jurisdicional, pode ser considerada processo. Pode ocorrer que se constitua em simples procedimento. O diferencial é o contraditório que transforma o procedimento em processo. Esse é o entendimento de Gonçalves (1992): “Mas se ocorrer divergência de interesses sobre o provimento, entre seus destinatários, o procedimento pode se transformar em processo.”²⁵

O contraditório é a base do processo. É através do contraditório que o processo se desenvolve e que os interesses divergentes das partes se concretizam, ocorrendo a apreciação do direito material pretendido pelos interessados. Gonçalves (1992) discorre sobre a finalidade do processo Jurisdicional:

A essência do contraditório, a garantia de uma participação simetricamente igual nas atividades que preparam a sentença, e seu objeto, a questão que pode se transformar em questão controvertida, incidem, naturalmente, no plano processual. A participação é participação no processo e a questão é do processo, sobre ato do processo. Mas aí está a grandeza do contraditório. A sua presença no procedimento que prepara o provimento possibilita que as partes construam, com o juiz, o autor do ato estatal de caráter imperativo, o próprio processo, e que, assim, participem da formação da sentença.²⁶

²³ FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Trad. Elaine Nassif, Campinas, São Paulo: Editora Bookseller, 2006, p. 112.

²⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Editora Aide, 1992, p. 112.

²⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Editora Aide, 1992 p. 116.

²⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Editora Aide, 1992 p. 170-171.

Somente através do contraditório e dessa simétrica participação dos sujeitos sem tem a garantia do direito de participação no processo jurisdicional. Será analisado a seguir como tem transcorrido o processo jurisdicional na solução dos conflitos no caso concreto.

3.2 O Estado no Exercício da Função Jurisdicional

Os conflitos existentes podem ser solucionados judicial ou extrajudicialmente. Em ambas as hipóteses é necessário propiciar meios para solucioná-los de modo que atenda aos anseios daqueles que dependam dessa solução. Sabe-se que, sempre que possível, os conflitos são solucionados de forma amigável sem que necessariamente sejam julgados dos tribunais, porque os envolvidos no conflito compartilham a decisão que melhor atenda seus interesses, não existindo razão para interposição de recurso à superior instância.

O Direito não pode restringir o direito do cidadão de buscar alternativas para solucionar seus conflitos. A autocomposição é adequada, tanto pela via judicial, como extrajudicial. Nessa linha de entendimento Torres (2005), leciona:

É preciso ter a consciência que o direito pode atuar no sentido mais amplo possível, e que os cidadãos, na medida que vão sendo informados sobre o que é certo e errado, vão buscando o amparo dos seus interesses para restabelecer uma verdade sobre fatos ocorridos e situações que tenham por injustas. Dessa forma, o Poder Judiciário deve abraçar toda a iniciativa que objetive uma solução mais rápida do litígio, atuando de forma efetiva para que o direito seja aplicado, e a paz social, restabelecida. O ideal é ter todas as alternativas sob a Instituição do Poder Judiciário, mas não afastar, e sim apoiar os movimentos que visem à solução de conflitos no campo extrajudicial, porque o conceito de acesso à Justiça não é exclusividade do Poder Judiciário.²⁷

As partes em conflito só buscam a via judiciária quando não encontram saídas extrajudicialmente para a resolução dos problemas, recorrendo à via judicial para resolvê-los. Sem prejuízo do estudo sobre as formas alternativas de resolução de conflito extrajudicialmente, desenvolve-se o presente trabalho sobre a solução judicial dos conflitos, tendo em vista que o Estado detém o monopólio da jurisdição,

²⁷ TORRES, Jasson Ayres. **O Acesso à Justiça e soluções alternativas**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005, p.156.

não podendo delegar a terceiros essa responsabilidade sob pena de omissão. Entretanto, existem insatisfações e reclamações quanto à condução e solução dos processos jurídicos. É necessário encontrar alternativas para a resolução dos conflitos.

Ao manifestar sobre a importância do estudo da autocomposição e da atuação do Estado, em face da função jurisdicional, para solucionar os conflitos, Calmon (2007), leciona:

Estabelecer uma política de criação e incentivo dos mecanismos de obtenção da autocomposição é tarefa das mais importantes, pois a prática desses mecanismos mantém insipiente e desordenada, caracterizada pelo amadorismo e empirismo. Ainda que não seja tarefa do Estado interferir diretamente na autocomposição, é sua tarefa proporcionar facilidades para que todos os meios adequados para solução dos conflitos sejam largamente utilizados.²⁸

Não existe em nosso país uma política de criação e incentivo aos mecanismos de autocomposição. Desde os tempos remotos no Brasil já se tratava do atraso nos julgamentos, questão preocupante para a sociedade daquela época. Barbosa (1974) assim manifestou:

Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tardinhos são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinqüente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente.²⁹

A responsabilidade de alguém, ou mesmo algum fato justificante, tem desafiado e despertado a atenção dos doutrinadores. Os conflitos sociais se multiplicaram e o aparelhamento estatal, não só no Brasil como também em outros países, não se preparou para recebê-los e solucioná-los. Abordando o assunto, Alves (2006) leciona:

Os mecanismos processuais de controle de conflitos não mais conseguem exercer o papel de absorver tensões, dirimir conflitos, administrar disputas e neutralizar a violência. Ao contrário, em muitas hipóteses, a intervenção estatal pelo Judiciário parece mais acirrar as divergências. O fenômeno atinge a todos, sejam países da *common law*, que adotam para o Judiciário o sistema de precedentes; sejam nações que, como o Brasil, pautam-se no sistema da legalidade ou da segurança jurídica, a civil *law*.

²⁸ CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 13.

²⁹ BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. Rio de Janeiro: Simões, 1974, p. 70-71.

As instituições judiciais parecem minúsculas para enfrentar a nova onda de demandas e, pela lentidão e ineficiência, vão perdendo parte da jurisdição. Afinal, o tempo do Judiciário tornou-se incompatível com a velocidade da vida.³⁰

A afirmação de que as instituições judiciais se tornaram minúsculas para enfrentar as demandas é uma realidade nacional. É preciso compreender e analisar o processo como procedimento em contraditório, com a participação igualitária dos sujeitos na construção da decisão, pois assim terá a garantia dos direitos resguardados pela Carta Magna.

Entretanto, não se permite desconsiderar a deficiência no exercício da atividade jurisdicional devido ao grande volume de demandas, a falta de infraestrutura de recursos material e humano, entre outras. Todas essas dificuldades inviabilizam o acesso do cidadão à jurisdição e a efetivação dos direitos e garantias consagrados na Constituição Federal. Buscam-se soluções para solucionar os conflitos conforme previsto e determinado no texto constitucional.

³⁰ ALVES, Eliana Calmon. Poder Judiciário: enfoque para as soluções alternativas de conflito. **Biblioteca digital do Superior Tribunal de Justiça - BDjur**. Produção Intelectual dos Ministros do STJp. 2006, p. 4. Disponível em: <<http://stj.gov.br>>. Acessado em 11 fev. 2008.

CAPÍTULO IV

MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

4.1 Considerações gerais sobre os meios alternativos de resolução de conflitos

Apontar os problemas e deficiências do Estado no exercício da função jurisdicional não é suficiente. É necessária a preparação para combater as deficiências estruturais e encontrar soluções alternativas que efetivamente possam ser aplicadas e que atendam aos anseios daqueles que aguardam uma decisão jurisdicional. Como em diversos países do mundo, é preciso encontrar meios alternativos de resolução de conflitos, adequados às realidades e necessidades da sociedade a fim de se evitar o clima de frustrações de expectativas.

Reconhecendo as dificuldades e a necessidade de uma alternativa, Torres (2005), leciona:

O sistema tradicional não está conseguindo fazer frente ao grande volume de processos, cada vez mais crescente, ano após ano, deixando resíduos à espera de julgamento e contribuindo para o retardamento e o descrédito da justiça. Milhares de cidadãos estão afastados da oportunidade de reconhecimento de seus direitos, embora a previsão do art. 5º XXXV, da Constituição brasileira. Diante dessa realidade, a salutar necessidade de encontrar modelos alternativos para aproximar a Justiça do cidadão.³¹

A função jurisdicional é monopólio do Estado que deve encontrar meios para solucionar os conflitos e que, a cada dia mais, avolumam no Judiciário. Problemas existentes no aspecto socioeconômico da comunidade surgem a cada dia, porém, necessitam de soluções.

Calmon (2007), ao tratar da cultura do conflito existente em nosso país afirma:

Mas o conflito não é um mal em si mesmo e são considerados como aspectos inevitáveis e recorrentes da vida. Têm funções individuais e sociais importantes, proporcionando aos homens o estímulo para promover as mudanças sociais e o desenvolvimento individual. O importante não é aprender a evitá-lo ou suprimi-lo, atitude que poderia trazer consequências danosas. Ao contrário, diante do conflito, a atitude correta é encontrar uma forma que favoreça sua composição construtiva.³²

³¹ TORRES, Jasson Ayres. **O Acesso à Justiça e soluções alternativas**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005, p.15.

³² CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 25.

Não existem contra-indicações aos métodos alternativos de conflito que desobstruem o Judiciário e possibilitam com maior amplitude ao acesso à jurisdição. Moraes e Silveira citados por Tavares (2002), afirma:

Esses mecanismos alternativos, entre os quais cita-se a mediação, a arbitragem, a negociação, a Conciliação (...) colocam-se ao lado do tradicional processo judicial como uma opção que visa descongestionar os tribunais e reduzir o custo e a demora dos procedimentos: estimular a participação da comunidade na resolução dos conflitos, e facilitar o acesso à Justiça, já que, por vezes, muitos conflitos ficam sem resolução porque as vias de obtenção são complicadas e custosas e as partes não têm alternativas disponíveis a não ser, quem sabe, recorrer à força.³³

Adota-se o entendimento de que a única alternativa que resta à sociedade é a garantia do acesso à jurisdição para solucionar seus conflitos, tornando menos tormentosa a busca pelo exercício da atividade jurisdicional. Monopolizando o exercício da atividade jurisdicional, o Estado deve se aparelhar para resolver os conflitos que lhes são apresentados e que assumi a responsabilidade de solucioná-los.

A solução encontrada, assumida no desenvolvimento do presente estudo, refere-se aos métodos alternativos de resolução de conflitos. Tavares (2002), ao falar sobre o assunto, leciona:

Os meios alternativos de solução de disputas, conhecidos por sua sigla em inglês como ADR (*Alternative Dispute Resolution*), ou por sua sigla em castelhano RAD (*Resolución Alternativa de Disputas*), são formas de solucionar controvérsias fora da participação da justiça estatal, como ensina Adriana Noemi Pucci, a qual realça a preocupação dos juristas modernos na utilização desses meios alternativos, outros caminhos, outras opções, para obtenção de conflitos com maior rapidez, economia e confidencialidade da que se obteria recorrendo à justiça estatal.³⁴

Os meios alternativos de resolução de conflitos têm despertado a atenção dos operadores do direito em vários países do mundo. A experiência no exercício da função jurisdicional está demonstrando aos operadores do direito que os procedimentos judiciais utilizados são formais, morosos e de alto custo e deixaram de atender às necessidades da demanda.

³³ TAVARES, Fernando Horta. **Mediação & Conciliação**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 130.

³⁴ TAVARES, Fernando Horta. **Mediação & Conciliação**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 41.

Considera-se necessária uma técnica que solucione o conflito de forma célere e eficaz, em tempo razoável. Não será considerada solução adequada agilizar o exercício da atividade jurisdicional à aceleração dos procedimentos, ao cerceamento do direito de defesa, à redução das provas ou dos recursos.

Brêtas (2005), ao tratar sobre o Direito à Jurisdição Eficiente e garantia da Razoável duração do Processo na Reforma do Judiciário, confirma esse entendimento:

É importante ressaltar que a exigência constitucional de se obter a prestação da atividade jurisdicional em tempo útil e razoável, o que significa adequação temporal da jurisdição, mediante processo sem dilações indevidas, não permite impingir o Estado ao povo a aceleração dos procedimentos pela diminuição das demais garantias processuais constitucionais, por exemplo, suprimir o contraditório, proibir a presença do advogado no processo, eliminar o duplo grau de jurisdição, abolir a instrumentalidade das formas, restringir o direito das partes à produção de provas lícitas ou dispensar o órgão jurisdicional de fundamentar racionalmente suas decisões. A restrição de quaisquer dessas garantias processuais constitucional, sob a justificativa de agilizar ou tornar célere o procedimento, revela-se inconstitucional e antidemocrática, somente servindo para estimular o arbítrio dos juízes, fomentar a insegurança jurídica e escarnecer da garantia fundamental do devido processo legal, em resumo, deslavada e grosseira agressão ao princípio constitucional do Estado Democrático de Direito.³⁵

Associa-se a eficácia e celeridade dos procedimentos ao tempo que ocasiona retardo na operosidade da máquina judiciária, apresentando-se como uma das soluções a redução dos prazos processuais e recursos. Equivocado esse entendimento, atribui-se tal responsabilidade ao tempo, porque esse apenas decorre naturalmente, sem qualquer possibilidade de causar danos ou lesão ao jurisdicionado. Sobre Tempo e Processo, Tavares (2007), afirma:

Nessa linha de raciocínio, não é o tempo, que corrói, porque o tempo apenas passa; em si, o tempo nada pode corroer; já que flui em marcha: não tem força ou ação para corroer. O Tempo, por si, não causa malefício algum: alguém é quem pode causar danos a outrem, isto é, um sujeito prejudicar a outro, propositadamente ou não. Logo, o tempo não pode ser inimigo, por que só passa, é um acontecimento natural.³⁶

³⁵ BRÊTAS C. Dias, Ronaldo. Direito à Jurisdição Eficiente e Garantia da Razoável Duração do Processo na Reforma do Judiciário. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte, v.8, n.15, 2005, p. 231.

³⁶ TAVARES, Horta Fernando (Coordenador). **Urgências de Tutela Processo Cautelar e Tutela Antecipada**. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 113.

Para esses problemas a solução é encontrada com os meios alternativos de conflito, adequados ao exercício da função jurisdicional. Neste, pode-se solucionar o conflito, de forma respeitosa com os princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito em um tempo razoável com a aceitação e a satisfação daqueles que terão que suportar os efeitos da solução encontrada.

Tavares (2007) afirma que o problema não está diretamente ligado ao tempo, demonstrando onde se encontra e qual a solução para o problema:

Com efeito, partindo-se da estrutura do próprio sistema processual brasileiro, os meios que operacionalizam a tramitação dos procedimentos judiciais e administrativos adequada ao Direito Democrático somente são aqueles que se traduzem pela observância dos princípios fundantes da processualidade democrática, isto é, da isonomia, do contraditório, da ampla defesa, do acesso gratuito e incondicionado à jurisdição, do direito ao advogado e da fundamentação racional e legítima das decisões e, no plano da técnica, pela obediência aos prazos e formas previstos nos códigos de procedimento civil, penal, trabalhista e demais leis infraconstitucionais, onde há norma reguladora de movimentação procedimental (lei de locações, de recuperação de empresas e falências, estatuto da criança e do adolescente, das relações de consumo, etc.)..³⁷

Os meios alternativos de resolução de conflito, tais como a oportunidade de as partes envolvidas no litígio se manifestarem de forma isonômica, com respeito ao contraditório e uma ampla defesa constituída pelo advogado (sendo a decisão por ele construída), se apresentam como um método efetivo, célere e eficiente na solução dos problemas.

Para melhor entendimento, Lima citado por Salles (2004): “esses meios não trazem seqüelas quando resolvem conflitos, neles não há vencidos nem vencedor, nem condenado e nem ressentimentos, só há acordo de vontades livres (...).³⁸

³⁷ TAVARES, Horta Fernando (Coordenador). **Urgências de Tutela Processo Cautelar e Tutela Antecipada**. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 115.

³⁸ SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e Mediação de Conflitos**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004, p. 35.

4.2 As formas alternativas de resolução de conflitos

São considerados como meios alternativos de conflito: a Negociação, a Conciliação, a Mediação e a Arbitragem. Uma análise aprofundada sobre estes temas será abordada a seguir.

4.2.1 Arbitragem

Na Arbitragem, as partes em litígio, em comum acordo entre si, nomeiam um ou mais árbitros para solucionar o conflito. Elas se comprometem a acatar a decisão tomada pelos árbitros, seja ela qual for.

O instituto da Arbitragem chegou ao Brasil com as Ordenações do Reino de Portugal, mas não foi muito utilizado pelos operadores do direito. Ele permaneceu sem aplicação, até surgir a Lei 9.307/96, regulamentando a Arbitragem, e esse meio alternativo de resolução de conflitos passou a ser mais utilizado e valorizado pela sociedade.

Carmona citado por Rodrigues Junior (2007), define a Arbitragem:

Pode-se definir confortavelmente Arbitragem como um meio alternativo de solução de controvérsias através do qual as partes em litígio envolvendo direito disponível escolhem um juiz privado para decidir a controvérsia de forma autoritativa, ou seja, vinculativa para os litigantes. Querem os contendentes, ao escolher a via alternativa, prudente distância do Poder Judiciário (cujas decisões, via de regra, são seguras, porém muito morosas), procurando solução rápida, deformalizada e especializada para seus conflitos, aproveitando-se do sigilo propiciado pelo método em questão e da possibilidade de indicar como julgador um especialista na matéria objeto de disputa, eliminando-os, como é fácil perceber, muitos dos componentes aleatórios que podem levar à frustração da solução judicial de disputas.³⁹

³⁹ RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **As Formas Alternativas de Resolução de Conflitos**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007, p. 51.

4.2.2 Mediação

Quanto à Mediação, os opositores elegem uma terceira pessoa para intermediar e pacificar o conflito.

Remonta a mediação da mediação veio da China e de forma interessante: ainda é cultivada, porque os chineses consideram a honestidade e a moral como as únicas normas que devem orientar as condutas dos homens; e as leis, como função secundária, não devendo prevalecer sobre os valores filosóficos que os homens possuem. Para os chineses, todas as formas de composição amigável devem ser esgotadas para posteriormente, se inevitável, recorrerem ao processo judicial.

Serpa (1999) ilustra bem a forma de conduta dos chineses quando leciona:

Os chineses, na antiguidade, influenciados pelas idéias do filósofo Confúcio, já praticavam a mediação como principal meio de solucionar contendas. Confúcio acreditava ser possível construir um paraíso na terra, desde que os homens pudessem se entender e resolver pacificamente seus problemas. Para ele existia uma harmonia natural nas questões humanas que não deveria ser desfeita por procedimentos adversariais ou com ajuda unilateral. Seu pensamento estabelecia que a melhor e mais justa maneira de consolidar essa paz seria através da persuasão moral e acordos e nunca através de coerção ou mediante qualquer tipo de poder. Ainda hoje o espírito confuciano norteia a maneira como os conflitos são solucionados na China. Existem, espalhados por todo o país, os Comitês Populares de Mediação encarregados de propiciar o entendimento de partes em conflito, de maneira informal.⁴⁰

Para Rodrigues Junior (2007), a Mediação pode ser considerada:

A mediação é um processo informal de resolução de conflitos, em que um terceiro, imparcial e neutro, sem o poder de decisão, assiste às partes para que a comunicação seja estabelecida e os interesses preservados, visando ao estabelecimento de um acordo. Na verdade, na mediação, as partes são guiadas por um terceiro (mediador) que não influenciará no resultado final. O mediador, sem decidir ou influenciar na decisão das partes, ajuda na identificação e articulação das questões essenciais que devem ser resolvidas durante o processo.⁴¹

⁴⁰ SERPA, Maria de Nazareth. **Theoria e Prática da Mediação de Conflitos**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 1999, p. 67-68.

⁴¹ RODRIGUES JUNIOR; Walsir Edson. **As Formas Alternativas de Resolução de Conflitos**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007, p. 50.

Encontramos pontos comuns entre a arbitragem e a mediação, quando uma terceira pessoa intervém entre os sujeitos para pacificação dos interesses em conflito. Entretanto, na arbitragem, os sujeitos na relação conflituosa admitem que uma terceira pessoa decida por eles, e qualquer que seja a decisão, terá que ser acolhida e respeitada por aqueles que a elegeram para a solução do conflito. Na mediação, a terceira pessoa que auxilia as partes a encontrar a solução do conflito de forma pacífica sem qualquer imposição.

A Mediação exige um tempo mais longo que o da Conciliação. Faz-se tal assertiva por considerar que a mediação é verdadeiramente um processo dinâmico em que o mediador incentiva e auxilia os opositores ao diálogo sem qualquer atuação decisória. A pretensão do mediador é resolver o conflito conforme o interesse e vontade das partes, podendo inclusive, possibilitar o retorno a fatos passados para possibilitar a visão de um futuro mais harmônico e menos conflituoso.

Desta feita, as partes em conflito necessitam realmente de um tempo mais longo para suas exposições e encontro da decisão que melhor solucionem o conflito. Advindo a decisão diretamente dos próprios contendores, sem o posicionamento de um terceiro, obviamente que demandará um pouco mais de tempo, sob pena de não lograr êxito ou não atender os interesses das partes.

O mediador precisa estar atento à ética, ao tempo e ao espaço, bem como à relação existente entre os sujeitos. Para que o mediador tenha condições de realizar a mediação, deverá ter um comportamento ético e respeitoso, atento à igualdade de tempo e espaço de oportunidades recíprocas às partes para que possam compreender e auxiliar na resolução final do conflito.

Através da mediação, as partes resgatam o poder de decisão e no entendimento de alguns doutos, dividem ganhos e perdas. Oliveira (1999) acrescenta:

A palavra mediação vem do latim *mediare* e quer dizer dividir ao meio, repartir em duas partes iguais. Ficar no meio de dois pontos. Mediar como ação, como verbo, sempre deu a idéia de que quem o fazia dividia em partes iguais ganhos e perdas.. Muitas pessoas, países ou instituições – como a ONU, por exemplo - têm se colocado como mediadores de conflitos, ajudando as partes achar um ponto de encontro entre suas demandas. Pretende-se que as partes cheguem ao acordo quando existem divergências de interesses e desencontros de desejos.⁴²

⁴² OLIVEIRA, Ângela (Coord). **Mediação: Uma nova mentalidade.** Mediação: Métodos de Resolução de Controvérsias. São Paulo: LTr, 1999, p. 102

Para a mediação devem ser estabelecidas regras que deverão ser aceitas pelas tais, como: ambos devem colaborar e cooperar para encontrar situações que atendam aos seus interesses e não ao interesse individual; respeitar a oportunidade de manifestação individual e reconhecer que o mediador é imparcial e estará colaborando para encontrar a solução que satisfaça aos opositores.

4.2.3 Negociação

De modo diferente da Mediação, da Arbitragem e da Conciliação, na Negociação, as partes, obrigatoriamente, não necessitam da intervenção de uma terceira pessoa, podendo negociar diretamente ou até mesmo ser representadas. Não há necessidade de se estabelecer critérios rígidos para que a Negociação se efetive, sendo necessário apenas que as partes estejam dispostas a fazê-lo e tenham interesse na solução do conflito.

Tavares (2002), ao falar sobre a Negociação, leciona:

A forma básica de resolução de disputas é a negociação. Nela, as partes se encontram diretamente e, de acordo com suas próprias estratégias e estilos, procuram resolver uma disputa ou planejar uma transação, mediante discussões que incluem argumentação e arrazoamento. 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 credibilidade entre as partes.⁴³

⁴³ TAVARES, Fernando Horta. **Mediação & Conciliação**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 42.

4.2.4 Conciliação

Considerada por alguns doutrinadores como processo informal, a Conciliação conta com a intervenção de uma terceira pessoa que auxilie as partes a entrar em entendimento quanto ao conflito existente. Desta maneira, Tavares (2002), considera que

a Conciliação é o processo pelo qual o conciliador tenta fazer com que as partes evitem ou desistam da jurisdição, encontrando denominador comum, seja renunciando ao seu direito, seja submetendo-o ao de outrem, ou mesmo transigindo, nos moldes previstos pela Lei Civil.⁴⁴

Na Conciliação e na mediação, a decisão final é resultado da contribuição das partes envolvidas, que foi construída por elas com a ajuda de uma terceira pessoa. Diferem, no entanto, mediação e a Conciliação, considerando alguns doutrinadores que a primeira é contratual, ao passo que a segunda é processual. Pires citado por Rodrigues Junior (2007):

Por todo o exposto, vimos que o termo mediação, por seu caráter abrangente, se presta a sua finalidade, qual seja, a de identificar inequivocamente a realidade fática brasileira, sendo, *ipso facto*, um termo adequado. Conforme demonstrado, só há razões suficientes a autorizar uma diferenciação conceitual entre a mediação e a Conciliação praticada no Judiciário brasileiro em termos de *gênero comum* e *gênero processual-legal*, respectivamente, pois ambos os institutos constituem, em última análise, a mesma coisa, com a exceção de mediação ser gênero comum a todas as situações compatíveis com o conceito amplo de mediação, ao passo que *Conciliação* é o nome específico que a mediação, como gênero comum, recebe uma vez inserida no âmbito processual-legal.⁴⁵

A Mediação e a Conciliação, embora sejam métodos alternativos de resolução de conflito e muito se aproximem, têm pontos distintos. Ambas contam com o auxílio de um terceiro e buscam a finalização do litígio, tendo a natureza jurídica contratual. Entretanto, na Mediação, o terceiro auxilia os opositores proporcionando e facilitando a comunicação entre eles sem interferir no mérito das questões.

⁴⁴ TAVARES, Fernando Horta. **Mediação & Conciliação**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 43.

⁴⁵ RODRIGUES JUNIOR; Walsir Edson. **As Formas Alternativas de Resolução de Conflitos**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007, p. 73.

Quanto à Conciliação, o terceiro manifesta e intervém auxiliando as partes em conflito na solução do conflito. O Conciliador poderá ser um Juiz de Direito ou um terceiro⁴⁶, desde que tenha o respeito e a aceitação das partes quanto às suas intervenções e posicionamentos, e que todos possam construir a decisão final que melhor atenda aos interesses e pretensões dos opositores.

É interessante também registrar que, obtida a composição do litígio através da Conciliação, foi delegada às próprias partes a possibilidade de encontrar a decisão que melhor atenda seus interesses. A decisão final é construída por eles, que passam a acatá-la e a respeitá-la, porque a assumiram e com ela se comprometeram a cumprir voluntariamente o que foi ajustado.

O estudo deste trabalho refere-se à análise da Conciliação e sobre alguns aspectos considerados relevantes. Apreciam-se, em rápidas considerações, a origem da Conciliação no Brasil, seu conceito e suas modalidades.

⁴⁶ Refere-se à experiência vivenciada junto ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais que nomeou estudantes como conciliadores nas audiências de tentativa de conciliação, atuando estes sob a supervisão de um Juiz de Direito.

CAPÍTULO V

A CONCILIAÇÃO NO BRASIL

5.1 Origem da Conciliação no Brasil

Remonta, das Ordenações Manuelinas, à necessidade das partes passarem pela Conciliação antes da instauração do procedimento. A determinação vigorou nas Ordenações Filipinas e ganhou o *status* de norma constitucional em 1850, que previa a competência do conciliador oficial do Estado ou do Juiz de Paz. No Código de Processo Civil de 1939 a Conciliação foi abolida.

Posteriormente, foi reconhecido em nosso país o valor da Conciliação e de todas as tentativas judiciais para composição amigável do conflito. O Código de Processo Civil de 1974 consagrou a oportunidade da tentativa de Conciliação, e esta determinação foi estendida em outras fases processuais, bem como em outras leis, tornando obrigatória a sua tentativa.

Ao falar sobre Conciliação, Gianulo (2003) afirma que:

O Código Processual, com a redação original vigente a partir de 1.974, por assim dizer ressuscitou o instituto, ao introduzi-lo na abertura da audiência de instrução e julgamento (CPC arts. 447/449), vindo a ser incrementada a tentativa conciliatória com o advento da reforma de 1.994(CPC art. 125, inciso IV). O processo civil pátrio perseguiu a concepção conciliadora com o advento da Lei n. 7244/84 e sua sucessora, na tratativa de composição de litígios de menor complexidade, Lei n. 9.099/95, em seu artigo 21, que se dará antes mesmo da resposta do réu(art. 31, parágrafo único), assim também com a vigência da Lei 10.259/2001, mostrando claramente aderir a movimento internacional de prestígio à Conciliação não apenas no curso do Processo, desde o início da relação jurídica processual.⁴⁷

Verifica-se que é indiscutível entre os nossos doutrinadores a existência em nosso país conforme se verifica abaixo:

⁴⁷ GIANULO, Wilson. **Conciliação**. São Paulo: ADV (Advocacia Dinâmica) Seleções Jurídicas, p.38, Set. 2003.

Para avaliarmos o acolhimento que a Conciliação sempre mereceu em nosso sistema legal, convém uma ligeira digressão história pelas Ordenações Filipinas. A Lei de 15/10/1857, com a rubrica de sua majestade Imperial, ao criar os Juízes de Paz, conferiu-lhe, dentre outras, a competência para conciliar as partes, que pretendem demandar por todos os meios pacíficos, que estivessem ao seu alcance: mandado lavrar termo do resultado, que significará com as partes e Escrivão (art. 5º).

Logo depois, em decreto de 20/09/1829, prescreveu o legislador imperial, verbis: Art. 4º. Os termos de Conciliação, quando esta se verificar, terão força e sentença.

Esse resultado Conciliação é o que se denominou de termo de bem viver (art. 12 da Lei de 15/10/1827) e que largamente usado no Brasil-Colônia e, posteriormente, nas delegacias de polícia. Arraigou-se de tal maneira essa prática nos costumes brasileiros, que sempre que fazíamos, como Juízes pelas Comarcas do interior, um acordo em torno de causas menores, ao final, as partes perguntavam: “Doutor, não vai botar isso no papel?”.⁴⁸

5.2 Conceito de Conciliação e suas Modalidades

Vários doutrinadores conceituam a Conciliação. Será mencionado o conceito referido por Magano citado por Sales (2004) que ensina: “a Conciliação é o negócio jurídico em que as partes respectivas, com assistência de terceiro, põem fim aos conflitos entre elas existentes”.⁴⁹

Nassif (2005), ao conceituar a Conciliação judicial, nos moldes da doutrina italiana, afirma: “um procedimento de resolução de controvérsias, na qual uma terceira pessoa imparcial, o conciliador, assiste às partes em conflito guiando a sua negociação e orientando-as no sentido de encontrar acordos reciprocamente satisfatórios”.⁵⁰

E para Calmon (2007) o conceito de Conciliação é:

Um mecanismo de obtenção da autocomposição que, em geral, é desenvolvido pelo próprio juiz ou por pessoa que faz parte ou é fiscalizado ou orientado pela estrutura judicial; e que tem como método a participação mais efetiva desse terceiro na proposta de solução, tendo por escopo a solução do conflito que lhe é concretamente apresentado nas petições das partes.⁵¹

⁴⁸ SOUSA, Lourival de J. Serejo. O acesso à Justiça e aos Juizados Especiais. **Revista dos Juizados Especiais**, Porto Alegre, n. 20, p. 31, ago. 1997.

⁴⁹ SALES, Lilia Maia de Moraes. **Justiça e Mediação de Conflitos**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004, p.39.

⁵⁰ NASSIF, Elaine. **Conciliação Judicial e Indisponibilidade de Direitos - Paradoxos da Justiça menor no Processo Civil e Trabalhista**. São Paulo: Editora LTr, 2005, p. 151.

⁵¹ CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 144.

Busca a Conciliação finalizar o litígio, sem adentrar no conflito existente. O terceiro, chamado conciliador, após ouvir os interessados propõe uma solução para finalizar o conflito. Alguns chegam a afirmar que a Conciliação é mais adequada para pessoas que não têm relacionamento, uma vez que não trabalha o conflito. Esse é o entendimento de Vezzulla, citado por Sales (2004):

A Conciliação como técnica é de grande utilidade nos problemas que não envolvem relacionamentos entre as partes, o que permite trabalhar sobre a apresentação superficial (verdade formal ou posição) para alcançar uma solução de compromisso sem repercussão no futuro de suas vidas.^{52 53}

Quanto ao espaço-temporal, a Conciliação pode ocorrer antes do ajuizamento da ação (pré-processual) e processual (após o ajuizamento da ação, a qualquer momento). Quanto às modalidades há a Conciliação endoprocessual ou extraprocessual. Entende-se por Conciliação endoprocessual quando as partes em conflito acionam o Judiciário em busca de solução de conflito existente dentro do procedimento judicial. Fala-se em Conciliação extraprocessual quando às partes decidem resolver seus conflitos extraprocessualmente, fora do processo.

Quanto às partes conseguem a autocomposição extra e pré-processualmente, na maioria das vezes, o Judiciário não toma conhecimento, salvo se as partes resolverem buscar a via judiciária para a sua homologação. Quando se trata autocomposição processual que é homologada, encerra-se o procedimento, colocando fim à demanda. Isso ocorre porque a autocomposição encerra o conflito, ao passo que a homologação encerra o procedimento. A importância de se fazer essa distinção foi ressaltada por Calmon (2007):

A relevância da cronologia da Conciliação está em sua repercussão para o desfecho do processo e na discussão sobre sua obrigatoriedade. Se realizada no curso do processo, a Conciliação frutífera provoca seu término imediato. Do ponto de vista processual, a Conciliação pré-processual somente é relevante caso seja buscada, em seguida, a atividade jurisdicional homologatória, ou, para os modelos que a admitem de forma obrigatória, para caracterizar um requisito de admissibilidade da demanda.⁵⁴

⁵² SALES, Lilia Maia de Moraes. **Justiça e Mediação de Conflitos**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004, p. 40.

⁵³ NASSSIF, Elaine. **Conciliação Judicial e Indisponibilidade de Direitos** - Paradoxos da Justiça menor no Processo Civil e Trabalhista. São Paulo: Editora LTr, 2005, p. 40.

⁵⁴ CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 145.

Os envolvidos no conflito têm a faculdade de fazer ou não a autocomposição. Analisando a Conciliação sob o aspecto facultativo ou obrigatório e o momento de sua ocorrência, Ceneviva citado por Tavares (2002), leciona que no direito processual brasileiro a Conciliação pode ser assim classificada:

Tendo em vista a intervenção do órgão estatal, a Conciliação pode ser facultativa ou obrigatória. Na facultativa, a iniciativa é das partes, que o juiz recebe para homologar. Na obrigatória o juiz tem a obrigação de propor, havendo nulidade do processo se a providência não foi implementada. Considerando o momento da ocorrência, destacam-se a Conciliação preventiva, que é verificada antes da lide, com renúncia à demanda e a Conciliação celebrada depois de instaurada a lide, pois é este o efeito da sentença que a homologa. No que concerne à natureza, pode ser judiciária ou jurisdicionalista, quando se verifica no curso do exercício da jurisdição, ou administrativa, quando atuada pelo juiz, é por ele efetivada no exercício de função administrativa, disciplinadora de interesses privados, a fim de manter sua aptidão de produzir efeitos jurídicos e afirmar segurança.⁵⁵

Há vários estudiosos e inúmeros entendimentos sobre a Conciliação entre os doutrinadores que se posicionam favoráveis à Conciliação judicial, outros à extrajudicial. Dentro da Conciliação extrajudicial, considerando-a meio de pacificação social, pode-se citar Cintra, Grinover e Dinamarco (1990):

As soluções não jurisdicionais de conflitos, como *meios alternativos de pacificação social* repontam, da consciência de que, se o que importa é pacificar, tornar-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes. Por outro lado, cresce também a percepção de que o Estado tem falhado muito na sua missão pacificadora, que ele tenta realizar mediante o exercício da jurisdição e através de formas do processo civil, penal ou trabalhista.⁵⁶

Considera-se equivocado o entendimento de que o objeto dos meios alternativos de conflito é a pacificação. Diverge-se desse entendimento por considerar que o Estado não tem missão pacificadora, pois pacificação pode ser uma consequência natural, não devendo ser considerada finalidade dos meios alternativos de conflito.

⁵⁵ TAVARES, Fernando Horta. **Mediação & Conciliação**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 116.

⁵⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 30-31.

Admite-se a Conciliação extrajudicial como opção das partes envolvidas no litígio para solucionar seus conflitos. Admitida a conciliação extrajudicialmente, esta poderá ser realizada por um terceiro, neutro e imparcial, que não seja obrigatoriamente um Juiz de Direito. Se restringir a conciliação à presença de um Juiz de Direito, a conciliação extrajudicial não poderá ser admitida.

Entretanto, opta-se pela Conciliação judicial que será analisada em seu aspecto processual – legal, porque cabe ao Estado o monopólio da função jurisdicional. O Estado deverá propiciar às partes a oportunidade da Conciliação, com maior adequação e em tempo razoável e de forma isonômica. Deverá ainda, compartilhar o provimento judicial com os destinatários, responsáveis pelo seu cumprimento.

Conclui-se que a Conciliação deve ser considerada um método alternativo de resolução de conflitos em que se delega aos próprios opositores a responsabilidade de encontrarem, auxiliados por um terceiro, neutro e imparcial, a decisão que melhor atenda aos seus interesses e pretensões. Quando se trata de Conciliação Extraprocessual evita-se que a função Jurisdicional do Estado seja ativada. Entretanto, quando se trata de Conciliação Jurisdicional, esta decisão construída pelas partes em conflito com o auxílio do conciliador, poderá ser encerrada em virtude da desistência, submissão ou mesmo da transação, encerrando o conflito e a finalização do procedimento.

CAPÍTULO VI

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA CONCILIAÇÃO

6.1 Principiologia da Conciliação

A Constituição Imperial (1824) determinava a Conciliação prévia obrigatória. As Constituições brasileiras posteriores silenciaram quanto à Conciliação que ressurgiu na Constituição Federal de 1988, quando criou os Juizados Especiais com competência para Conciliação nas causas cíveis de menor complexidade, e para as infrações penais de menor potencial ofensivo. e ainda a justiça de paz com atribuição conciliatória, sem caráter jurisdicional.

É evidente que a proposta de Conciliação tem que se adequar ao ordenamento jurídico brasileiro. Não poderia, de forma alguma, pensar na Conciliação se a mesma não estivesse conforme a Constituição Federal. Entrelaçada com a norma maior, além de adequada ao texto constitucional, pode-se afirmar que a Conciliação também possui os mesmos princípios e objetivos que fundamentam a República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito.

Assim, como o Estado é organizado e tem seus objetivos fundamentais, a Conciliação também tem seus objetivos fundamentais que serão analisados a seguir. Pela experiência vivenciada⁵⁷, trabalhando com a Conciliação durante alguns anos, encontra-se uma semelhança entre os objetivos fundamentais previstos na Constituição da República e aqueles presentes na Conciliação.

É conveniente a exposição da experiência vivenciada no exercício da atividade jurisdicional para despertar o debate e aprofundamento de um tema atual e que tem merecido a atenção dos operadores do direito.

⁵⁷ Será relatada, no decorrer deste estudo, a experiência pioneira do Tribunal de Justiça ao implantar a Central de Conciliação na Comarca de Belo Horizonte, Minas Gerais.

6.1.1 Considerações Iniciais

O título I da Constituição Federal trata sobre os princípios fundamentais, integrando-os ao ordenamento jurídico. O reconhecimento principialista de um sistema jurídico-constitucional demonstra os valores que a comunidade política tem interesse em sistematizar e preservar. Os princípios são normas jurídicas. Será analisado inicialmente o que se consideram princípios.

Brêtas (2004), ao tratar sobre os princípios (normas-princípios) como normas jurídicas, reconhece que há idêntica força vinculativa com as regras-jurídicas (normas-disposições) e afirma que estes princípios devem ser interpretados e aplicados no ordenamento jurídico por todos os operadores do direito. Cita-se:

Entretanto, para que os princípios possam atuar eficazmente na elaboração do direito, como enunciados - síntese das idéias fundamentais que a comunidade política do Estado(o povo) projetou sobre seu sistema jurídico-constitucional , orientando toda e qualquer atividade desenvolvida pelos órgãos estatais, é necessário que os operadores do sistema(advogados privados e públicos, membros do Ministério Público e juízes) envidem esforços para que os princípios jurídicos cumpram suas funções interpretativa, supletiva e normativa, esta última principalmente, aplicando-os de forma integrada, o que exige operacionalização por intermédio do processo, na *concepção fazzalariana* de procedimento em contraditório.⁵⁸

É oportuno e adequado o reconhecimento dos princípios como normas jurídicas impositivas que deverão ser observadas e aplicadas por todos os integrantes da comunidade jurídica. Considerados os princípios como normas jurídicas, sua observância e obediência se fazem necessários, porque estruturam o conhecimento e servem como metodologia reguladora das atividades similares que passarão a ser exercidas, voltadas para a mesma finalidade.

⁵⁸ BRÊTAS C. Dias, Ronaldo. **Da Responsabilidade do Estado pela função Jurisdicional**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004, p.125.

De modo interessante Marçal (2007), sobre os princípios, assim considera:

O princípio pode ser definido como aquilo, idéia *a priori* ou algo existente no mundo físico e ou construção conceitual abstraída da experiência relativa ao mundo, que é tomado ou como ponto de partida e base sobre que se estrutura um conhecimento teórico e ou sobre que se constitui um sistema pragmático regulador de ações racionalmente voltadas para fins. Sob esses aspectos aqui contemplados, princípio denota uma relação de procedência ou derivação entre elementos de uma totalidade ou sistema e é apresentado em uma formulação lingüística bem estruturada sintática, semântica e pragmática.⁵⁹

Os princípios denotam uma relação de procedência ou derivação e que podem ser construídos da experiência para estruturar um conhecimento teórico, ou constituir um sistema pragmático para regulamentar e direcionar as atividades ali desenvolvidas. Percebe-se que alguns princípios se impõem e devem ser utilizados como metodologia para regulamentar as ações e os comportamentos voltados para o mesmo fim.

Considerando que a Constituição Federal estrutura a jurisdição, e analisando os princípios constitucionais previstos no art. 1º da Carta Magna, é possível reconhecê-los, com certa identidade, na Conciliação como se verifica a seguir.

6.1.2 Soberania e Autonomia

Conforme se verifica em Ferreira (1997), pode-se dizer que o significado de Soberania é “o complexo de poderes que formam uma nação politicamente organizada”.⁶⁰

Soberania é a característica de poder do Estado que o coloca acima de qualquer outro no âmbito interno e que o situa no mesmo plano de poder de outros Estados.⁶¹

⁵⁹ MARÇAL, Antônio Cota. Princípio: Estatuto, função e usos no Direito. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Constituição, Direito e Processo**. Curitiba: Editora Juruá, 2007, p. 35.

⁶⁰ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2 ed. 25ª impressão, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997, p.1597.

⁶¹ GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Editora Rideel. 9 ed. 2006, p. 189.

Quanto à autonomia como *s.f.* é a faculdade de se governar por si mesmo. Direito ou faculdade de se reger (uma nação) por leis próprias. Propriedade pela qual o homem pretende poder escolher as leis que regem sua conduta.⁶²

A soberania é fundamento da Conciliação, porque os sujeitos no conflito são soberanos, autônomos e independentes em suas decisões. A Conciliação transfere aos sujeitos o direito de construírem a decisão almejada, devendo ocorrer a manifestação de forma autônoma e livre. Os sujeitos resgatam a autoridade, o poder de decisão sobre possíveis desdobramentos do conflito e eventuais soluções, tornando responsável pelo cumprimento do que livremente pactuado.

6.1.3 Cidadania

Cidadania é a qualidade ou estado de cidadão. Cidadão é o indivíduo no gozo dos direitos civis e políticos de um Estado, ou no desempenho de seus deveres para com este.⁶³

Quanto à cidadania, da forma mais ampla possível, está inserida na Conciliação. O cidadão que participou da construção do ordenamento jurídico tem o direito de manifestar livremente sobre os seus direitos e interesses que estarão sob o crivo da ordem jurídica. Os protagonistas têm o direito de falar e ouvir, de participar ativamente da construção da decisão. É o que se deseja como resgate da cidadania e do respeito ao jurisdicionado. Todos os sujeitos são colocados em posição isonômica, buscando cada um, com igualdade de oportunidades, demonstrar seu posicionamento ante ao conflito, sempre com o objetivo de solucioná-lo, sem um vencedor ou um perdedor, sem qualquer adversidade.

⁶² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2 ed. 25ª impressão, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997, p. 203.

⁶³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**, 2 ed. 25ª impressão. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997, p. 403.

Leal (2002) afirma:

Em direito democrático o processo abre, por seus princípios institutivos (isonomia, ampla defesa, contraditório), um espaço jurídico-discursivo de auto inclusão para construção conjunta da sociedade jurídico-político. Tem-se, assim, no legitimado ao processo, por si próprio, o agente legal (remetente-receptor) do exercício e auto-entrega da cidadania no Estado Democrático de Direito.⁶⁴

A Conciliação possibilita a entrega da cidadania quando o jurisdicionado tem acesso à jurisdição, igual oportunidade às partes, de forma democrática, sem quaisquer diferenciações ou restrições, com individualidade caso a caso, conforme as pretensões e interesses apresentados.

6.1.4 Dignidade da pessoa humana

Dignidade é o respeito a si mesmo.⁶⁵ A dignidade da pessoa humana é um valor supremo em que são considerados o respeito e a promoção do outro. Normalmente, depois de esgotadas todas as possibilidades extrajudiciais de solução amigável do conflito, a parte recorre ao Judiciário em busca de soluções. Ao ser concedida a oportunidade da escuta, sem comprometimentos futuros do que foi manifestado, a dignidade da pessoa humana é resgatada. É a oportunidade de ser ouvida, de estar pessoalmente em juízo e de reabrir-lhe a possibilidade de compartilhar da decisão que melhor atenda aos seus interesses e pretensões. Ainda que não seja possível o encontro pessoal dos sujeitos em conflito, a melhor solução para o problema seria se a oportunidade de manifestação pessoal fosse respeitada.

⁶⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 179.

⁶⁵ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário da Língua Portuguesa**, 2 ed. 25ª impressão, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997, p. 589.

6.1.5 Livre Iniciativa

Considera-se livre iniciativa a liberdade para tomar decisões no que se refere ao quarto princípio, desde a livre iniciativa de comparecer em audiência e fazer manifestações, quanto a liberdade de fazer concessões referente aos direitos e pretensões para alcançar a Conciliação.

O próprio comparecimento das partes e seus procuradores em audiência já demonstram, inicialmente, uma pré-disposição, para a Conciliação. As partes contam com o auxílio de uma terceira pessoa e com a orientação dos procuradores para transigir, não se admitindo em nenhum momento, decisões coercitivas, impostas que afastem ou retirem a liberdade de manifestação e decisão das partes envolvidas no conflito.

6.1.6 Pluralismo de Soluções

Adota-se o entendimento que o pluralismo de soluções deve ser considerado como as variadas propostas que poderão ser apresentadas quando da realização da tentativa de Conciliação.

Estando as partes predispostas a conciliar, apresentam soluções que são adequadas à finalização do conflito, sendo orientadas pelos procuradores e auxiliadas pelos conciliadores para finalização dos conflitos. São essas plúrimas oportunidades de manifestações em igualdade de condições que possibilitarão construir a decisão que atenderá aos anseios e pretensões dos opositores.

Um dos pilares da Conciliação: oportunidades concedidas às partes de visualizarem inúmeras possibilidades de soluções, após o necessário debate e discussão sobre o conflito existente. Quando cada um tem a oportunidade de manifestar, ouvir o outro, analisar suas propostas e pretensões, garante-se o contraditório. Com um número incontável de opções apresentadas pelos sujeitos do conflito, pode-se escolher a que melhor atenda aos interesses de ambas as partes.

Essas oportunidades evitarão que as partes sejam surpreendidas com decisão inesperada; que as mesmas não vislumbrem com suas pretensões ou resistências.

De modo interessante, ao falar sobre o princípio do contraditório, Nunes (2004) afirma que as partes têm a garantia da não-surpresa:

Isto, pois, é uma preocupação constante, há algum tempo, dos juristas europeus do fenômeno cada vez mais recorrente da decisão de surpresa (*Überraschungsentscheidungen*) ou *di terza via*, quando o provimento não deriva do contraditório entre as partes, mas da escolha autônoma e, às vezes, arbitrária do juízo.

Tanto é verdade que um dos pontos da recente reforma do processo civil austríaco de 2002 (*Zivilverfahrens- Novelle 2002*) foi a proibição no parágrafo 182^a de decisões de surpresa impondo ao juiz o dever de discutir com as partes alegações de fato e de direito, evitando a obtenção de decisores fruto de próprios convencimentos solitários não submetidos à necessária discussão preventiva acerca dos elementos alegados, meios probatórios deduzidos e atividades desenvolvidas pelas partes ou por ele próprio.⁶⁶

Na Conciliação as partes envolvidas no conflito buscam uma pluralidade de soluções podendo optar pela que melhor atenda aos seus interesses observadas as prescrições legais evitando, dessa maneira, uma decisão com a garantia da participada em igualdade de condições e oportunidades de falas.

6.1.7 Acesso à Jurisdição

Inicialmente deve-se esclarecer que, costumeiramente os estudiosos do direito preferem a expressão *acesso à justiça*. No entanto, essa expressão apresenta-se com inúmeros significados desvirtuados do modelo constitucional do Processo consagrado na Constituição.

Demonstrando com clareza a diferença entre Acesso à Justiça e Acesso à Jurisdição, Leal (2005) afirma que:

É certo que o cognominado *acesso à justiça* nada tem a ver com o acesso aos direitos fundamentais do homem, porque simploriamente definido como “algo posto à disposição das pessoas com vistas a fazê-las mais felizes (ou menos felizes), mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem, com *decisões justas*. Também a expressão “acesso à justiça” não é a síntese

⁶⁶ NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. **Revista Síntese de direito civil e processual civil**. Porto Alegre: Síntese, n. 29, maio-jun./2004, p. 75.

de todos os princípios e garantias constitucionais do processo, porque atualmente o modelo constitucional do Processo é que, por incorporar o princípio da ampla defesa pelo direito-de-ação, é que gera o livre acesso à jurisdição, como direito irrestrito de provocar a tutela legal (art. 5º, XXXV, da CR/88).

Observe-se que o Processo não busca “decisões justas”, mas assegura às partes participarem isonomicamente na construção do provimento sem que o impreciso e idiossincrático conceito de “justiça” da decisão decorra da clarividência do julgador, de sua ideologia ou magnanimidade. Afaste-se desde logo ser o processo o “tema-ponte a interligar o processo civil com a justiça social” ou o modo de fazer aflorar toda uma problemática inserida em um contexto social e econômico, cuja solução coubesse à sapiência do juiz.⁶⁷

A expressão acesso à jurisdição é a única que se adequa ao Processo Constitucional no Estado Democrático de Direito. Não se concebe mais o entendimento anterior de nossos doutrinadores pátrios, que o processo é instrumento da jurisdição. Pelo contrário, a jurisdição é que se processualiza o processo. É sob o comando do devido processo legal que a jurisdição se realiza e que são aplicados os conteúdos da lei. Somente através do devido processo constitucionalizado, os conteúdos da lei são aplicados.

Cita-se ainda Leal (2005) que concebe a Jurisdição como a instituição constitucionalizada e possibilita o reconhecimento dos direitos por meio do processo:

A Jurisdição é que deverá ser processualizada quando jurisdicional por inerência à atividade do juiz ou do decisor, devendo ou do decisor, devendo, entretanto, existir jurisdição processualizada, em que a Judicção há de ser exercida sob comando do Processo. Superam-se, assim, conotações envelhecidas de que o processo seria um fenômeno provocado pelo exercício da jurisdição como veículo de surgimento de situações jurídicas no âmbito do Poder Judiciário. O Processo é que é jurisdicional, porque impõe ao juiz e ao servidor público (direto ou não) a doação inafastável de seus princípios e institutos jurídicos na construção dos procedimentos e realização dos provimentos.⁶⁸

A função jurisdicional é exercida exclusivamente pelo Estado, quando provocado e só pode ocorrer nos limites da lei. O Estado deve exercer a função jurisdicional, solucionar os conflitos existentes, aplicando o direito ao caso concreto. Não é uma faculdade, mas um dever do Estado.

Ao tratar da função jurisdicional, Brêtas (2004) afirma que esta função é dever do Estado e deve ser exercida por meio do devido processo. Assim leciona :

⁶⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: São Paulo: Editora Thomson, 6 ed. 2005, p. 81-82.

⁶⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Editora Thomson. 6 ed. 2005, p. 83.

Na concepção principiológica e constitucional de Estado Democrático de Direito a chamada função jurisdicional ou simplesmente jurisdição é atividade-dever do estado, prestada pelos seus órgãos competentes, indicados no texto da Constituição, somente possível de ser exercida sob petição da parte interessada (direito de ação) e mediante a indispensável garantia do devido processo constitucional. Em outras palavras, a jurisdição somente pode ser desenvolvida ou prestada por meio de processo instaurado e desenvolvido em forma obediente aos princípios e regras constitucionais, entre os quais avultam o juízo natural, a ampla defesa, com todos os recursos e meios a ela (defesa) inerentes, o contraditório, a fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais com base no ordenamento jurídico vigente (princípio da legalidade ou da reserva legal) com o objetivo de realizar imperativa e imparcialmente o direito.⁶⁹

Por meio de seus órgãos, o Estado exerce a atividade jurisdicional sobre todos os indivíduos, observando sempre a estruturação jurídica disciplinada no ordenamento jurídico, por meio do devido processo legal, que tem como pilar o Processo Constitucional.

Gonçalves (1992) ensina que “o Estado exerce a função jurisdicional sobre o mesmo fundamento que o legitima a exercer, no quadro de uma ordem jurídica instituída, as funções legislativa e administrativa.”⁷⁰

Essa função jurisdicional, exercida exclusivamente pelo Estado quando provocado, só pode ocorrer nos limites da lei. O Estado cumpre a função jurisdicional, soluciona os conflitos existentes e aplica o direito ao caso concreto. Não é uma faculdade, mas um dever do Estado. O acesso à jurisdição é direito fundamental do cidadão de ter livre acesso ao Judiciário na defesa de seus direitos e interesses (art. 5º. XXXV da CR).

Nessa linha de entendimento Leal (2005), sobre a jurisdição, afirma:

A atividade dos que julgam ou decidem por dever que lhes é cometido pelo Estado que é condicionada aos ditames das garantias constitucionais do Processo, quando estas legalmente se impuseram. A Jurisdição é que deverá ser processualizada quando a lei assim o exigir na construção dos procedimentos legais. Não existe processo jurisdicional por inerência à atividade do juiz ou do decisor, devendo, entretanto, existir jurisdição processualizada, em que a Judicção há de ser exercida sob comando do processo.⁷¹

⁶⁹ BRÊTAS, C. Dias Ronaldo; NEPOMUCENO Luciana Diniz (Coord. Co-autores). **Processo Civil Reformado**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007, p. 225.

⁷⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide Editora. 1 ed. 1992, p. 50

⁷¹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Editora Thomson IOB, 2005, p. 203.

A processualização da jurisdição subordina a atividade jurisdicional aos princípios e fins do processo, observadas a ampla defesa e a participação isonômica, é que é possível o acesso à Jurisdição. Merece esclarecer como se concebe a ampla defesa e a participação isonômica no Estado Democrático de Direito. Cita-se Leal (2005):

O princípio da ampla defesa é co-extenso ao do contraditório e da isonomia, porque a amplitude da defesa se faz nos limites temporais do procedimento em contraditório. A amplitude da defesa não se supõe infinidade de produção da defesa a qualquer tempo, porém, que esta se produza pelos meios e elementos totais de alegações e provas no tempo processual oportunizado na lei. Há de ser ampla, porque não pode ser espreitada (comprimida) pela sumarização do tempo a tal ponto de excluir a liberdade de reflexão cômoda dos aspectos fundamentais de sua produção eficiente. É por isso que, a pretexto de celeridade do processual ou efetividade do processo, não se pode, de modo obcecado, suprimindo deficiências de um Estado já anacrônico e jurisdicionalmente inviável, sacrificar o tempo da ampla defesa que supõe a oportunidade de exaurimento de articulações do direito e produção de provas.⁷²

E quanto à participação isonômica:

O princípio da isonomia é direito-garantia hoje constitucionalizado em vários países de feições democráticas. É referente lógico-jurídico indispensável do procedimento em contraditório (Processo), uma vez que a liberdade de contradizer para a construção entre as partes, da estrutura procedimental. A asserção de que há de se dar tratamento igual a iguais, e desigual a desiguais é tautológica, porque, na estruturação do procedimento, o dizer e contradizer, em regime de liberdade assegurada em lei, não se operam pela distinção jurisdicional do economicamente igual ou desigual. O direito ao Processo não tem conteúdos de criação de direitos diferenciados pela disparidade econômica das partes, mas é direito assegurador de igualdade de realização construtiva do Procedimento.⁷³

O acesso à jurisdição é o direito incondicionado previsto na Constituição de acionar a atividade jurisdicional do Estado e de receber do órgão jurisdicional o provimento condicionado às garantias constitucionais do processo. O acesso à jurisdição como direito incondicionado está inserido o direito a ampla defesa, contraditório e ao tratamento isonômico, sendo concedida às partes oportunidade para manifestação, construção do procedimento com igualdade de oportunidades, compartilhando o provimento final conforme suas pretensões e seus interesses.

⁷² LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Editora Thomson, IOB, 6 ed. 2005, p. 111-112.

⁷³ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Editora Thomson, IOB, 6 ed. 2005, p. 11.

6.2 Objetivos considerados fundamentais da Conciliação

A Conciliação judicial deverá proporcionar aos contendores a oportunidade de comparecerem pessoalmente em juízo, assistidas por seus procuradores; manifestar livremente seus interesses e pretensões; ouvir a parte contrária e participar da decisão que melhor solucione o conflito existente. As partes litigantes têm direito de ser tratadas de maneira respeitosa e igualitária, devendo ser concedidos às mesmas oportunidades para cada um dos envolvidos no conflito. No Estado Democrático de Direito, o objetivo da conciliação deverá ser o resgate da cidadania, através da liberdade de manifestação, da igualdade de oportunidades e de direitos, permitindo que os contendores encontrem a melhor solução para o conflito, pois são os destinatários da decisão construída e suportarão seus efeitos.

Discorre-se ligeiramente sobre os objetivos considerados essenciais para a realização da conciliação.

6.2.1 *Decisão livremente construída pelos sujeitos*

Precipuamente, um dos primeiros objetivos da Conciliação, é que os sujeitos construam livremente a decisão que terão que suportar. Não se deve iniciar uma audiência de tentativa de Conciliação, dizendo aos sujeitos sobre o conflito que estão ali para fazer um acordo. A Audiência refere-se a uma sessão solene onde as pessoas interessadas comparecem para ser ouvidas. É esta auscultação que permitirá a cada um dos sujeitos do conflito, colocar-se de forma livre e independente para reconhecer a posição e a pretensão do outro.

Esta decisão construída livremente pelos sujeitos decorre da concessão do espaço-discursivo que deve preponderar no Estado Democrático de Direito, no entendimento de Leal (2002):

O Estado Democrático de Direito, em sua acepção pós-metafísica e pós-convencional, é um espaço juridicamente institucionalizado a uma constante aprendizagem processual de exercício testificador dos direitos fundamentais (criados e garantidos pelo devido processo constitucional) em que todos os destinatários da normatividade legislada legitimam a

validade e a eficácia do ordenamento jurídico pela via procedimental do devido processo legal irrestrito (aberto a todos como fundamento da soberania popular), mediante o qual se reconhecem como autores das normas vigentes e aplicáveis por um controle confirmativo ou recreativo de constitucionalidade do direito posto (plebiscitarização da fiscalidade jurídica).⁷⁴

6.2.2 Liberdade de manifestação individual na tentativa de Conciliação

Quanto à liberdade de manifestação individual, são resguardados aos jurisdicionados os direitos de liberdade de expressão e opinião. É próprio do ser humano se expressar e se comunicar e poder demonstrar suas pretensões. Na Conciliação, o jurisdicionado tem vez e voz, sendo-lhe concedida a oportunidade e a liberdade para manifestar, sem receios. A manifestação verbal não deverá ser registrada no termo para não criar comprometimentos ou embaraços futuros para aqueles que fizeram as afirmações, e não deve ser usada para beneficiar ou prejudicar qualquer um dos sujeitos, posteriormente. A proposta da conciliação é que os sujeitos se aproximem para que possam transmitir livremente suas pretensões e entendimentos ocorridos no decorrer do litígio, e para se conhecerem a fim de possibilitar a construção da decisão que satisfaça ambas as partes.

Deve ser assegurado à parte o direito de uma audiência e a presença de um juiz se assim o desejar, bem como o direito de ser ouvida de maneira independente e imparcial.

6.2.3 Isonomia

A isonomia é a igualdade de todos perante a lei, assegurada como princípio constitucional.⁷⁵ Isonomia jurídica é o princípio que determina a igualdade de todos perante a lei (CF art. 5º, *caput*, I, VIII, XXXVII e XLII e 7º XXX, XXXI e XXXIV).⁷⁶

⁷⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica. Estado.** São Paulo: Editora Landy, 2002, p.145.

⁷⁵ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário da Língua Portuguesa.** 2 ed. 25ª impressão. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997, p. 973.

⁷⁶ GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Jurídico.** São Paulo: Editora Rideel, 9 ed. 2006, p. 119.

Os sujeitos devem ser tratados de forma isonômica. A isonomia é a igualdade de participação para construção da decisão. Segundo Leal (2005), isonomia é:

O princípio da isonomia é direito-garantia hoje constitucionalizado em vários países de feições democráticas. É referente lógico-jurídico indispensável do procedimento em contraditório (Processo), uma vez que a liberdade de contradizer no Processo equivale à *igualdade temporal* de dizer e contradizer para a construção, entre partes, da estrutura procedimental.⁷⁷

Não é possível falar em conciliação sem fazer referência à isonomia, porque só é possível propor a conciliação se as partes tiverem igual oportunidade de espaço e manifestação, recebendo ainda tratamento isonômico. A exigência de assistência jurídica para cada uma das partes garante também a isonomia entre as partes, porque proporciona o equilíbrio entre os envolvidos no conflito.

6.2.4 Promoção individual de todas as partes envolvidas

Ao trazer as partes em conflito para a Conciliação resgata-se a possibilidade de livre manifestação, a proteção dos seus direitos e interesses sem quaisquer privações dos mesmos, fazendo com que a decisão que terão que suportar seja previamente construída por elas. Conforme leciona Theodoro Junior (2001) “no Estado Democrático de Direito, os indivíduos são livres para governar sua conduta em sociedade e gozam da garantia de que apenas a lei poderá interferir para redimensionar e delimitar essa liberdade”.⁷⁸

Considera-se que, para possibilitar as partes a autocomposição, é necessário: direitos e deveres preservados, tais como igualdade em direitos, obrigações e oportunidades; liberdade para fazer ou deixar acordo nos termos da lei; tratamento cordial e respeitoso (reciprocidade); liberdade de manifestação do pensamento sem qualquer receio de vinculação para um futuro julgamento, se for o caso; inviolabilidade de atos e manifestações prestadas na audiência de Conciliação, mantendo o sigilo entre todos os sujeitos; assistência jurídica, indispensável à

⁷⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Editora Thomson, 2005, p. 111.

⁷⁸ TEHODORO JUNIOR, Humberto. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, vol. 14 Nov/ Dez. 2001, p. 8.

administração da justiça, sendo concedida assistência jurídica gratuita aos que dela necessitarem; receber os esclarecimentos necessários para resguardar seus direitos e interesses, sendo que, ninguém poderá ser compelido a aceitar qualquer proposta que considere inadequada.

Sabe-se que as partes envolvidas no conflito possuem o direito e a garantia a uma especial oportunidade de se manifestarem e encontrarem a melhor solução para o problema.

Andrighi (1996) afirma que cada parte tem o direito ao seu dia na justiça:

É imperioso lembrar que o momento da audiência corresponde ao direito do cidadão de ter o seu dia na Justiça e destina-se exclusivamente, àquelas que aguardaram para ser ouvidas por aquele que não só deve conhecer profundamente o processo, como sabe a solução e, principalmente tem o poder de decisão.⁷⁹

6.3 A Conciliação Judicial no Brasil

No Brasil, a Conciliação encontra-se em diversas leis esparsas, podendo destacar, em especial, Lei de Juizados Especiais, (Lei 9.099/95) que prevê a Conciliação na área cível e criminal; Código do Consumidor (Lei 9.078/90); Ação Civil Pública (Lei 7.347/85); Lei de Alimentos (Lei 5478/68); Lei de Divórcio (Lei 6.515/77); Consolidação das Leis do Trabalho, desde o ano de 1943.

O Código de Processo Civil estabelece a Conciliação em diversos momentos, como será analisado logo adiante.

Fala-se muito na cultura do conflito, presente em nosso país, aplicada pelos operadores do direito: juízes que recusam realizar audiências conciliatórias, preferindo proferir sentenças; partes e advogados que não comparecem às audiências; universidades e faculdades que não possuem em seus currículos escolares, disciplinares referentes aos meios alternativos de resolução de conflitos, que possam orientar seus alunos quanto à contestação e impugnação objetivando acirrar a litigiosidade.

⁷⁹ ANDRIGHI, Fátima Nancy. **O Instituto da Conciliação e as Inovações introduzidas no Código de Processo Civil**. São Paulo: ADV (Advocacia Dinâmica) Seleções Jurídicas, Jun. 1996, p. 15.

Os conflitos existem e muitas vezes são inevitáveis. Quando chega ao Judiciário, os envolvidos perdem, na maioria das vezes, a possibilidade de solução amigável. Não é raro constar nas petições que todas as tentativas de composição amigável são infrutíferas. Entretanto, apesar da afirmação constante dos autos que restam prejudicadas as tentativas de composição amigável, o Judiciário não deve se omitir na realização da audiência de tentativa de Conciliação. Deverá oferecer meios para a composição entre as partes.

A relação conflituosa se torna mais tumultuada e dificilmente o provimento judicial soluciona o conflito, apesar de finalizar o processo.

Calmon (2007), ao tratar da cultura do conflito, afirma:

Mas o conflito não é um mal em si mesmo e são considerados como aspectos inevitáveis e recorrentes da vida. Têm funções individuais e sociais importantes, proporcionando aos homens o estímulo para promover as mudanças sociais e o desenvolvimento individual. O importante não é aprender a evitá-lo ou a suprimi-lo, atitude que poderia trazer conseqüências danosas. Ao contrário, diante do conflito, a atitude correta é encontrar uma forma que favoreça sua composição construtiva.⁸⁰

No Brasil compete aos órgãos do Judiciário dirimir os conflitos que lá chegarem. Dentro da competência que lhe é estabelecida, cabe-lhe possibilitar às partes em conflito mecanismos para composição amigável. Ao invés da cultura do litígio tem-se a cultura da Conciliação.

Tratando do estudo da autocomposição, cita-se ainda Calmon (2007):

(...) Estabelecer uma política de criação e incentivo dos mecanismos de obtenção da autocomposição é tarefa das mais importantes, pois a prática desses mecanismos mantém-se incipiente e desordenada, caracterizada pelo amadorismo e empirismo. Ainda que não seja tarefa do Estado interferir diretamente na autocomposição, é sua tarefa proporcionar facilidades para que todos os meios adequados para solução dos conflitos sejam largamente utilizados.⁸¹

Ao tratar do ordenamento jurídico pátrio, é inadmissível afirmar que não existe previsão legal para os procedimentos conciliatórios, apesar da existência legal dos procedimentos conciliatórios muitas vezes, por razões diversas, não sejam aplicados. Dentre os ordenamentos legais que prevê a Conciliação, destaca-se a

⁸⁰ CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 25.

⁸¹ CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 25.

legislação processual civil, nos artigos 125, inciso IV, 331, 447 e 599 do Código de Processo Civil. Passa-se ao seu estudo.

6.4 A Conciliação prevista no Código de Processo Civil Brasileiro

A Conciliação é permitida em qualquer momento do procedimento judicial. O art. 125, inciso IV, do Código de Processo Civil prevê que o juiz poderá, a qualquer momento, tentar conciliar as partes. Interpreta-se o artigo sob o entendimento de que é possível ao juiz realizar a tentativa de Conciliação prévia, antes da abertura do prazo de defesa, logo após o recebimento da inicial. Ressalte-se que alguns doutrinadores sustentam que, somente após o decurso do prazo de defesa, poderia ser designada a audiência de Conciliação. Partilha-se de entendimento diverso, pois agendada a audiência, as partes deverão comparecer pessoalmente, acompanhadas de seus procuradores ou mesmo representadas, se habilitados a transigir. Só haverá a composição amigável se as partes e seus procuradores concordarem, não existindo nenhum prejuízo se a defesa ainda não foi apresentada, mesmo porque, realizado o acordo, prejudicada se torna sua apresentação.

Deve-se ponderar que quanto mais demorada a audiência de Conciliação, mais acirrado se torna o conflito. O ideal é que os sujeitos tenham essa oportunidade o mais rápido possível, ou seja, logo que iniciado o processo.

O art. 331 do Código de Processo Civil determina a intimação das partes, seus procuradores ou prepostos, com poderes para transigir, para comparecerem à audiência para tentativa de Conciliação. Se frustrado o acordo, serão fixados os pontos controvertidos que possibilitam o impulso da marcha processual.

Normalmente o juiz propõe a Conciliação sempre na abertura de toda a audiência, não existindo restrições a esta proposta. Existem doutrinadores que consideram uma faculdade do juiz e das partes, a realização da audiência, e outros que a consideram obrigatória.

A designação de audiência está prevista em no ordenamento jurídico, entretanto, se o juiz não designá-la e se não houver interesse das partes na sua realização, não ocorrerá nulidade, porque se torna inexistente o prejuízo. É usual as partes se ausentarem da Conciliação, entendendo estas não ser obrigatório o

comparecimento na audiência designada, outras vezes, peticionam, através de seus procuradores, solicitando a designação de audiência para a tentativa de Conciliação. A decisão das partes e de seus procuradores deve ser acolhida.

Entretanto, entende-se que a designação de audiência de tentativa de Conciliação não é uma faculdade, sendo obrigatória sua designação, tanto para realização da tentativa de Conciliação, quanto para o andamento processual. Quando então, se frustrado o acordo, serão fixados os pontos controvertidos, decididas as questões processuais, determinadas as provas requeridas com designação de audiência de instrução e julgamento, se for o caso.

Vários doutrinadores adotam essa linha de entendimento, merecendo citar Torres (2005):

A audiência preliminar é um momento precioso para as partes transigirem, tomarem conhecimento dos pontos controvertidos e das provas que devam ser produzidas, e também, serem resolvidas as questões importantes e que interessam de perto às partes e à celeridade processual. São avanços no sentido de Justiça mais rápida, são possibilidades a ensejar, a qualquer momento, a transação, não retardando o desfecho dos processos. Mesmo que o acordo não venha a ser efetivado nesses momentos, há uma dinamização do processo, pelo saneamento, pelo destaque dos pontos controvertidos, pelo princípio da instrumentalidade, visando a solução mais rápida da causa.⁸²

Não acolhida a pretensão conciliatória, na própria audiência deverá ser cumprido integralmente o dispositivo constante do art. 331 do Código de Processo Civil. A fixação dos pontos controvertidos evita discussões desnecessárias, recursos e demoras prolongadas com questões que não são contestadas, porque são reconhecidas por ambas as partes. Entende-se, no entanto, que deverá ser respeitada a manifestação dos Procuradores e das partes quando insurgirem contra a designação da segunda audiência de Conciliação, ao alegar que não será possível o acordo e que não há interesse na realização da audiência. Devem ser esgotadas todas as possibilidades das partes transigirem, mas não deverá ser insistente a tal ponto de tornar a realização da audiência infrutífera.

Com base no art. 448 do Código de Processo Civil, antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Ainda nesse momento processual é adequada a proposta de Conciliação. Na prática forense toda audiência é iniciada com a proposta de Conciliação. Alguns juízes dedicam especial atenção à

⁸² TORRES, Jasson Ayres. **O Acesso à Justiça e soluções alternativas**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005, p. 184.

Conciliação, ouvindo atentamente as partes e seus procuradores para compreender por que razão a Conciliação não é possível. A escuta daqueles que se encontrem presentes na audiência possibilita muitas vezes a realização da audiência, e quando esta não é possível, auxilia o magistrado na fixação dos pontos controvertidos e na realização da instrução processual, bem como no provimento judicial.

Ainda que tenham sido frustradas outras audiências de tentativa de Conciliação, a renovação da proposta será oportuna e deverá ocorrer a qualquer momento, ainda que na oportunidade de produção da prova testemunhal. Torres (2005) ensina:

Como já dissemos, o sistema processual sempre estabeleceu um momento próprio para a Conciliação, como se vislumbra no art. 448 do CPC, mas que complicava o interesse das partes, pois, procedimento por si mesmo já formal e moroso, teria o momento conciliatório só por ocasião da audiência de instrução e julgamento. Hoje, infelizmente e, por influência da experiência dinâmica do procedimento nas pequenas causas, têm havido mudanças substanciais e, no caso, podendo ser destacada, dentre tantas reformas no direito processual civil, a ocorrida através das Leis nº. 8.952/94, 9.245/95 e 10.444/02, respectivamente, acrescentando e dando nova redação aos artigos 125, 277 e 331 do Código de Processo Civil, sempre com o objetivo de ressaltar a Conciliação em qualquer fase do processo.

A Conciliação deve ser incentivada e igualmente colocada em prática também no juízo comum, primeiramente porque há previsão legal e, em segundo lugar, porque se constitui num grande aliado da Justiça. A recente Lei nº. 10.444/02, é bom referir, mais uma vez, possibilita a transação, indicando o caminho da audiência preliminar visando, na fase do art. 331 do CPC, à resolução do conflito, inclusive com a presença de procuradores e prepostos. É a idéia de solução pacífica dos conflitos, missão que o Poder Judiciário não pode abdicar.⁸³

O ordenamento jurídico processual cível prevê em dois momentos distintos na tentativa de Conciliação: na fase do art. 331 e na abertura da audiência de Conciliação, sem prejuízo de ocorrer de o juiz tentar, a qualquer momento conciliar as partes.

Deve-se conceder a oportunidade de Conciliação logo que iniciado o procedimento e a qualquer momento, sem nenhuma restrição de oportunidade. Momento em que, logrando êxito a Conciliação, pode-se evitar desgastes, despesas e obter outros ganhos, inclusive quanto à conveniência ou não do prosseguimento. Muitas vezes, depara-se em audiência com um fato novo, desconhecido por uma das partes, que pode modificar o desfecho final pretendido.

⁸³ TORRES, Jasson Ayres. **O Acesso à Justiça e soluções alternativas**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005, p. 163.

Quando frustrada a Conciliação prévia, entende-se que outra oportunidade ainda deverá ocorrer para os sujeitos do conflito após o contraditório, possibilitando às partes e aos seus procuradores, rever suas pretensões e compartilhar a decisão almejada.

O entendimento de que a Conciliação tenha que ocorrer em momentos distintos, previamente, na fase da especificação de provas e antes da audiência de instrução e julgamento, merece críticas dos operadores do direito que consideram demorado aguardar essas oportunidades. Entretanto, em cada oportunidade haverá maior possibilidade de Conciliação que finalizará o conflito e conseqüentemente, o processo, atendendo a pretensão de ambas as partes que construirão a decisão que melhor satisfaça seus interesses.

Partidários da Conciliação consideram inadmissível o prosseguimento do processo sem que se conceda aos sujeitos a oportunidade de pelo menos uma audiência de Conciliação. O resultado de uma audiência é sempre imprevisível. Ocorre muitas vezes, que após acionar o órgão jurisdicional, as partes encontrem uma solução compartilhada e adequada para ambos. Possibilitar a Conciliação é dar a cada um a oportunidade de escuta do outro, de repensar seu posicionamento e manifestar livremente quanto às suas pretensões. Caso contrário, observado o contraditório, ampla defesa e presença do advogado nos termos do ordenamento jurídico, será proferido decisão. Cita-se:

Não havendo uma solução para a composição do problema, porque nenhuma parte quis ou não pretendeu abrir mão de pontos que julgava importantes, é que o Estado jurisdicional intervirá para compor o litígio, substituindo as partes num trabalho que elas próprias podiam realizar. É nesse campo que entre a função jurisdicional, diante da situação controvertida, para aplicação do direito.⁸⁴

Portanto, por determinação ou por solicitação dos sujeitos, a Conciliação é viável, previamente ou a qualquer momento, sendo necessário tão somente que os sujeitos compareçam acompanhados de seus Procuradores e que ambos tenham igual oportunidade de manifestação, podendo ocorrer a transação com resolução do mérito, caso contrário, prosseguirá conforme previsto no ordenamento jurídico.

⁸⁴ TORRES, Jasson Ayres. **O Acesso à Justiça e soluções alternativas**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005, p.183.

6.4.1 Transação e Resolução de Mérito

Busca-se a Conciliação como método alternativo de resolução de conflitos, porque é um método não adversarial em que as partes, auxiliadas por um terceiro, podem fazer autocomposição que será homologada posteriormente, ocasionando a resolução do mérito.

No presente estudo tem-se interesse pela transação considerada sob o aspecto do Direito Processual Civil, que é considerada como a realização de um acordo mediante concessões recíprocas. É um dos resultados possíveis da autocomposição.⁸⁵

Considera-se que só é possível a transação se ambas as partes cederem e fizerem concessões recíprocas: a parte autora, quanto ao pedido inicial; e a parte requerida, quanto à resistência. As propostas apresentadas para a tentativa de acordo, muitas vezes são interessantes para ambas as partes que preferem fazer algumas concessões a aguardar o desfecho final do procedimento.

Em outras oportunidades, não se apresentando como adequadas, as concessões de imediato por cada uma das partes preferem fazer concessões devido a ausência de certeza quanto ao provimento final em relação à sua pretensão. As partes em conflito têm pretensões resistidas e cada um pretende satisfazer suas pretensões integral ou parcialmente.

Entretanto, com a oportunidade de manifestação em audiência, das partes e seus procuradores, podem vislumbrar a possibilidade de suas pretensões não serem acolhidas, total ou parcialmente. A insegurança quanto a decisão futura, a possibilidade de uma surpresa, uma decisão não esperada ou mesmo não pretendida por nenhum dos envolvidos no conflito, enseja a realização da Conciliação, considerando os envolvidos a conveniência da transação que é construída pelos mesmos, afastando a indecisão e a insegurança quanto ao provimento final.

Ocorrendo a transação com o encerramento do conflito entre os envolvidos, após concessões mútuas, necessária se faz a homologação judicial do que foi acordado, ocorrendo a resolução do mérito. Resolve-se o mérito, porque as questões

⁸⁵ CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 65.

controvertidas entre as partes foram solucionadas, estabelecendo-se entre os envolvidos a forma de cumprimento do que foi ajustado. Ao proceder à homologação do acordo feito entre as partes e seus procuradores, o juiz deverá fazê-lo em obediência ao ordenamento jurídico, e deixando de fazê-lo, caso não esteja em consonância com o mesmo.

(...) a atividade do juiz é jurisdicional e não meramente cartorária, competindo-lhe analisar profundamente todos os requisitos do ato jurídico, previstos no Código Civil de 2002 e no art. 104, (agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei) e observar se a vontade manifestada estava livre de qualquer vício, como o erro, dolo, fraude, coação e simulação. O novo Código Civil dispõe claramente que “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem” (art. 112).⁸⁶

A homologação não é o mero acolhimento do que acordado pelas partes e seus procuradores. Cabe ao juiz, responsável pela homologação, averiguar se todos os requisitos do ato jurídico estão presentes, se inexistente qualquer vício do consentimento e se o acordo não lesa direitos de terceiros. Não é a sentença homologatória de segunda categoria ou mesmo apenas um ato repetitivo ou de chancela, sem observância do ordenamento jurídico. Pelo contrário, o juiz verifica a adequação da decisão construída pelos sujeitos do conflito com o ordenamento e possibilita seu cumprimento independentemente de futura execução, tendo em vista que foi construída pelas partes, que são seus destinatários, e que cumprirão voluntariamente o que livremente ajustado.

Raras são as decisões homologatórias que são descumpridas pelas partes. Normalmente, as partes cumprem espontaneamente o que ajustaram. A discussão do que foi pactuado ocorre se os requisitos dos atos jurídicos não estiverem presentes e houver vício de consentimento ou lesão dos direitos, e ainda, ocorrer quando há interesses das partes e de terceiros. Seguindo essa linha de entendimento os doutrinadores afirmam:

Deve-se ter em vista, também, que as partes possuem liberdade para fixar os termos do acordo, não ficando adstritas ao entendimento do juiz sobre determinada questão jurídica ou fática.
Por fim, ninguém melhor do que os próprios interessados, ainda mais se assistidos por advogados, para analisar a conveniência ou não da celebração de um acordo. Assim, ainda que o conciliador/mediador, segundo seus critérios pessoais, entenda que o acordo é mais ou menos

⁸⁶ CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Conciliação e Mediação**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 75.

vantajoso para uma parte, não pode aconselhar a parte a deixar de celebrar o acordo e, em se tratando de interesses disponíveis, nem pode o juiz deixar de homologar o acordo sob esse argumento. Frise-se que apenas não pode ser homologado o acordo que ofenda normas de ordem pública ou implique em renúncia a direitos indisponíveis.⁸⁷

O acordo será realizado se ambas as partes tiverem ampla oportunidade de manifestação, e se todas as questões apresentadas forem integralmente discutidas. A liberdade para manifestação e a realização do acordo, com observância do ordenamento jurídico, é que possibilitará o respeito e cumprimento do que foi ajustado entre as partes, não permitindo que contrariem o ordenamento jurídico.

O que foi livremente pactuado pelas partes e homologado judicialmente faz coisa julgada material, tornando imutáveis os efeitos que a sentença produz ao encerrar o litígio. Se assim não fosse, as partes não teriam segurança na realização da transação, pois poderia ser descumprida a qualquer momento a decisão sem maiores conseqüências para o inadimplente.

Com o advento da Lei 11.232/2005, transigindo as partes e ocorrendo a homologação judicial do que foi ajustado, não mais se procede à extinção do processo. O procedimento executório do que foi ajustado pode ocorrer nos próprios autos, sendo desnecessário o ajuizamento de procedimento próprio. É um avanço a permissão legal de execução nos próprios autos, porque evita o ajuizamento de outro processo e possibilita a execução e posterior cumprimento do ajustado em um tempo mais reduzido.

Com referência a possibilidade de recurso, preferindo uma das partes não mais aceitar o que foi pactuado, adotar-se-á o entendimento de que a decisão homologatória pode ser interposta como ação anulatória, ação adequada para a revisão do que foi ajustado, se padecer de algum vício ou irregularidade que enseje sua anulação. Isso ocorrerá, porque o juiz, ao homologar um acordo, não profere decisão ao apreciar o conteúdo do que ajustado entre as partes e sua adequação com o ordenamento jurídico.

⁸⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo, LAGRASTA NETO, Caetano. **Mediação e Gerenciamento do Processo**. São Paulo: Editora Athas, S.A., 2007, p. 61.

CAPÍTULO VII

A CONCILIAÇÃO COMO MEIO ALTERNATIVO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A Conciliação não se resume na resolução de conflitos ao buscar apenas uma solução momentânea dos sujeitos. Busca-se a capacitação dos sujeitos para que sejam capazes de se posicionarem diante do outro, e juntos possam construir a melhor solução para finalizar o conflito existente. Esta decisão construída pelas partes envolvidas no conflito pressupõe a garantia do cumprimento do que ajustado voluntariamente.

Demarchi (2007), ao falar sobre as Técnicas de Conciliação e Mediação leciona:

Havendo possibilidade de as partes atuarem em conjunto na busca para a solução do problema existente de modo a que o resultado seja satisfatório para todos os envolvidos, prevalece a cooperação sobre a competição, configurando-se os métodos não adversariais de solução de conflitos, que possibilitam a análise de toda a gama de questões envolvidas no conflito e sua resolução através do diálogo.

Os métodos não adversariais são a negociação (assistida, ou não), a mediação e a Conciliação, que se caracterizam pelo trabalho cooperativo entre as partes - uma decisão tomada pelas partes, em que todos se beneficiam e que levam em conta os interesses das partes e a possibilidade de resolução do conflito por elas mesmas. Nesta hipótese salienta-se o aspecto da responsabilidade das partes, que passam a ser, elas mesmas, os protagonistas responsáveis pela solução encontrada para o problema, o que certamente as levará a ter maior consciência quanto à necessidade de cumprimento de eventual acordo obtido.⁸⁸

Dentre os vários métodos existentes de autocomposição a Conciliação é uma opção dos sujeitos que encontram, juntamente com o auxílio conciliador, neutro e imparcial, soluções para finalizar o conflito, soluções estas que às vezes não são visualizadas e demonstradas. Cria-se uma nova relação entre os protagonistas que conseguem de uma outra forma solucionar o conflito, através da cooperação de modo satisfatório para todos os envolvidos.

É através dessa participativa isonômica, igualitária, com oportunidade do contraditório, ampla defesa e direito ao advogado, que se propõe a tentativa de Conciliação no Estado Democrático de Direito.

⁸⁸ DERMACHI, Juliana. Técnicas de Conciliação e Julgamento. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo, LAGRASTA NETO, Caetano. **Mediação e Gerenciamento do Processo**. São Paulo: Editora Atlas, S.A., 2007, p. 49-50.

Brêtas (2004), ao falar sobre a constitucionalização da função jurisdicional e a decisão vinculada ao Estado Democrático de Direito, conclui:

Contudo, não é somente a obediência ao princípio da reserva da lei que permitirá o exercício constitucionalizado da função jurisdicional e a conseqüente decisão vinculada ao Estado Democrático de Direito. Adicione-se a esse desiderato vinculada a garantia do devido processo constitucional, que não pode ser olvidada. Assim o é, porque a decisão jurisdicional (sentença, provimento) não é ato solitário do órgão jurisdicional, pois somente obtida sob inarredável disciplina constitucional principiológica (devido processo constitucional), por meio da garantia fundamental de uma estrutura normativa metodológica (devido processo legal), a permitir que aquela decisão seja construída com os argumentos desenvolvidos em contraditório por aqueles que suportarão seus efeitos, em torno das questões de fato e de direito sobre as quais controvertem no processo.⁸⁹

A Conciliação proporciona exatamente o exercício constitucionalizado da função jurisdicional, porque é construída pelos envolvidos no conflito, com auxílio do conciliador, em estrita obediência ao devido processo constitucional e legal.

7.1 Técnicas aplicáveis à Conciliação

A Conciliação é um método alternativo de resolução de conflito em que as partes contam com um auxílio de um terceiro para auxiliá-las a encontrar a melhor solução para o problema que se apresenta. A solução do conflito é encontrada através da participação e colaboração de todos os envolvidos, inclusive do conciliador, que deverá estar capacitado para desempenhar suas funções. A Conciliação é muito dinâmica e proporciona às partes ampla oportunidade de manifestação, devendo o resultado final ser satisfatório para todos os envolvidos.

A proposta de Conciliação deve contar com um local adequado para sua realização, sendo interessante utilizar uma mesa redonda em que todos tenham uma visão ampla daqueles que se encontram no recinto. Devem-se evitar mesas retangulares que possibilitem a ocupação de lugar de destaque por um dos presentes, oportunizando-lhes a impressão de conduzir os trabalhos em situação privilegiada.

⁸⁹ BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. **Da Responsabilidade do Estado pela função Jurisdicional**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004, p. 143.

Todos aqueles que se encontrem no recinto devem receber um tratamento respeitoso, e dentro da proposta apresentada, o conciliador deverá proporcionar às partes e seus Procuradores, a oportunidade para manifestação em igualdade de condições, evitando observações agressivas e inoportunas. Se houver um posicionamento com alteração de voz, agressividade e desabafos de ressentimentos antigos, o conciliador deve se posicionar, de forma objetiva e educada, mantendo o autocontrole, a fim de possibilitar aos presentes um melhor resultado dos trabalhos.

Considera-se de boa técnica não dizer às partes que estão presentes para fazer um acordo, pois este não é o objetivo da Conciliação. Seria impositiva esta situação, pois os sujeitos no conflito têm o direito de manifestação sendo que, a partir da escuta individualizada de cada um, o conciliador deve verificar a possibilidade de composição e auxiliar na construção da decisão, conforme as manifestações e propostas por eles apresentadas.

A Conciliação busca conceder às partes em conflito a oportunidade de manifestação, em igualdade de condições, para averiguar se é possível a composição amigável, construída pelas próprias partes, conforme suas pretensões e interesses dentro do que foi apresentado.

Keppen (1996), ao falar sobre a tradicional abertura da audiência e ao questionar as partes e os advogados sobre a possibilidade de Conciliação, conclui:

Hoje, todavia, pensamos que a melhor técnica exige, antes da tradicional pergunta, revê exortação sobre a Conciliação e suas vantagens: 1) deve ser dito, primeiramente, que o processo civil se baseia nas provas das respectivas alegações e que estas nem sempre acontecem no processo do modo como as partes têm expectativa; 2) deve ser esclarecido que a Conciliação põe fim ao litígio com pacificação das relações sociais, o que raramente é alcançado pela sentença, sempre fonte de mais acirramento de posições entre as partes; 3) deve ser lembrado que o acordo +e o meio mais econômico de solução das questões a serem decididas e que normalmente há de ambos os lados concessões vantajosas, tais como as ocorrentes em qualquer atividade negocial, v.g. descontos de até 30% do pedido para pagamento à vista, cada parte arcando com honorários de seu Advogado, custas rateadas, parcelamento de pagamentos etc (...) deve ser explicado que a demora na solução do litígio não é problema somente do Brasil e que até países adiantados como Itália, Espanha, Estados Unidos, entre outros, possuem esse crônico problema (3 e 4 anos para o trânsito definitivo da decisão final), como o que, de ser dito, é interessante o acordo, pois haverá solução imediata. Essa exortação é a base para infindáveis acordos em audiência, muito colaborando para a técnica das conciliações.⁹⁰

⁹⁰ KEPPEM, Luiz Fernando Tomais. Aspectos da Reforma do Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, out/dez. 1996, n. 84, p. 51.

É vedado fazer qualquer tipo de transação sem que os sujeitos estejam seguros e satisfeitos com o que foi acordado, porque somente dessa maneira podem ser evitados questionamentos futuros. Sustentados os acordos firmados, afastam-se quaisquer execuções ou recursos.

Firmado ou não o acordo, o termo de audiência deve ser redigido e registrado na presença daqueles que se encontram presentes, e após o registro, deve-se proceder a leitura do acordo. Finalizada a leitura, deve-se solicitar a assinatura de todos para que tenham a certeza de que seus direitos e interesses foram preservados e que novas demandas judiciais podem ser evitadas.

7.2 Vantagens e desvantagens da Conciliação Judicial

A Conciliação é um método alternativo de resolução de conflito que pode ser realizada dentro de um prazo ideal, porque pode ser proposta a qualquer momento no processo. A forma de se efetivar esse método alternativo é singela, sendo suficiente apenas um prazo razoável para o agendamento das audiências, para que as partes e os Advogados tenham a oportunidade de manifestação, em igualdade de condições. A audiência de Conciliação possibilita a autonomia que a decisão judicial tende a retirá-la, quando não for concedida tal oportunidade.

Ao tratar da razoável duração do processo, Brêtas (2005) afirma::

A partir dessas premissas, o caráter razoável da duração de um processo ou sem dilações indevidas deve ser apreciado conforme as circunstâncias particulares da espécie concreta em julgamento, levando-se em conta três critérios principais, quais sejam, a complexidade das questões de fato e de direito discutidas no processo, o comportamento das partes e de seus procuradores e a atuação dos órgãos jurisdicionais. Por diretriz básica, deve-se exigir dos órgãos jurisdicionais estatais a permanente observância dos princípios da celeridade processual e do impulso oficial, a fim de que a jurisdição não seja prestada com atrasos suscetíveis de comprometer sua eficiência e credibilidade, sem que isto implique qualquer violação à garantia do devido processo legal. A razão de ser da exigência se expressa em antigo adágio de origem inglesa amiúde invocado, *justiça retardada, justiça denegada*.⁹¹

⁹¹ BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. Direito à Jurisdição Eficiente e Garantia da Razoável Duração do Processo na Reforma do Judiciário. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v.8, n.15, p. 230-240, 1º sem. 2005.

O cidadão exige do Judiciário a solução de seu conflito, porque não lhe é permitido fazer justiça com as próprias mãos. Entretanto, através da Conciliação, o cidadão encontra a possibilidade de uma solução mais adequada para seu conflito, restando-lhe alternativamente aguardar a decisão judicial, caso isso não seja possível.

É o seguinte o entendimento de Gonçalves (1992) ao tratar da decisão participada:

A finalidade do processo jurisdicional é, portanto, a preparação do provimento jurisdicional, mas a própria estrutura do processo, como procedimento desenvolvido em contraditório entre as partes, dá a dimensão dessa preparação: com a participação das partes, seus destinatários, aqueles que terão os seus efeitos incidindo sobre a esfera de seus direitos.

A estrutura do processo assim concebido permite que os jurisdicionados, os membros da sociedade que nele comparecem, como destinatários do provimento jurisdicional, interfiram na sua preparação e conheçam, tenham consciência de como e por que nasce o ato estatal que irá interferir em sua liberdade; permite que saibam como e por que uma condenação lhes é imposta, um direito lhes é assegurado ou um pretensão direito lhes é negado(...). A instrumentalidade técnica do processo está em que ele se constitua na melhor, mais ágil e mais democrática estrutura para que a sentença que dele resulta se forme, seja gerada, com a garantia de participação igual, paritária, simétrica, daqueles que receberão os seus efeitos.⁹²

O provimento final é construído pelos sujeitos do conflito com possibilidade de entendimento para se chegar a uma composição. Caso isso não seja possível, os sujeitos devem aceitar melhor a decisão judicial, uma vez que podem compreendê-la, pois participam da Conciliação, e de comum acordo não conseguem construí-la.

Se os sujeitos conseguem encontrar uma solução harmônica, são evitadas futuras ações para discussões, recursos e até mesmo medidas para o cumprimento da decisão, porque as partes, voluntariamente assumem o compromisso, não terão justificativas plausíveis para o inadimplemento do que foi ajustado.

Para cada sujeito do conflito a Conciliação preserva a individualidade e a privacidade, bem como sua integridade física e moral, permitindo que cada um prossiga seu caminho sem um retorno ao passado. Provavelmente, a vontade de cada um dos sujeitos é respeitada, assim como sua dignidade. Ocorre um reconhecimento pessoal entre cada um dos protagonistas que se identificam como cooperadores na solução do litígio. Atribui-se ainda à Conciliação um caráter pedagógico a partir do momento que capacita a parte para resolver seu próprio

⁹² GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Editora Aide. 2001, p. 171.

conflito. Ainda que a parte esteja assistida por procurador, sua participação será ativa, compartilhando na construção da decisão.

A Conciliação é um método de resolução de conflitos eficaz, pouco oneroso, democrático e permite-se até dizer que é célere. A eficácia ocorre com a construção do provimento final pelas próprias partes que atende aos seus interesses e pretensões. É pouco oneroso, porque evita produção de provas, pericial, testemunhal, deslocamentos das partes, dos advogados e testemunhas, redução das custas processuais e talvez, dos honorários advocatícios. As partes estabelecem as cláusulas do que foi ajustado e geralmente cumprem o que foi acordado, evitando a interposição de recursos e do procedimento executório. Quanto à celeridade, a Conciliação sumariza o procedimento sem ofender os princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia.

Sobre as vantagens da Conciliação, quanto à celeridade e ao cumprimento do que foi ajustado, Missaggia (2000) afirma:

A Conciliação proporcionará uma solução breve da causa, cuja consequência mais evidente será a satisfação das partes. O breve encerramento do processo implicará reduzir a sobrecarga de processos perante o primeiro grau de jurisdição e proporcionará um decréscimo no número de recursos. Haverá um maior tempo disponível ao Magistrado para dedicar-se ao intelectual e humanista, bem como aos casos onde o grau de litigiosidade seja mais elevado e complexo. Esses processos terão, assim, um tempo inferior de duração na medida em que aos magistrados e aos servidores restará maior tempo, na produção do êxito nas condições. Por outro lado, uma sentença judicial, pelo caráter heterônomo, tende a ser descumprida mais facilmente do que um acordo onde as partes são sujeitos essenciais na construção da decisão.⁹³

Quanto às desvantagens da Conciliação, afirma-se que os envolvidos no conflito, às vezes, não se encontram em condições de igualdade e não estão preparados para autocomposição. É até admissível tal assertiva, se a Conciliação for proposta sem a assistência de um profissional habilitado. Se ambas as partes se encontram assistidas por procuradores constituídos ou nomeados e recebem a assistência jurídica necessária, não há o que se falar em desequilíbrio entre as partes. Para aqueles que consideram indispensáveis e essenciais a presença do advogado para a realização da Conciliação, para eles, só existem vantagens.

⁹³ MISSAGGIA, Clademir: Audiência Preliminar: Indicativos de um Itinerário para uma Jurisdição Cível Justa e Efetiva. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 78, p.107-108, jun. 2000.

7.3 A necessária confidencialidade da audiência de Conciliação

Confidência é considerada em dois sentidos: informação ou revelação secreta ou confiança na discrição e lealdade de alguém.⁹⁴

Normalmente, em audiência, os sujeitos do conflito fazem revelações que são mais reservadas, uma vez que não têm interesse que sejam reveladas. A confiança na discrição e lealdade daqueles que compartilham tais informações é imprescindível, em especial, por parte do conciliador.

Portanto, a confidencialidade está presente na audiência de Conciliação. Aqueles que participam da audiência têm direito ao sigilo de tudo aquilo que ocorreu naquele recinto, não podendo, o conteúdo, ser repassado para terceiros. É importante ressaltar que as colocações dos sujeitos em audiência no momento em que estão expondo suas pretensões, não devam ser registradas.

O compromisso com a confidencialidade preserva os direitos e interesses daqueles que participam da audiência de Conciliação. Deve-se estar atento à manifestação dos sujeitos e encontrar restabelecer o vínculo que foi rompido em virtude do conflito; recuperar o respeito mútuo e ao mesmo tempo, permitir que cada um tenha preservada a sua identidade, seus direitos e interesses.

Sobre o sigilo dos fatos ocorridos em audiência de Conciliação, Demarchi (2007) diz

No início da sessão deve o conciliador ressaltar também que a Conciliação é sigilosa. Isso significa que as declarações feitas pelas partes ou seus advogados não produzirão efeitos probatórios em eventual processo judicial, assim como os documentos mencionados nas tratativas não serão analisados pelo conciliador que não exerce função julgadora.⁹⁵

As partes e os procuradores têm direito ao sigilo dos fatos e pretensões apresentados em audiência. Se assim não fosse, não teriam segurança e tranquilidade para as manifestações livres, espontâneas e seguras.

⁹⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário da Língua Portuguesa**. 2 ed. 25ª impressão, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997, p. 453.

⁹⁵ DERMACHI, Juliana. Técnicas de Conciliação e Julgamento. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano. **Mediação e Gerenciamento do Processo**. São Paulo: Editora Atlas, S.A., 2007, p. 56.

Quando se tratar do juiz conduzindo a Conciliação, o sigilo também se impõe. O juiz deverá sempre tentar a Conciliação, em qualquer oportunidade no decorrer da marcha processual. Haverá distinção entre a atuação do juiz-conciliador e do juiz-julgador. Como conciliador, o juiz auxiliará as partes para a solução amigável do conflito, observado o princípio da legalidade. Frustrada o acordo, os fatos noticiados na audiência, se não estiverem presentes no conjunto probatório dos autos, não poderão servir de fundamentos para o provimento final devido o princípio da confidencialidade.

Calmon (2007), ao tratar sobre a participação do juiz na Conciliação, afirma:

Critica-se a participação direta na conduta da Conciliação do juiz que irá prolatar sentença. Para conciliar bem, o conciliador deverá se envolver. Para julgar bem, o julgar precisa se preservar. Distingui-se, porém o mecanismo estruturado da Conciliação da atividade instantânea do juiz da causa de promover derradeiras tentativas de aproximação. A previsão constante das leis processuais para a atividade conciliadora do juiz jamais pode deixar de ser valorizada, pois sempre é tempo de tentar a empreender tempo para essa atividade.⁹⁶

A possibilidade de um juiz realizar a Conciliação e outro proferir a decisão, em caso de não lograr êxito, o acordo nem sempre poderá ser aplicado.⁹⁷

7.4 O cumprimento do Acordo entre as partes

Se a decisão foi construída pelos sujeitos, existe um maior compromisso e responsabilidade em seu cumprimento. Cada uma das partes é responsável pelo que assumiu, e não se vislumbra razões para ocorrer o seu descumprimento.

Inúmeras vezes a execução das decisões judiciais ocorre, porque o executado não admite a decisão imposta, e resiste enquanto pode para tentar revertê-la. Ambas as partes ficam insatisfeitos e usam de todos os meios possíveis e inimagináveis para alcançar seus objetivos, que são antagônicos. Com esses posicionamentos irreversíveis para cada um dos sujeitos, os processos vão se

⁹⁶ CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 148.

⁹⁷ Em Belo Horizonte, a Central de Conciliação conta com juízes designados especialmente para a Conciliação, com competência exclusivamente homologatória, sendo proferida a decisão pelo juiz da vara respectiva, se frustrado o acordo.

acumulando e avolumando, ocasionando um desgaste pessoal dos operadores do direito que atuam no processo e do órgão jurisdicional.

Quando os sujeitos comparecem à realização de uma audiência e há a possibilidade de um ouvir o outro e de se manifestarem livre e informalmente, torna-se possível construir uma decisão compartilhada. A satisfação dos interesses e pretensões de cada um e o compromisso individual firmado em audiência fazem a diferença para o cumprimento do que foi acordado. O comparecimento à audiência e o compartilhamento e construção da decisão fazem com que as decisões sejam cumpridas voluntariamente, afastando qualquer imposição do órgão jurisdicional quanto ao seu cumprimento e execução. A homologação do que foi ajustado confere ao acordo os requisitos da certeza e segurança jurídica.

Ao tratar da sentença homologatória e de seu cumprimento, Calmon (2007) leciona:

O escopo das partes ao buscar a homologação do acordo não é outro senão obter a segurança que somente a sentença promove. Se a causa pudesse ser revista a qualquer momento por uma das partes, não haveria incentivo para a realização do acordo, que seria comparado a qualquer contrato privado, que geram direitos e obrigações, mas não confere certeza, segurança e imutabilidade. A sentença homologatória da autocomposição faz coisa julgada e, conseqüentemente, será exigível, devendo ser cumprida imediatamente, ou se constituirá em título para ensejar o processo de execução.⁹⁸

Não é comum o descumprimento de obrigações voluntariamente assumidas. Na Conciliação, os sujeitos são livres para se manifestarem, e autônomos para aceitar ou não a decisão compartilhada. Não existe razão para o descumprimento do que foi acordado se a decisão foi construída pelos sujeitos e se os mesmos estão cientes que devem cumpri-la. Não existe nada mais democrático que possibilitar ao cidadão que se manifeste e ajude a construir a decisão que melhor atenda aos seus interesses e preserve os seus direitos. É interessante observar que a simples possibilidade de encontro e escuta dos sujeitos e de seus Procuradores possibilitará o cumprimento do que foi acordado, evitará futura execução e até mesmo pedido de reapreciação do que foi livremente pactuado entre as partes em conflito pela instância superior.

⁹⁸ CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2007, p. 76.

CAPÍTULO VIII

ASPECTOS PRÁTICOS DA CONCILIAÇÃO

8.1 O Conciliador: conceito

Conciliador é considerado auxiliar da justiça, porque atua de modo a colaborar com a atividade jurisdicional. De acordo com o acordo com a Lei 9.099/95 a função é considerada relevante.

O conciliador auxilia as partes a encontrar a solução para o conflito existente. A função do conciliador é ser capaz de ouvir os sujeitos e auxiliá-los na melhor solução apresentada para resolvê-lo.

Calmon (2007) ao falar sobre o conciliador diz:

Ao Conciliador encontra-se reservado o papel de conduzir o procedimento de conciliação, segundo o método próprio. O conciliador pode ser honorário ou servidor público. Aquele que exerce a função sem remuneração normalmente o faz temporariamente, às vezes sem exclusividade. São funcionários aposentados, advogados, servidores da justiça (em horário alternativo), ou estudantes de direito. Onde a função é exercida mediante remuneração, observa-se a existência de cargo permanente ou temporário. Conforme já salientado, não foi implementado o disposto no artigo 98, inciso I da Constituição Federal, que prevê a função conciliativa a juízes de paz eleitos para mandato determinado. (...) O conciliador normalmente recebe treinamento abreviado e espelha sua atividade naquela desenvolvida pelo juiz. Sua postura para com o conflito é em grande parte ativa, emitindo opiniões, aconselhando as partes, indicando sua visão a respeito da futura decisão judicial, caso o acordo não seja alcançado, e propondo os termos da solução. (...) O conciliador não é órgão jurisdicional nem exerce jurisdição. É auxiliar da Justiça e vale como multiplicador da capacidade de trabalho do juiz, como agente catalisador na busca de reações proveitosas entre pessoas e conflitos.⁹⁹

Para que o conciliador possa exercer sua função de forma eficiente e produtiva, ele deve possuir ou mesmo desenvolver certas habilidades, tais como saber ouvir, ser discreto, ter autocontrole, entre outras. Sem essas habilidades a Conciliação nem sempre alcança bons resultados quanto ao final do conflito.

⁹⁹ CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 149-150.

O conciliador deverá aplicar as habilidades que possui e as técnicas adequadas à conciliação, alcançando dessa maneira o que comumente é denominado perfil do conciliador. Então, faz-se necessário preparar teórica e tecnicamente o conciliador, capacitando com técnicas e estratégias que poderão ser utilizadas durante a realização dos trabalhos.

Geralmente, o conciliador tem uma formação científica, sendo necessário adequar o seu conhecimento teórico a uma forma organizada para produzir o resultado desejado. Para uma melhor compreensão, recorre-se ao ensinamento de Gonçalves (1992), que ensina que “técnica é um conjunto de meios adequados para a consecução dos resultados desejados, de procedimentos idôneos para a realização de finalidades”.¹⁰⁰

O conciliador deverá se preparar para a realização da proposta de Conciliação, devendo recorrer às técnicas aplicáveis à conciliação, e se usadas adequadamente, produzem o resultado desejado pelas partes envolvidas no conflito.

O conciliador deverá se preparar também para dar início à proposta de Conciliação, conhecendo a relação conflituosa com antecedência, possibilitando ainda visualizar opções para solução do conflito. A abertura dos trabalhos de tentativa de Conciliação deverá ocorrer com a identificação do conciliador das partes e de seus Procuradores e, em seguida, deverá ser apresentada a proposta dos trabalhos que serão iniciados.

Quando as partes envolvidas no conflito são colocadas no mesmo ambiente, geralmente sentem-se apreensivas e procuram apresentar todas as suas insatisfações em relação à parte adversária. É necessário que o conciliador saiba lidar com essa situação fazendo interrupções adequadas para não permitir que o conflito se torne ainda maior. A interrupção deverá ocorrer de tal forma que a parte não se sinta desrespeitada ou menosprezada em sua insatisfação, devendo o conciliador ter habilidade para fazê-lo sem prejudicar os trabalhos.

¹⁰⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Editora Aide, 1992, p. 23.

8.2 O Perfil do Conciliador

O exercício da atividade conciliatória exige perfil adequado. Por perfil adequado considera-se a habilidade do conciliador para saber ouvir, interromper e opinar no momento certo; ser paciente, educado, criativo para auxiliar nas opções de solução do conflito; ter autocontrole, entre outras. São várias as qualidades que auxiliam o conciliador para desempenhar suas funções, entretanto, caso não possua tais habilidades, poderá desenvolvê-las e aprimorá-las através de cursos ou mesmo da atividade conciliatória exercida com frequência.

A presença dos conciliadores em audiência têm se tornado freqüente no exercício da atividade judiciária considerado, inclusive, como maior possibilidade de aproximação das partes, com vistas à celebração de acordo, conforme consta no Processo GAJ 3 nº. 140/2001, da Corregedoria Geral de Justiça de São Paulo, citado por Fabretti (2007) que diz:

Se as partes podem chegar diretamente ao consenso e apenas submeter o acordo ao juízo, para homologação, qualquer que seja a natureza ou valor não há razão plausível para que, batendo os cidadãos(carentes, na maioria das vezes!) às portas da Justiça, não possa esta proporcionar-lhes aproximação, para que eventualmente cheguem à almejada solução do litígio. Prejuízo para os jurisdicionados seguramente não haverá; ao contrário: as sessões geralmente não conduzidas por conciliadores, que dispõem de muito mais tempo para ouvir pacientemente cada um dos litigantes e encontrar, juntamente com eles, as alternativas possíveis para a rápida solução do litígio. Premidos por sobrecarregadas pautas de audiência, que se somam aos despachos, sentenças e atendimento ao público em geral, juízes muitas vezes limitam-se a uma atuação mecânica, deixando de exaurir todas as possibilidades de acordo.¹⁰¹

Qualquer cidadão que se habilite em ser conciliador, seja juiz como outro profissional, deverá se preparar para fazê-lo, conhecer o conflito e aplicar as técnicas de Conciliação adequadas à solução do conflito.

Quando o conciliador é o Juiz, a conciliação também se mostra adequada, porque se designada audiência de Conciliação e se consegue realizar o acordo, evita-se a realização da audiência de instrução e julgamento, a apreciação de questões controvertidas que, normalmente ensejam agravo, e de proferir a decisão

¹⁰¹ FABRETTI, Daniel. Conciliação e Mediação em Juízo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO; Caetano. **Mediação e Gerenciamento do Processo**. São Paulo: Editora Atlas, S.A., 2007, p. 72.

final em virtude da impossibilidade de acordo. Não é considerada apenas a redução da atividade jurisdicional a ser exercida, nem mesmo do número de feitos diminuídos, mas a solução do conflito de maneira satisfatória para as partes em conflito. Mostra-se vantajosa a conciliação, tanto para aquele que a realiza, quanto para as partes que alcançam a solução do problema.

Gianulo (2003) afirma que:

Destarte, a intento conciliador do Juiz que se desenvolve no curso do feito, desde a propositura, deve ser compreendido como factível em qualquer momento em que o juiz vislumbre a possibilidade de Conciliação entre as partes. O vislumbre de possibilidade conciliatória é condicionante para o Juiz, porque não está ele a perseguir a Conciliação como meio de inibição de as partes obterem a tutela jurisdicional. Por outras palavras, a tentativa de Conciliação é voltada em prol das partes, não em prol do Estado, que haure proveito apenas sob o ponto de vista indireto.

É que a Conciliação aproveitará às partes, porquanto estas sairão da relação jurídica processual com os ânimos apaziguados e de regra sem prejuízos de ordem material, daí a evidência de que o Estado representado pelo Juiz não poderá impor aos adversários, por insistência pertinaz ou interesse em desvencilhar-se das questões que o processo lhe impõe, ou ainda buscar diminuir o astronômico número de feitos postos em Juízo todos os anos.¹⁰²

Diante de todas essas ponderações, mais uma vez, volta-se ao perfil do conciliador. Aquele que tem o perfil para conciliar ou desenvolver as habilidades e técnicas necessárias saberá que tem o momento próprio para falar, ouvir, silenciar e até mesmo para encerrar a audiência conciliatória, quando esta se apresenta infrutífera e desgastante. Passa-se às habilidades consideradas necessárias a um conciliador, sem prejuízo de outras que porventura devam ser consideradas.

8.2.1 O Conciliador deve saber ouvir as partes em conflito

Inicialmente, o conciliador deve saber ouvir os sujeitos do conflito devendo evitar que uma das partes interrompa a outra abruptamente, quando aquela estiver falando. Deverá facilitar o diálogo e possibilitar a comunicação entre os sujeitos do conflito, tendo em vista que muitas vezes as partes são reticentes à manifestações .

¹⁰² GIANULO, Wilson. **Conciliação**. São Paulo: ADV (Advocacia Dinâmica) Seleções Jurídicas, Set. 2003, p. 39

A perspicácia do conciliador consistirá também em ser capaz de compreender o que as pessoas dizem e o que pretendem dizer, alcançando a real pretensão das partes. O conciliador que tem muita facilidade de comunicação, que fala em demasia, que tem dificuldade de escuta e de compreensão, muitas vezes em virtude da ansiedade, encontra dificuldades para trabalhar com a Conciliação. É preciso que o conciliador seja cauteloso sabendo ouvir, conduzir o diálogo de forma respeitosa, devendo ser capaz de perceber os pontos comuns que possam conduzir à transação. Nesse particular, Demarchi (2007) afirma:

A fim de realizar o seu trabalho, o conciliador deve estimular as partes a falarem sobre o conflito, provocando a escuta recíproca e a identificação das posições e interesses das partes. A retomada da comunicação permite o esclarecimento mútuo das partes acerca do conflito, de seus anseios e perspectivas, assim com a percepção de pontos comuns que podem auxiliar na obtenção do acordo.¹⁰³

A obtenção do acordo dependerá muito da capacidade de escuta do conciliador e de sua habilidade no trato com as partes, bem como em seu posicionamento diante de cada das propostas e contrapropostas apresentadas pelos sujeitos do conflito. Toda escuta das partes e manifestação feita pelas partes envolvidas no conflito, no decorrer da audiência, deverá ser utilizada para alcançar a verdadeira pretensão dos envolvidos no conflito, capacitando-os para torná-los mais cooperativos, a fim de possibilitar a composição do acordo.

8.2.2 Imparcialidade

Imparcialidade é requisito da jurisdição, sendo indispensável para o exercício da relação processual. Se a imparcialidade não estiver presente, a atuação judicial fica comprometida. A imparcialidade é também um dos requisitos essenciais para a realização da Conciliação. Considera-se imparcialidade a neutralidade do conciliador em relação às partes e suas pretensões, não tomando posição favorável ou desfavorável em relação a qualquer uma delas.

¹⁰³ DERMACHI, Juliana. Técnicas de Conciliação e Julgamento. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano. **Mediação e Gerenciamento do Processo**. São Paulo: Editora Atlas, S.A., 2007, p. 57.

Deve-se evitar qualquer tipo de conhecimento ou mesmo de aproximação com alguns dos sujeitos ou seus de Procuradores. Impõe a imparcialidade o dever geral de reserva e independência diante dos sujeitos. Não cabe ao conciliador fazer colocações pessoais quanto aos fatos apresentados pelos sujeitos do conflito, devendo manter a independência e neutralidade conservando a credibilidade que todos precisam ter com aquele que está auxiliando na solução do conflito. Ao se disponibilizar para a atividade conciliatória, o conciliador deverá desenvolver suas atividades com independência, neutralidade e imparcialidade. Caso isso não seja possível, o conciliador não estará preparado para realização de sua função.

Falando sobre a imparcialidade do conciliador Fabretti (2007) leciona:

O conciliador é um terceiro imparcial que auxilia as partes na obtenção de um acordo que seja vantajoso para ambas as partes. Ou seja, o conciliador deve atuar com imparcialidade, não deve tomar partido de qualquer das partes e não deve se mostrar favorável a uma ou a outra. Ao conciliador não incumbe julgar os interesses e propostas das partes e muito menos dar orientação legal aos mesmos, ou seja, não deve dizer quem tem razão, e isso deve ser reiteradamente esclarecido para as partes, o papel do conciliador é ajudar a dialogar, e não emitir opiniões sobre os assuntos tratados pelas partes.¹⁰⁴

O conciliador também poderá se tornar suspeito ou impedido de atuar na audiência de Conciliação. A suspeição ou impedimento obedece às prescrições dos artigos 134 e 135 do Código de Processo Civil. Quando o próprio conciliador tomar conhecimento de uma suspeição ou mesmo impedimento, deverá antecipadamente deixar de realizar a audiência, que deverá ser realizada por outro conciliador. Se no decorrer da audiência ocorrer fatos que ocasionem a suspeição, deve o conciliador se retirar e pedir imediatamente que um conciliador o substitua. Em nenhum dos dois casos o conciliador deverá realizar a audiência, e se já iniciada, deverá ser interrompida. Em caso de impossibilidade de substituição do conciliador, outra audiência deverá ser designada.

¹⁰⁴ FABRETTI, Daniel. Conciliação e Mediação em Juízo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO; Caetano. **Mediação e Gerenciamento do Processo**. São Paulo: Editora Athas, S.A., 2007, p. 73.

Sobre a suspeição e o impedimento do conciliador:

(...) Neste ponto, convém salientar que o conciliador também está submetido às regras de impedimento e suspeição aplicáveis aos serventuários da justiça, nos termos dos artigos 134, 135 e 138, II, do Código de Processo Civil, justamente para se garantir a imparcialidade do conciliador. Assim, deve o conciliador abster-se de atuar em processos nos quais alguma das partes for seu amigo, inimigo, parente, se possuir interesse no deslinde da causa, se houver aconselhado uma das partes sobre o caso, se for credor ou devedor de alguma das partes e nas demais hipóteses legais.¹⁰⁵

8.2.3 Ser discreto e saber manter o sigilo profissional

Sigilo Profissional é o dever ético que impede a revelação de assuntos confidenciais ligados à profissão; segredo profissional.¹⁰⁶

Discrição: manter o sigilo profissional: dever de privacidade de todos os fatos, informações e documentos que se teve conhecimento. Tudo deve ser dito na presença dos sujeitos. É desaconselhável ao conciliador tratar separadamente ou reservadamente com uma das partes, tomando conhecimento de fatos ou dos documentos que possam interferir na audiência. Deverá estabelecer uma relação respeitosa e transparente. O conciliador deve saber lidar com as diferenças apresentadas em audiência, afastando quaisquer preconceitos ou, sem qualquer dúvida ou obscuridade.

Quanto ao sigilo profissional que o conciliador deve ter diz Fabretti (2007):

Em sua atividade, o conciliador deve guardar o dever de sigilo, não podendo revelar a ninguém, nem ao juiz da causa, os fatos de que tomou conhecimento durante a reunião de Conciliação. Esse sigilo protege a intimidade das partes em todos os processos, sobretudo nos de direito de família, pois deixa as partes mais livres para discutirem abertamente o conflito.¹⁰⁷

¹⁰⁵ FABRETTI, Daniel. Conciliação e Mediação em Juízo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano. **Mediação e Gerenciamento do Processo**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2007, p. 73-74.

¹⁰⁶ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário da Língua Portuguesa**. 2 ed. 25ª impressão. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997, p. 1583.

¹⁰⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano. **Mediação e Gerenciamento do Processo**. São Paulo: Editora Atlas S.A - São Paulo, 2007, p. 74.

8.2.4 Tratamento cordial e respeitoso com as partes envolvidas no conflito

O tratamento do conciliador com as partes e com procuradores deve ser cordial e respeitoso. O respeito mútuo deve ocorrer em qualquer situação, e de modo especial, quando se trata de alguém que se dispõe a auxiliar o outro na solução de seu problema. Nessa linha de entendimento, Fabretti (2007) afirma que o conciliador deve tratar as partes com respeito e tranquilidade, devendo solicitar aos presentes que lhe tratem da mesma forma e que se respeitem mutuamente.¹⁰⁸

A falta de respeito entre as partes e/ou entre conciliadores, ou mesmo entre os procuradores, inviabiliza a realização da tentativa de Conciliação. Todos aqueles que comparecem para uma audiência de Conciliação devem ser tratados de maneira respeitosa e devem oferecer o mesmo tratamento.¹⁰⁹

8.2.5 Autocontrole

Autocontrole: equilíbrio.¹¹⁰ Espera-se que o conciliador seja capaz de manter a neutralidade diante das exposições feitas pelos sujeitos. Manter a neutralidade não significa indiferença, mas que não seja envolvido, sabendo trabalhar com

¹⁰⁸ FABRETTI, Daniel. Conciliação e Mediação em Juízo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO; Caetano. **Mediação e Gerenciamento do Processo**. São Paulo: Editora Athas, S.A., 2007, p.74.

¹⁰⁹ Ao falar sobre o respeito é válido fazer referência à citação do decreto expedido pelo Imperador Hang Hsi (cf. *Legal institutions in Manchu China, Van Der Sprenkel, 1962, p. 77*), no século XII, ao externar a vontade imperial ordenou: *Ordeno que todos aqueles que se dirigirem aos Tribunais sejam tratados sem nenhuma piedade, sem nenhuma consideração, de tal forma que se desgostem tanto da idéia do Direito quanto se apavorem a com a perspectiva de comparecerem perante um Magistrado. Assim o desejo para evitar que os processos não se multipliquem assombrosamente, o que ocorreria se inexistisse o temor de se ir aos Tribunais; o que ocorreria se os homens concebessem a falsa idéia de que teriam à sua disposição uma justiça acessível e ágil; o que ocorreria se pensassem que os juízes são sérios e competentes. Se essa falsa idéia se formar, os litígios ocorrerão em número infinito e a metade da população será insuficiente para julgar os litígios da outra metade.*¹⁰⁹

¹¹⁰ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário da Língua Portuguesa**. 2 ed. 25ª impressão, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997, p. 202.

objetividade em relação às questões apresentadas, e segurança quanto aos seus posicionamentos e sugestões apresentadas.

Coordenar a discussão proporcionando o respeito à superação das divergências, convergindo para a procura de soluções adequadas para ambas as partes.

O conciliador deve evitar ficar ansioso, devendo se controlar para permitir que as partes se manifestem e tenham o tempo necessário para analisar e decidir sobre as propostas apresentadas. Por vezes, até mesmo a retirada da sala de audiência por curto espaço de tempo se faz necessária, para que a parte possa conversar com o seu procurador em particular e esclarecer a dúvida existente. Deve administrar e controlar o diálogo e a participação de todos os envolvidos no conflito sem se envolver ou perder o controle dos trabalhos.

8.2.6 Considerações finais quanto ao perfil do Conciliador

O conciliador deve procurar desenvolver todas as habilidades pessoais e profissionais necessárias para a realização das atividades conciliatórias. Restabelecer o diálogo ou mesmos superar as diferenças apresentadas entre os envolvidos no conflito demanda uma capacidade de percepção e habilidade para trabalhar com a relação conflituosa.

Muitos operadores do direito confundem a atividade do conciliador com o mediador que possui vários pontos comuns. Dentro dessa identidade que o conciliador e mediador possuem, destaca-se:

A identidade do mediador não é uma identidade inata, mas adquirida. Se certas pessoas são como que naturalmente inclinadas, por temperamento, à mediação, sabe-se que têm verdadeiramente o senso da mediação, que esta deve sem cessar ser atualizada, afinada, trabalhada. A identidade do mediador não é uma identidade que se dá de uma vez por todas; ela é inventada constantemente como identidade mediatrix.¹¹¹

E no entendimento de Jean-François Six (2001) equipara-se o papel do conciliador ao educador. Leciona:

¹¹¹ SIX, Jean François. **Dinâmica da Mediação**. Tradutoras: Águida Arruda Barbosa, Eliana, Riberti Nazareth, Giselle Groeninga. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001, p. 217.

Os grandes educadores, diz-se, são socráticos: eles permitem a um ser descobrir a ele mesmo por ele mesmo, o que tem de melhor nele, capacidades que não suspeitava intuição compreensão. O mediador, em pedagogia, é aquele que conseguir dar a qualquer um confiança em si mesmo e fazê-lo encontrar a si mesmo por si mesmo, brechas, caminhos, saídas.¹¹²

O conciliador deverá ser hábil para reconhecer a necessidade e adequação das técnicas e habilidades ao caso concreto. Deve-se ressaltar que todo o perfil, todas as habilidades ou mesmo todas as técnicas aplicáveis à Conciliação podem se tornar infrutíferas diante das resistências das partes em conflito, pois acima de tudo depende dos envolvidos a disposição para fazer concessões recíprocas, alcançando êxito a Conciliação.

8.3 Juiz-Julgador e Juiz-Conciliador

Independentemente de o conciliador ser um juiz ou um terceiro, é necessário que se dedique a atividade conciliatória, procurando esgotar todas as possibilidades de auxílio às partes para finalizar o conflito.

No decorrer da audiência o juiz-conciliador não deverá poder ser um julgador, fazer juízo de valor, se posicionar a favor de uma ou outra parte. Qualquer um desses procedimentos ensejará a segurança jurídica e ocasionará a quebra da imparcialidade, fundamental em qualquer tentativa de Conciliação.

O conciliador deverá ser capaz de alcançar uma abordagem psicossocial e jurídica para melhor compreender o conflito e auxiliar na solução prevista no ordenamento jurídico.

O Código de Processo Civil, nos artigos 125, inciso IV, 331 e 448 determina em vários momentos processuais a tentativa de Conciliação. Se frustrada a tentativa de Conciliação, será devolvida ao Estado-juiz a tarefa de julgar.

A realização da audiência de Conciliação não permite que o conciliador faça pré-julgamentos ou direcione a solução do conflito. As alternativas para resolução do conflito serão apresentadas individualmente por cada um dos sujeitos, e o

¹¹² SIX, Jean François. **Dinâmica da Mediação**. Tradutoras: Águida Arruda Barbosa, Eliana, Riberti Nazareth, Giselle Groeninga. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001, p. 77-78.

conciliador poderá encontrar com os mesmos, dentro do que foi apresentada pelos mesmos, aquela alternativa que melhor possa adequar à situação.

Reserva-se ao julgador a oportunidade de decidir quando os sujeitos não quiserem ou não conseguir fazê-lo. Nesse momento a decisão monocrática será produzida pelos fatos e fundamentos constantes nos autos, observando sempre o ordenamento jurídico.

Brêtas (2004), ao tratar sobre os órgãos jurisdicionais no Estado Democrático de Direito, leciona:

Assim, os órgãos jurisdicionais, ao proferirem suas decisões, cumprindo e finalizando a função jurisdicional, deverão fazê-lo direcionados pelos princípios da vinculação ao Estado Democrático de Direito. Este princípio se otimizará pela incidência articulada de dois outros princípios, ou sub-princípios, concretizadores (Larenz), no ato estatal de julgar. Nessa ótica, os princípios concretizadores daquele princípio maior vêm a ser o princípio da supremacia da Constituição e o princípio da reserva legal (ou princípio da prevalência da lei).¹¹³

Tanto o juiz-conciliador quanto o juiz-julgador deverão estar atentos aos princípios da supremacia da Constituição e da reserva legal. Mesmo que a decisão seja alcançada pela transação, a observância dos referidos princípios é obrigatória.

Todas as decisões e manifestações dos interessados deverão se adequar ao ordenamento jurídico. Ao conceber a proteção pretendida, o julgador deverá se acautelar, decidindo conforme autorizado. Destaca-se o entendimento de Gonçalves (1992):

O juiz tem o dever de se ater ao pedido e de se ater às espécies de medidas jurisdicionais autorizadas pela norma. Ele atua como órgão do Estado e fala pelo Estado, e, assim como não pode penetrar na esfera dos direitos dos jurisdicionados, para protegê-los, sem ser solicitado, não pode decidir além do que foi pedido pela parte, que tem a liberdade de dispor sobre os limites da proteção requerida. O juiz não pode impor medida não autorizada pelas normas porque, sendo órgão do Estado tem o dever de cumprir o Direito legitimamente criado pela nação pela qual o Estado fala.¹¹⁴

Na realidade, a função de Juiz-conciliador e juiz-julgador está muito próxima. O juiz deve ser sempre conciliador e deve tentar conciliar as partes em conflito em toda e qualquer oportunidade. Se frustrada, sem qualquer pré-julgamento, resta-lhe decidir conforme os fatos e provas constantes nos autos.

¹¹³ BRÊTAS C. Dias, Ronaldo. **Da Responsabilidade do Estado pela função Jurisdicional**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004, p. 132.

¹¹⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro, Editora Aidê, 1992, p. 168.

Alguns doutrinadores consideram que a participação do juiz-julgador em audiência deverá ocorrer em um espaço mais curto, evitando riscos de um pré-julgamento:

Uma curta conversa, onde o juiz indagará das partes se lhe foram oferecidas bem as demais opções com vistas à autocomposição, será suficiente para que o juiz perceba a impossibilidade de qualquer composição amigável. É chegada a hora de decidir!

Com uma conversa mais longa, o juiz corre o risco de comprometer o futuro de sua atividade jurisdicional, envolvendo-se em demasia com a pretensão de uma das partes ou de ambas. Deve evitar adiantar seu ponto de vista sobre os fatos e o direito aplicável. A simples menção à jurisprudência (sobretudo a própria) pode deitar por terra sua credibilidade. Mas, tomadas as cautelas necessárias para evitar essas consequências desastrosas, há espaço para atividade conciliadora do juiz da causa, sem exigir-lhe maior dedicação. ¹¹⁵

¹¹⁵ CALMON, Petrólio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 149-150.

CAPITULO IX

EXPERIÊNCIA PIONEIRA DA CONCILIAÇÃO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

Após a verificação dos métodos alternativos de resolução de conflito passa-se à exposição do trabalho desenvolvido pelo Tribunal de Justiça de Minas desde setembro de 2002, denominado inicialmente “Projeto Conciliação” e posteriormente “Central de Conciliação”.

É interessante relatar a experiência pioneira desenvolvida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, primeiro por se tratar de efetiva aplicabilidade dos princípios norteadores do Instituto da Conciliação – objeto do presente trabalho – e, segundo, porque foi muito bem sucedida em relação aos trabalhos realizados que superaram as expectativas dos idealizadores do Projeto¹¹⁶, em experiência transferida para várias Comarcas.¹¹⁷

Os trabalhos foram iniciados em caráter experimental por prazo determinado, junto às Varas de Família da Comarca de Belo Horizonte, instituído por uma Portaria-Conjunta nº 04/2000 de 17 de novembro de 2000. Com o decurso do prazo pré-fixado para o desenvolvimento procedimental do Projeto, avaliar-se-ia o desempenho das audiências e resultados verificando a viabilidade de sua implantação.¹¹⁸

O Tribunal de Justiça, mesmo antes do decurso do prazo fixado, considerou bem sucedida a experiência que possibilitou a realização das audiências em prazo

¹¹⁶ A expectativa do Tribunal de Justiça era a realização de um maior número de audiências, com uma equipe interdisciplinar, com agendamento e realização de audiências, logo após a distribuição dos processos na Comarca de Belo Horizonte que conciliavam em todos os feitos que as partes quisessem e pudessem transigir.

¹¹⁷ O Tribunal de Justiça implantou a Central de Conciliação inicialmente na Comarca de Belo Horizonte e posteriormente em 345 (trezentos e quarenta e cinco) Comarcas do interior do Estado.

¹¹⁸ Tratava-se de um Projeto Piloto desenvolvido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, iniciado em setembro de 2002, com previsão de 90 (noventa) dias para a realização de audiências para as Varas de Família da Capital, sem prejuízo das audiências realizadas na própria Vara. Decorrido o prazo estabelecido, seria analisado o desempenho das audiências realizadas por uma equipe interdisciplinar com os conciliadores, psicólogos, assistentes sociais, juízes e advogados, bem como em relação aos sujeitos envolvidos no conflito. Em uma segunda análise verificar-se-iam os dados estatísticos, tais como, número de audiências agendadas, acordos realizados e andamento processual naqueles autos em que não foi possível a conciliação.

razoável¹¹⁹, com expressivos resultados conciliatórios e movimentação processual nos autos que a conciliação restou frustrada.

Dentro desse contexto avaliatório positivo, decidiu o Tribunal de Justiça tornar definitiva a implantação do Projeto nas Varas de Família da Comarca de Belo Horizonte, que passou a ser regulamentado pelas normas contidas na Resolução 407/2003.¹²⁰

A mencionada Resolução fez previsão de organização, competência, classes processuais indicadas à conciliação prévia, bem como o procedimento judicial adequado para a realização das audiências na Central de Conciliação.

A estrutura organizacional prevista na Resolução determinava que na Coordenação Geral da Central de Conciliação um Desembargador fosse designado mediante Portaria pelo Presidente do Tribunal de Justiça de Minas. A designação da Coordenação, feita pelo Presidente do Tribunal de Justiça, foi estabelecida pelo Terceiro vice-presidente que era o responsável pela Assessoria de Gestão e Inovação de Projetos.

A Competência prevista no art. 3º da Resolução 407/2003 foi a seguinte:

Compete à Central de Conciliação promover a prévia conciliação entre as partes, nos feitos judiciais em que estiverem sendo discutidos direitos sobre os quais possam elas transigirem e nos quais a critério do Juiz de Direito da vara em que tramitam, seja possível a obtenção do acordo.¹²¹

Extraí-se do art. 3º da Resolução que os feitos judiciais serão encaminhados a critério do Juiz do Direito da vara. Apesar de se constar que o encaminhamento ocorrerá a critério do Juiz de Direito da Vara essa determinação não deverá ser interpretada de forma impositiva. A determinação encontra amparo legal no art. 125 do Código de Processo Civil que estabelece dentre os deveres do Juiz a direção do processo nos termos da lei processual.

Considerando a adequada condução do Processo como um dos deveres impostos ao Juiz, em estrita obediência ao que se encontra no ordenamento jurídico, manifesta Antônio Cláudio da Costa Machado ao interpretar referido artigo:

¹¹⁹ Para o Tribunal de Justiça de Minas Gerais considera-se prazo razoável o agendamento e realização das audiências entre 30(trinta) e 60(sessenta) dias, contados da distribuição do processo.

¹²⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça. Resolução nº. 407, 2003. Regulamenta o Projeto de Conciliação. Portaria Conjunta n 004/2000 (institui as Centrais de Conciliação), de 12 fev. 2003. **Diário do Judiciário de Minas Gerais**, 2003.

¹²¹ BRASIL. Tribunal de Justiça. Resolução 407. art.3º. de 12 fevereiro de 2003. **Diário do Judiciário de Minas Gerais**, 2003.

O magistrado, embora receba da lei a função de dirigir, conduzir, comandar a relação processual e o *status de dominus processus* (o senhor do processo), nada faz senão sob estrita obediência do direito processual, daí dizer-se que o juiz é escravo da lei. A segurança do cidadão, no Estado de Direito, está principalmente na legalidade, que alcança a todos, e não na figura do juiz, embora este seja indispensável à preservação do direito à tutela da liberdade.¹²²

A par da recomendação legal de direção do Processo, deve o magistrado propiciar a realização da audiência de tentativa de conciliação, sem, no entanto, retirar dos sujeitos do conflito a oportunidade de requerer e ter encaminhado os autos para a audiência conciliatória. Quando constou na Resolução a escolha dos autos para a realização da audiência, a critério do Juiz, foi somente no sentido de determinar ao Juiz, caso não tivesse requerimento daquela natureza por parte dos interessados, que os autos fossem remetidos para a realização da audiência na Central de Conciliação.

Vislumbra-se com a audiência conciliatória que as partes tenham a oportunidade, em igualdade de condições, acompanhadas de seus Advogados de exposição dos fatos e fundamentos, obtendo se possível, a conciliação prévia para cumprir a função jurisdicional no tempo adequado.

O Tribunal de Justiça, interessado na implantação dos trabalhos verificou a necessidade de uma nova estrutura para viabilizar os objetivos perseguidos pelo Projeto, surgindo, a partir daí, preocupações de duas ordens: adequada estrutura de pessoal e física.

Quanto ao primeiro aspecto, o primeiro questionamento se apresentou quanto ao número de Juízes que seriam disponibilizados para realizar os trabalhos. Era um trabalho piloto e o deslocamento de um grande número de magistrados para a realização dos trabalhos era inicialmente impossível, devido a inexistência de um número suficiente para atender a demanda.

Assim, foram designados dois Juízes de Direito, com dedicação integral, para a operacionalidade dos objetivos do Projeto, com trajetória que pudesse amoldar os princípios da Conciliação. Dentro da proposta apresentada, os Juízes da Central de Conciliação seriam cooperadores dos Juízes de Direito das varas que encaminhasssem os autos dos processos, atuando ao mesmo tempo dois juízes no processo, um, com competência específica, sendo os Juízes da Central de

¹²² MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de Processo Civil Interpretado**. 6 ed. Barueri, São Paulo: Manole, 2007, p. 121.

Conciliação exclusivamente competentes para atos conciliatórios e todos os demais atos de impulso e decisórios dos processos da competência do Juiz de Direito da vara.¹²³ Frustrada a conciliação os autos retornam ao Juiz da Vara para o andamento normal.

A mencionada cooperação dos Juízes da Central de Conciliação e a distribuição da competência estão em perfeita harmonia com o ordenamento jurídico que só permite suprimir ou alterar a competência nos casos expressamente previstos em lei. Interpretando o art. 87 do Código de Processo Civil, Antônio Cláudio Costa Machado afirma:

O dispositivo institui o chamado princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, que é a regra fundamental dos processos segundo a qual a propositura da ação fixa num determinado órgão judiciário a competência para o processamento e julgamento de uma causa. Fixada a competência quaisquer modificações fáticas (alteração de domicílio, estado civil) ou jurídicas (alteração de regras de competência em razão do território ou do valor) tornam-se irrelevantes. Apenas as modificações expressamente previstas no texto têm o condão de interferir na competência de um órgão(...).¹²⁴

Quanto aos funcionários que trabalhariam na Central de Conciliação de Belo Horizonte, foi também considerado o mesmo critério de contenção de gastos e de pessoal iniciando a Central com um número reduzido de funcionários, somente três com as seguintes atribuições: um, como chefe da Secretaria; o outro, para atender o público e advogados e um terceiro para fazer a movimentação dos processos no sistema de informatização, contando com o auxílio de dois aprendizes menores. Percebeu-se desde o início pelo reduzido número de Juízes e funcionários que era necessária uma convivência harmoniosa e uma cooperação mútua. Caso contrário, o Projeto correria o risco de não prosseguir.

No que se refere à estrutura física, percebeu-se de imediato a inexistência de um espaço físico disponível que pudesse atender à Secretaria da Central de Conciliação e as salas onde seriam realizadas as audiências. Considerando-se a proximidade das demais Varas, instalou-se então no Fórum Lafayette, na Comarca

¹²³ Foram designados dois juízes para a realização dos trabalhos que cooperariam com os juízes das varas, cada um com competência específica. Várias reuniões foram realizadas entre os Juízes para se estabelecer como tudo ocorreria. De uma maneira interessante os trabalhos transcorreram com muita normalidade sem que um interferisse nos trabalhos do outro, e de forma cooperativa para o bom êxito da atividade jurisdicional. Embasados no respeito e na colaboração mútua, os trabalhos se desenvolveram sem qualquer incidente.

¹²⁴ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de Processo Civil Interpretado**. 6 ed. Barueri, São Paulo: Manole, 2007. p. 86.

de Belo Horizonte, uma Secretaria específica para a Central de recebimento e devolução dos autos dos processos encaminhados para a realização das audiências.¹²⁵

A distribuição dos processos ocorria normalmente para os Juízes das Varas que, após apreciação do pedido inicial, agendavam as audiências e encaminhavam os autos para a sua realização na Central de Conciliação.¹²⁶ A Central de Conciliação já então estruturada, passou a funcionar em horário integral, com as audiências realizadas em dois turnos.¹²⁷

A condução das audiências era feita por estudantes-conciliadores sob a supervisão de um juiz de Direito, que contava com o apoio de uma equipe técnica composta por psicólogos e assistentes sociais. Os estudantes de universidades ou faculdades conveniadas com o Tribunal de Justiça eram recrutados, selecionados¹²⁸ e treinados.¹²⁹

¹²⁵ O investimento na estrutura física foi modesto. Foram evitados inicialmente muitos gastos com um projeto que era piloto. Pequenas salas com mesas redondas e cadeiras foram reservadas para realização dos trabalhos. Todos acolheram bem a justificativa do Tribunal de Justiça de não fazer um alto investimento para um trabalho, cuja experiência poderia obter resultados imprevisíveis. Implantou-se de maneira modesta a estrutura física, iniciando os trabalhos e o resultado foi positivo. Como a Central de Conciliação estava funcionando com resultados favoráveis, apesar da estrutura física, acreditou-se que não poderia ocorrer a interrupção da realização das audiências e apesar de algumas melhorias, não existia ali uma estrutura física adequada.

¹²⁶ De acordo com a Resolução 407/2003 os processos são distribuídos normalmente para as Varas que providenciam todas as diligências necessárias para a realização das audiências. A Central de Conciliação recebe os processos para a realização das audiências, normalmente, com dois dias de antecedência da data agendada. Realizada a audiência, os autos são novamente devolvidos à Secretaria da Vara respectiva, devidamente movimentados no SISCOP (Sistema de Informatização dos Serviços das Comarcas) sobre o desfecho da audiência. Justifica-se o encaminhamento dos autos com a antecedência de dois dias da data agendada para a realização da audiência com a finalidade de possibilitar que o conciliador proceda à leitura dos autos e esclareça todas as dúvidas com o Juiz de Direito presente no local.

¹²⁷ Quando foram iniciados os trabalhos na Central de Conciliação eram disponibilizadas para as Varas 132 (cento e trinta e duas) audiências, diariamente. No ano de 2007 passaram a ser disponibilizados diariamente 150 (cento e cinquenta) horários. Quanto ao tempo de duração das audiências, o agendamento ocorreria a cada 40 (quarenta) minutos. Esse prazo foi reduzido para 30 (trinta) minutos, sendo considerado o prazo ideal. Entretanto, deve-se registrar que se algum processo demandar a necessidade de um prazo maior, terão as partes e seus Procuradores o prazo que for necessário, contando a equipe com conciliadores e salas de audiência-reserva para atender as demais audiências. Prima-se pela pontualidade no cumprimento da pauta.

¹²⁸ O recrutamento dos estudantes é feito pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais após convênio com universidades e faculdades. A seleção dos estudantes é feita pela Equipe Técnica (psicólogos e Assistentes Sociais). Inicia-se com uma entrevista, posteriormente aplica-se uma prova dissertativa com o objetivo de se verificar a coordenação de idéias e os conhecimentos de modo geral. Ao final da seleção, desenvolve-se uma dinâmica em grupo com todos aqueles que ainda não foram eliminados. Geralmente, para cada grupo de quatro/cinco pessoas, somente um ou dois é selecionado conforme os critérios acima referidos.

¹²⁹ Posteriormente, ultrapassada a primeira fase com a Equipe Técnica, inicia-se o treinamento que tem a duração de 40 (quarenta) horas. O treinamento compreende aulas teóricas e experiência

Nota-se ainda que existia um ponto interessante também quanto ao tempo de atividade do conciliador que era contratado pelo prazo de 1(um) ano, sendo que, a renovação ocorreria por mais um ano, tão somente.¹³⁰

Dentro da proposta de trabalho apresentada pelo Tribunal de Justiça, a pretensão não era substituir o Juiz de Direito no exercício da função jurisdicional, mas realizar as audiências, sob a sua supervisão e com o auxílio de outros profissionais especializados, para auxiliar na solução dos conflitos.

9.1 Considerações técnicas após a implantação da Central de Conciliação

Despertou-se o interesse pela conciliação após a implantação dos trabalhos e descobriu-se qual procedimento ali utilizado estaria acompanhando o desenvolvimento e aprimoramento do Judiciário, como adotado em vários países americanos e europeus que têm investido nos métodos alternativos de resolução de conflitos, em especial, a conciliação.

Para ilustrar a afirmativa merece ser registrada a experiência vivenciada na França com os conciliadores que estão distribuídos em vários departamentos:

A França é outro país onde têm ocorrido interessantes desenvolvimentos nos últimos quinze anos, mais ou menos. Primeiro os *conciliateurs*, depois de experiência em quatro departamentos (*Alpes Maritimes, Gironde, haute Marne e Lorie Alantique*), foram eles introduzidos em 1978, em todo o país. De 1981 a 1987, houve um período de declínio, com a suspensão do recrutamento dos *conciliateurs*, devida ao ceptismo (difícil de explicar) do partido socialista, então no poder, quanto a instituição. Todavia, a partir de 1987 ela experimentou uma ressurreição e um ulterior desenvolvimento. Os conciliadores não são magistrados, mas particulares, que o presidente do

prática. Quanto às aulas jurídicas, são ministradas orientadas a partir do surgimento do conflito, instauração do procedimento legal, com todas as suas formalidades, realização das audiências e prosseguimento ou encerramento do processo. São ministradas também aulas sobre técnicas de conciliação, realizadas dinâmicas de conciliação e etc. Os cursandos também assistem às audiências, conduzem sob supervisão e finalmente conduzem sozinhos os trabalhos. Cumpridas todas as atividades determinadas durante a carga horária reservada, os cursandos são avaliados e, se aptos (preparados), são contratados pelo Tribunal de Justiça para a realização dos trabalhos. Todos recebem o valor de aproximadamente 1(um) salário mínimo mensal. O contrato normalmente é firmado pelo prazo de 1 (um) ano. Toda última sexta-feira de cada mês são realizadas reuniões para reciclagem dos conciliadores, esclarecimentos de dúvidas mais frequentes e correção das falhas ocorridas no decorrer daquele mês.

¹³⁰ A contratação do conciliador, na qualidade de estagiário, encontra embasamento na Lei Federal 6494 de 07.12.77, Lei Estadual nº. 12.049 de 12/01/96 (artigo 8º) conjunta com Lei 13.642 de 13.07.2000 e o Decreto 87.497 de 18.08.1982, que não permite a renovação do contrato por período superior a 2 (dois) anos.

Tribunal de Apelação, designa pelo de um prazo de um ano renovável por mais dois anos. Incumbe-lhes encontrar-se com as partes e tentar descobrir se há possibilidade de chegar-se a acordo (o *conciliateur* tem o poder de ouvir prova testemunhal).¹³¹

Dois aspectos podem ser destacados referentes às experiências levadas a cabo pela França e pelo Brasil: o primeiro é que a França iniciou a experiência com conciliadores em 1978 e está muito a frente do Brasil, se considerar que na França vivencia-se essa prática desde setembro de 2002, ou seja, pouco mais de 5 (cinco) anos¹³²; o segundo aspecto é que na França os conciliadores não são Magistrados, mas estão autorizados a colher prova testemunhal e no Brasil, na Central de Conciliação, os conciliadores também não são Magistrados e estão autorizados a ouvir testemunhas exclusivamente para comprovar o lapso temporal quando se tratar de Divórcio Consensual ou Litigioso convertido em Consensual.

A possibilidade de colher a prova testemunhal no Brasil não é tão ampla quanto na França, é apenas relativa, mesmo porque a legislação brasileira não permite a escuta de testemunhas por conciliadores, salvo casos especiais autorizados. Tratando-se de prova testemunhal somente para confirmar o período de separação do casal que não é controvertido entre as partes, permitem-se a colheita dessas informações pelos próprios conciliadores na presença das partes e de seus procuradores.¹³³

No Brasil, dentro da estrutura organizacional prevista na Resolução 407/2002, os Magistrados são os supervisores das audiências e permanecem no local onde as mesmas são realizadas durante todo o tempo. É inadmissível realizar a audiência sem a presença do juiz que comparecerá à sala de audiência sempre que for solicitada sua presença ou houver necessidade.¹³⁴

¹³¹ CAPPELLETTI, Mauro. Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça Doutrina Internacional. **Revista de Processo n. 74**, RT: Doutrina Internacional, n. 74, ano 19, abril-junho, 1994, p.93.

¹³² Registre-se que o trabalho relativo à audiência conciliatória, por uma equipe interdisciplinar, teve início no dia 02 de setembro de 2002, no Fórum Lafayette, na Comarca de Belo Horizonte, Minas Gerais.

¹³³ Na Central de Conciliação de Minas Gerais os conciliadores estão autorizados a ouvir testemunhas quando se tratar de Divórcio Consensual ou Litigioso convertido em consensual, somente para ratificar o lapso temporal já informado pelos Requerentes. Nesse particular, deve ser considerado que a prova testemunhal colhida se refira aos fatos incontroversos, pois as testemunhas somente ratificam o período de separação do casal necessário à decretação do divórcio.

¹³⁴ A própria Resolução 407/2002 prevê a condução das audiências pelos conciliadores sob a supervisão do Juiz de Direito. Se for solicitada sua presença na sala de audiências pelos sujeitos do conflito ou pelos Advogados, considera-se necessário e indispensável seu comparecimento.

A utilização de uma equipe interdisciplinar na Central de Conciliação de Belo Horizonte se concretizou através da Resolução no ano de 2003, quando na prática a experiência já era vitoriosa, considerando as audiências realizadas e os dados estatísticos existentes. A colaboração de outros profissionais para a realização da atividade jurisdicional foi também estudada e observada pelos doutrinadores. Conforme o entendimento de Torres (2005):

Não se pode pretender a exclusão do Poder Judiciário, mas sim pensar na colaboração de profissionais habilitados a cooperar, decisivamente, na agilização dos processos. Não é criando uma Justiça privada e substituindo a estatal que se vai encontrar um caminho balizador para os problemas que entravam um melhor atendimento da população. Pensamos na organização de mecanismos de solução rápida dos litígios, com implantação de instrumentos de conciliação e mediação, como alternativas supervisionadas pelo Judiciário que tem a experiência na realização da Justiça.¹³⁵

Devem-se fazer algumas ressalvas quanto ao pensamento doutrinário retro transcrito. A colaboração de profissionais especializados¹³⁶ muito contribui para a realização da função jurisdicional, conforme se verifica pela experiência vivenciada junto à Central de Conciliação de Belo Horizonte.

Ao se pensar em mecanismos de rápida solução dos litígios deve, todavia, se tomar com certa reserva. Não se pode pensar em agilização dos procedimentos e solução rápida dos litígios, tão somente. Exige-se o fornecimento de uma atividade jurisdicional mais adequada às necessidades do jurisdicionado, em tempo razoável, tempo que atenda suas pretensões e que atenda aos interesses das partes envolvidas no conflito, não primando exclusivamente pela rapidez e agilidade sem qualidade no atendimento do serviço público jurisdicional de modo adequado e eficiente.

Para ilustrar o entendimento do que se entende por serviço público, merece destaque o ensinamento de Dias (2004)

Consideramos que serviço público jurisdicional eficiente é aquele considerado adequado, qualidades que se contrapõem à idéia de serviço público jurisdicional defeituoso, isto é, aquele que revelou mau funcionamento. A eficiência e a adequação do serviço público jurisdicional constituem dever jurídico do Estado, por força de recomendação constitucional, e pressupõem, por parte dos órgãos jurisdicionais, obediência ao ordenamento jurídico e utilização dos meios racionais e técnicas modernas que produzam o efeito desejado, qual seja, serviço público jurisdicional prestado a tempo e modo, por meio de garantia

¹³⁵ TORRES, Jasson Ayres. **O Acesso à justiça e soluções alternativas**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005, p. 156.

¹³⁶ Refere-se aos Psicólogos e Assistentes Sociais que integram a Equipe Multidisciplinar. Todos esses profissionais que atuam junto à Central de Conciliação são concursados e possuem vasta experiência, em especial nas varas de família.

constitucional do devido processo legal, preenchendo sua finalidade constitucional, a de realizar imperativa e imparcialmente o ordenamento jurídico, apto a proporcionar um resultado útil às partes.¹³⁷

Percebe-se que a realização das audiências, através da Central de Conciliação, possibilitou ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais a prestação de um serviço público adequado, ou seja, concedendo ao jurisdicionado o direito e a oportunidade de manifestação em audiência de conciliação, em um prazo mais exíguo, com garantia do devido processo legal, atendendo às pretensões dos sujeitos do conflito.

A experiência que ora se relata foi considerada exitosa, tendo em vista que as audiências são realizadas dentro dos prazos previstos. As decisões são construídas pelos sujeitos do conflito, assistidos por seus Advogados e os acordos são geralmente cumpridos, sem interposição de recursos para o Tribunal de Justiça, evitando a subida dos autos para nova apreciação e ainda o desarquivamento e execução por descumprimento do que foi acordado.

O Tribunal de Justiça considerou satisfatória a realização dos trabalhos pela Central de Conciliação, tendo em vista as audiências designadas e o número de acordos que foram realizados, implantando-a em aproximadamente 245 (duzentas e quarenta e cinco) Comarcas do Estado de Minas Gerais¹³⁸, principalmente àquelas com maior número de processos no acervo.

9.2 Realização das audiências na Central de Conciliação de Belo Horizonte: aspectos da procedimentalidade

Conforme já afirmado anteriormente, as audiências são conduzidas pelos estudantes-conciliadores, sob a supervisão do Juiz. Os autos são encaminhados para a Central de Conciliação e distribuídos entre os conciliadores.¹³⁹

¹³⁷ BRÊTAS C. Dias, Ronaldo. **Da Responsabilidade do Estado pela função Jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 155.

¹³⁸ Exemplos de Comarcas onde a Central de Conciliação foi instalada em Minas Gerais: Uberlândia, Uberaba, Juiz de Fora, Divinópolis, Nova Lima, Contagem, Betim, Três Corações, Passos, Pouso Alegre, entre outras.

¹³⁹ A jornada diária de trabalho do conciliador na Central de Conciliação corresponde a 4 (quatro) horas diárias. Em média, cada conciliador, em Belo Horizonte, tem condições de realizar 6 (seis)

Após a leitura dos autos e esclarecimento de todas as dúvidas com o Juiz o conciliador, dá-se início à realização da audiência. O pregão das audiências é realizado pelo conciliador.¹⁴⁰ Presentes os sujeitos do conflito e seus Procuradores, estes são conduzidos para as salas designadas. Feita a abertura da audiência¹⁴¹ pelos conciliadores, estarão presentes no local psicólogos, assistentes sociais e juízes, se necessário, ou se solicitado pelas partes e seus procuradores comparecerão à sala de audiência.

Dentro da proposta de trabalho apresentado pelo Projeto a pretensão não é substituir o Juiz de Direito no exercício da função jurisdicional, mas realizar as audiências, sob a sua supervisão e com o auxílio de outros profissionais especializados para auxiliar na solução dos conflitos. Percebeu-se a viabilidade da técnica utilizada, realizados por uma equipe interdisciplinar, tendo o Tribunal de Justiça de Minas Gerais estendido o procedimento para várias outras áreas jurídicas, após verificar os dados estatísticos que serão apresentados oportunamente.

9.2.1 Metodologia dos Trabalhos para Realização das Audiências

Orienta-se que a abertura da audiência seja feita com a identificação do conciliador e com esclarecimentos sobre a proposta do Tribunal de Justiça na realização da audiência de conciliação. Acrescenta-se que todos terão a oportunidade de expor os fatos e as pretensões que serão concedidos a cada um dos presentes de

audiências por dia, sendo ainda reservado dentro deste horário um tempo disponível para a leitura dos autos e esclarecimentos de dúvidas com o Juiz.

¹⁴⁰ Considera-se ideal que o conciliador faça pessoalmente o pregão, porque terá o controle das audiências realizadas. Quando é feito o pregão e ocorre ausência de uma das partes envolvidas no conflito, há orientação da Central de Conciliação para que o conciliador faça mais dois pregões, com intervalo de 5 (cinco) minutos, possibilitando o comparecimento do retardatário. Se ainda assim não ocorrer o comparecimento, os presentes são encaminhados à sala de audiência para o início dos trabalhos. Porém, algum tempo após o início da audiência, as partes comparecem atrasadas e ainda assim, se não finalizada a audiência, têm a oportunidade de participação.

¹⁴¹ Os conciliadores são preparados para fazer a abertura da audiência, informando o seu nome e se apresentando como conciliador. Em seguida, identificam as partes e seus Procuradores e alegam que se trata de um trabalho do Tribunal de Justiça que está sendo realizado para a escuta das partes e de seus Advogados, para uma tentativa de conciliação. Devem esclarecer que cada um terá a oportunidade de manifestação e que juntos, poderão encontrar a melhor solução para finalizar o conflito. Esclarecem ainda que, sendo a decisão compartilhada e as obrigações voluntariamente assumidas, serão cumpridas integralmente por cada uma das partes. Sucintamente deverá demonstrar as vantagens da conciliação e da decisão construída conjuntamente por todos os presentes.

maneira individual e respeitosa, para que todos possam colaborar para encontrar uma melhor solução para os problemas surgidos naquele processo.¹⁴²

Deve-se conceder igual oportunidade de manifestação tanto para as partes, quanto para seus Advogados, pois quanto maior a abertura de oportunidades para colocações dos fatos e pretensões, maiores são as chances de se chegar a uma composição amigável.

O conciliador auxilia as partes e seus advogados a encontrar a melhor solução para o conflito existente. Prima-se por um entendimento de forma transparente e direta, sem qualquer subjetivismo ao alcance das partes, e que de maneira real possa atender as pretensões desejadas. É muito importante a forma como o conciliador conduz a realização da audiência ao demonstrar a importância da escuta, do respeito entre os envolvidos no conflito e da cooperação de todos os presentes para a construção do provimento que melhor atenda aos interesses e pretensões apresentadas, tendo em vista que são os destinatários e cumpridores do que foi voluntariamente ajustado.

Essa orientação coaduna-se com o entendimento de Leal (2005):

É que, no paradigma do direito democrático, o eixo das decisões não se encontra na razão imediata e prescritiva do julgador, mas se constrói no espaço procedimental da razão discursiva (linguagem) egressa da inter-relacionalidade normativa (conexão) do ordenamento jurídico obtido a partir da teoria da *Constitucionalidade democrática*. Nesse sentido, os argumentos de fundamentação do direito a legitimar pretensões de validade são retirados da *teoria processual* que se concebe pela *isonomia* entre produtores e destinatários das normas jurídicas de tal modo que, no apontamento incessante da falibilidade do sistema jurídico no *espaço procedimental acessível a todos*, os destinatários das normas se reconhecem autores da produção do direito.¹⁴³

O espaço procedimental discursivo está presente na audiência de conciliação, bem como a isonomia entre os produtores e destinatários do acordo que, assistidos por seus procuradores, conseguem produzir o direito que satisfaça seus interesses e

¹⁴² Os conciliadores são orientados e treinados para fazer adequadamente a abertura da audiência com apresentação pessoal e alguns esclarecimentos e orientações às partes, e de seus advogados quanto à condução dos trabalhos. Entretanto, em algumas oportunidades torna-se conhecido que uns conciliadores suprimem algumas orientações quando já estão familiarizados com o trabalho, ou quando já conhecem os advogados. É lamentável quando essa postura torna-se pública, porque acredita-se que a abertura e os esclarecimentos sejam imprescindíveis e devam ser renovados em cada audiência uma vez que as pessoas que se encontram no local nem sempre são exatamente as mesmas, e poderão ter dúvidas quanto à realização dos trabalhos. Desta forma, procura-se superar essas dificuldades através da supervisão em audiência feita pela equipe técnica, que será abordada posteriormente.

¹⁴³ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Editora Landy, 2002, p. 183-184.

suas pretensões. A audiência possibilita o exercício da democracia em sua amplitude, tendo em vista a isonomia entre as partes que possuem igual oportunidade de manifestação e que se capacitam para construir o provimento jurisdicional que voluntariamente cumprirão em virtude do que foi espontaneamente ajustado.

Nessa mesma linha de entendimento, favorável à realização prévia da audiência, antes da instrução, Torres (2005) afirma:

Hoje as partes têm mais oportunidades, e a audiência específica de conciliação, que antecede à instrução, é uma especial chance para viabilizar e resolver, de comum acordo, a questão posta em juízo, quando o juiz tenta conciliar as pessoas envolvidas. Enfim, uma conciliação prévia antes de um ato formal do juiz, no apreciar o pedido inicial, significa um avanço, e não, como algumas afirmativas que são feitas, o esvaziamento de atividades funcionais ou prejuízo para as partes, porque restringiria o princípio da ampla defesa. Ora, pelo contrário, é uma técnica moderna e democrática de resolver, no nascedouro, os litígios.¹⁴⁴

Os trabalhos desenvolvidos na Central de Conciliação de Belo Horizonte são realizados com a audiência prévia que poderá contribuir para a realização do acordo ou mesmo a movimentação da marcha processual, se infrutífera a conciliação.¹⁴⁵ As partes comparecem com seus Procuradores e logrando êxito o acordo, diligencia-se para a resolução de mérito, nos termos do art. 269, inciso III do Código de Processo Civil.¹⁴⁶ Caso não seja possível o acordo, o conciliador cumprirá o despacho judicial sendo válida a audiência também para o andamento processual.

De todas as maneiras em que a conciliação é analisada apresenta-se frutífera. Para o procedimento jurisdicional, havendo acordo há resolução de mérito, caso contrário agiliza-se a marcha processual. Sob o aspecto da uma nova cultura, a cultura da conciliação, percebe-se também um avanço em substituição à cultura do conflito.

Todos aqueles que se dispõem a comparecer em audiência para tentativa de composição amigável, sejam partes, advogados, estagiários, conciliadores, entre outros, percebe-se a formação, ainda que embrionária, de uma nova cultura diversa do litígio e dos métodos antagônicos. A pré-disposição para a tentativa de

¹⁴⁴ TORRES, Jasson Ayres. **O Acesso à Justiça e soluções alternativas**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005, p. 110-111.

¹⁴⁵ Designada audiência de conciliação e frustrado o acordo cumpre-se o despacho constante nos autos podendo ocorrer a abertura do prazo de defesa, informações sobre o endereço da parte ausente, entre outros.

¹⁴⁶ Ressalte-se que com as inovações ocorridas a partir da Lei 11.232/2005 não ocorre mais a extinção do processo, mas somente a resolução do mérito prosseguindo o feito com a fase executória ou de cumprimento de sentença nos próprios autos.

conciliação exige muitas vezes um avanço cultural avesso à litigiosidade, com rompimento de muitos conceitos e entendimentos tradicionalmente presentes em nosso meio. Assistiu-se a um número significativo de pessoas que comparecem às audiências, desde as partes envolvidas, advogados, estagiários, conciliadores, entre outros, que formarão no futuro uma cadeia de multiplicadores dessa nova mentalidade.

Muito interessante é a participação dos estudantes do curso de direito e de psicologia que vêm adequando-se a essa mentalidade conciliatória. Os conciliador-estagiários são partidários e dedicados à conciliação. Realizam as audiências percebendo a importância do trabalho em termos de uma nova cultura conciliatória que está se ramificando. Válido ainda os trabalhos realizados com a conciliação quando possibilitam formação de profissionais com uma nova perspectiva, distanciada dos conflitos. Desvencilhar da cultura da adversidade e do conflito não é o desafio.

Torres (2005), compartilhando o pensamento do Projeto criado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, descobriu que os alunos podem ser os multiplicadores, para

...atender o objetivo de solução de conflitos através de uma concordância das partes, é necessário que se conte com pessoas dispostas, preparadas e entusiasmadas pelo ideal de justiça efetiva e imediata. Para essa caminhada, pode-se contar com a participação de alunos que estão se preparando para concursos públicos na área do direito. Com treinamento específico e um trabalho a ser desenvolvido, cooperarão, por certo, para a solução dos conflitos. O Rio Grande do Sul tem procurado ser um exemplo nesse sentido, onde os alunos da Escola Superior da Magistratura da Ajuris são chamados a conviver com a experiência dos Juizados na prática da conciliação. Iniciativas como essas representam descortino, coragem e vontade para essa nova realidade da Justiça, servindo de exemplo para tantas outras providências à efetiva realização do direito. Pensamos que a idéia de participação de estudantes de direito possibilita uma atuação na prática conciliatória. Essa filosofia proporciona que os alunos, ao terminarem seus cursos, tenham alguma experiência e conhecimento ao desempenho de atividades tão importantes na vida judiciária. Serão, por certo, instrumentos valiosos para a consecução de um trabalho que denominamos de Centros Integrados e Descentralizados de Conciliação e Mediação.¹⁴⁷

A atuação desses novos profissionais proporcionará maior liberdade de manifestação e expressão das partes com maior possibilidade de êxito no cumprimento dos objetivos perseguidos pelo Projeto. Registra-se uma nova face no exercício da função jurisdicional que procura caminhar acompanhando as transformações e necessidades diversificadas, que cada dia chega ao Judiciário,

formando uma nova cultura entre os jurisdicionados, bem como todos aqueles profissionais que aderem à cultura da conciliação e colaboram para sua efetivação.

A realização das audiências na Central de Conciliação por mais de cinco anos, nos termos propostos pelo Tribunal de Justiça após recrutamento, seleção e treinamento dos conciliador-estagiários, bem como preparação de toda a equipe, obedece a uma metodologia de trabalho considerada bem sucedida em relação aos resultados dos trabalhos, repassada para muitas Comarcas. O trabalho foi desenvolvido e aperfeiçoado no decorrer dos anos e aprimorado quanto à função jurisdicional.

Depois de vários anos de realização de audiências de conciliação e cursos para inúmeros conciliadores, verifica-se que a metodologia de trabalho do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, aplicada e repassada quanto às audiências de conciliação, identifica-se com o entendimento de Grinover, Watanabe e Neto (2007) quando apresenta as quatro etapas da conciliação:

A conciliação consiste no emprego de somente quatro etapas, a saber: (1) *abertura*, onde são feitos, por intermédio do conciliador, os esclarecimentos iniciais sobre todo o procedimento e todas as implicações legais referentes ao alcance do acordo gerado naquela oportunidade ou de sua impossibilidade. Logo após, passa-se para os (2) *esclarecimentos* das partes sobre suas ações, atitudes e iniciativas que acabaram por fazer nascer o conflito. Momento de vital importância no procedimento, pois é nele que se manifestam as posições de cada uma das partes. O conciliador, por seu turno, deverá identificar os pontos convergentes e divergentes da controvérsia, através do desencadeamento de perguntas sobre a comunicação verbal e não verbal das partes. Na sequência, encaminha-se para o estímulo a (3) *criação de opções*, quer seja através de sugestões trazidas por terceiros, quer seja por intermédio de propostas delineadas pelas partes, com o objetivo de atingir o almejado consenso pela solução, e, posteriormente, o (4) *acordo*, sua redação e assinatura.¹⁴⁸

9.3 Da Imprescindibilidade da Assistência Jurídica

¹⁴⁷ TORRES, Jasson Ayres. **O Acesso à Justiça e soluções alternativas**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005, p. 163-164.

¹⁴⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo, LAGRASTA NETO, Caetano. **Mediação e Gerenciamento do Processo**. São Paulo: Editora Athas S.A, 2007, p. 65-66.

Considera-se Assistência Jurídica aquela intervenção feita em juízo, que patrocina ou pleiteia direitos próprios ou de terceiros por um Bacharel em Direito, apto a exercer a advocacia nos termos do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Somente Advogados estão habilitados a prestar assistência jurídica em audiência.

O Projeto que criou a Central de Conciliação estabeleceu como imprescindível e essencial a presença do Advogado na audiência, porque o procurador estabelece uma relação de confiança com os seus clientes. Conduzir uma audiência com a parte acompanhada de advogado facilita sem dúvida, o diálogo e a compreensão acerca dos aspectos jurídicos discutidos. A experiência na atividade jurisdicional mostra que os sujeitos em conflito nas audiências, ficam muitas vezes vulneráveis e inseguros, se não estiverem assistidos por um Procurador.

Ao falar sobre o Advogado na audiência de conciliação, Demarchi (2007) afirma que:

É importante ressaltar que os advogados têm papel fundamental no desenvolvimento de uma tentativa de conciliação. Os advogados têm a missão de orientar juridicamente as partes e auxiliá-las na adequada compreensão dos interesses em debate e nas consequências de eventual acordo.¹⁴⁹

Sabe-se que é comum o Advogado informar às partes envolvidas no conflito, sobre as possibilidades de êxito ou os riscos advindos do prosseguimento da demanda. Não é raro ouvir as partes questionar aos advogados se estes devem ou não transigir em audiência, ou mesmo pedir-lhes autorização ao conciliador para se ausentar da sala de audiência para conversar reservadamente com seu Procurador, em virtude da confiança e credibilidade depositada no profissional. Partilha-se do entendimento da indispensabilidade do Advogado para a audiência de conciliação.

Leal (2005), ao tratar da indispensabilidade do Advogado na Administração da Justiça, em sua obra *Relativização da Coisa Julgada*, afirma:

Assim, por imperativo constitucional, o pressuposto subjetivo de admissibilidade concernente à capacidade postulatória, para a existência legítima de *Processo, Ação e Jurisdição*, flexibilização ou adoção facultativa, porque os procedimentos jurisdicionais estão sob regime de normas fundamentais que implicam o controle da Jurisdição pelo Advogado (CR, art. 133) e que somente se faz pela presença

¹⁴⁹ DEMARCHI, Juliana. Técnicas de Conciliação e Mediação. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo, LAGRASTA NETO, Caetano. **Mediação e Gerenciamento do Processo**. São Paulo: Editora Athas S.A., 2007, p. 56.

indeclinável do advogado na construção dos procedimentos jurisdicionais (litigiosos ou não). O que se extrai do art. 133 da CR/88 é que, muito mais que o retórico controle do Judiciário, há de se estabelecer, de imediato, por consectário constitucional, com pronta revogação ou declaração de inconstitucionalidade de leis adversas, o controle da atividade jurisdicional pelo Advogado.¹⁵⁰

Os Advogados geralmente são contratados pelos jurisdicionados. Entretanto, se os mesmos não dispõem de recursos financeiros para contratar os serviços profissionais de um advogado, nem mesmo esta limitação financeira impede a assistência jurídica, podem recorrer à Defensoria Pública ou mesmo aos Núcleos de Prática Jurídica das Universidades.¹⁵¹ O convívio diário com a classe dos advogados também demonstra que grande parte dos advogados colabora com o objetivo conciliatório e com o Judiciário, e ainda prestam assistência gratuita aos necessitados.¹⁵² Atualmente, é usual a assistência jurídica, ainda que somente para a realização da audiência e orientação da parte interessada em audiência. O que é imprescindível é a assistência jurídica, independentemente da condição financeira.

Esse assunto também preocupou Cappelletti (1994), ao tratar do acesso à justiça quando afirma:

Assim, o movimento de acesso à Justiça e sua terceira onda, que enfatiza a importância dos métodos alternativos de solução de litígios, reflete o núcleo mesmo dessa filosofia política; a filosofia para a qual também os pobres fazem *jus* à representação e informação, também os grupos, classes, categorias não organizadas deverão ter meios eficazes; enfim, uma filosofia que aceita remédios e procedimentos alternativos, na medida em que tais alternativas possam ajudar a tornar a justiça equitativa e mais acessível.¹⁵³

9.3.1 Da atuação da Equipe Interdisciplinar

¹⁵⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização da Coisa Julgada**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005, p. 47-48.

¹⁵¹ Na Central de Conciliação de Belo Horizonte atuam diariamente várias Universidades e Faculdades através dos professores responsáveis pelos Núcleos de Prática Jurídica. De modo interessante os professores comparecem acompanhados dos alunos, que participam das audiências.

¹⁵² Não se pode deixar de registrar que os Advogados que militam junto à Central de Conciliação de Belo Horizonte, sempre que solicitados, são normalmente cooperativos na realização das audiências, prestando assistência jurídica gratuitamente àqueles que comparecem desacompanhados de Advogado. Há situações reais em que o Advogado presta assistência jurídica à parte hipossuficiente em audiência, e após realizado o acordo, ou mesmo se frustrado, o advogado entrega à parte um cartão colocando-se a disposição dela para assisti-la gratuitamente, se assim ela a desejar.

¹⁵³ CAPPELLETTI, Mauro. Os Métodos Alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça. **Revista de Processo**. RT: Doutrina Internacional, n. 74, ano 19, abril-junho/94 p. 96.

Denomina-se equipe interdisciplinar na Central de Conciliação, aquela integrada por juízes, psicólogos, assistentes sociais, conciliadores, entre outros profissionais. A interdisciplinaridade refere-se aos diversos conhecimentos específicos de cada categoria profissional que, somados, contribuem para o bom êxito dos trabalhos.

Tal como os juizes, os psicólogos e assistentes sociais, comparecem à sala de audiência sempre que solicitada a sua presença. A permanência dos psicólogos e assistentes sociais na Central de Conciliação tem apresentado resultados favoráveis quanto aos serviços oferecidos por esses profissionais durante a audiência de conciliação. Os assistentes sociais em sua formação, normalmente estabelecem vínculos entre os sujeitos, com aqueles que se comunicam mal, ou mesmo com aqueles que não se comunicam. O trabalho dos assistentes sociais não consiste somente no assistencialismo, mas procuram reintegrar o cidadão à sociedade fazendo com que ele seja capaz de participar e construir as decisões que refletirão em sua vida.

A atuação dos assistentes sociais e psicólogos em audiência muito contribui para a capacitação da parte envolvida no conflito referente à participação e auxílio na construção da decisão¹⁵⁴, objetivando solucionar o seu problema.¹⁵⁵

Merece destaque o entendimento de Six (2001), quando afirma:

Os assistentes sociais tomaram consciência de que seria necessário evitar o assistencialismo; trata-se de ajudar a qualquer um, de maneira tal que não se fique dentro de uma síndrome de assistência. E todos os estudos que foram feitos nesses últimos anos a respeito da exclusão mostram bem a evolução: é preciso fazer tudo de um lado, para que os excluídos possam reintegrar-se o mais possível eles mesmos, e , de outro lado para que os

¹⁵⁴ Não é raro o comparecimento em juízo de determinadas pessoas que preferem se omitir, silenciar, afirmando que não sabem como resolver seus problemas. Não é raro que as partes afirmem que preferem aguardar uma decisão judicial e que não têm interesse em se manifestar no decorrer da audiência. O direito de manifestação do cidadão é respeitado. Entretanto, muitas vezes a ausência de manifestação ocorre por desconhecimento ou falta de interesse na sua capacitação e estruturação na solução do conflito. Com a presença dos psicólogos ou assistentes sociais, é possível fazer algumas abordagens mais direcionadas ao conflito e chegar a uma composição amigável, sendo a decisão construída pelas partes e conforme suas pretensões.

¹⁵⁵ Não é raro ouvir as pessoas em audiências se omitirem e afirmarem que preferem não manifestar suas opiniões, deixando que seu problema seja resolvido de outra forma, isoladamente por um juiz. Esse posicionamento parece muito cômodo, porque procura delegar a um terceiro a solução do conflito, fazendo com que o destinatário não tenha compromisso com a decisão encontrada, porque dela não participou e muitas vezes, não concorda. A participação dos psicólogos e assistentes sociais, com abordagens próprias de cada área, muito contribui para essa conscientização e responsabilização de cada um na resolução do conflito.

assistidos não se tornem passivos a ponto de tornarem-se rapidamente excluídos.¹⁵⁶

As psicológicas e assistentes, na Central de Conciliação, participam das audiências, conversam com as partes envolvidas no conflito e seus procuradores apresentam universos diversos que os mesmos, muitas vezes, são incapazes de reconhecer. Com essa atuação e possibilidade de diálogo no decorrer das audiências evita-se, na maioria das vezes, a realização de laudos e estudos psicosociais que são realizados através de visitas domiciliares e entrevistas.

Além da atuação e participação em audiência, os psicólogos e assistentes sociais participam do treinamento dos conciliador-estagiários em virtude do conhecimento específico, e exercem outras atividades que serão expostas no momento oportuno.

CAPÍTULO X

EXPANSÃO DO PROJETO DE CONCILIAÇÃO

¹⁵⁶ SIX, Jean François. **Dinâmica da Mediação**. Tradutoras: Águida Arruda Barbosa, Eliana, Riberti

10.1 Diversidade de possibilidades de conciliação e resultados de término de conflitos em razão das atividades da central

A Central de Conciliação na Comarca de Belo Horizonte está em funcionamento desde 2002, e a partir desta época, funciona com um número reduzido de funcionários que recebem, movimentam e devolvem os processos diariamente, possibilitando o andamento da marcha processual sem atrasos ou percalços.

Considerando o número de audiências realizadas na Central de Conciliação e o resultado daí advindo – vários e vários conflitos chegaram ao fim -, seja a título de transação ou mesmo de andamento processual, o Tribunal de Justiça, em 2004 resolveu estendê-la para o interior do Estado de Minas Gerais. Realizou primeiramente reuniões nas Comarcas, divulgando os trabalhos da Central de Conciliação com o objetivo de conscientizar sobre a importância da conciliação para o jurisdicionado. Atualmente, a Central de Conciliação está instalada em Comarcas do Estado de Minas Gerais.

A Conciliação, como um dos métodos alternativos de resolução de conflitos é mais adequado para dirimir os conflitos, os quais muitas vezes, não alcançam uma solução mais adequada, permanecendo os litígios em todas as instâncias. Sabe-se que nem mesmo as decisões dos Tribunais Superiores significam solução do conflito, porque a resistência ao cumprimento das decisões ainda permanece.

Calmon (2006) ao tratar das soluções alternativas de conflito, considera que os mecanismos processuais tradicionais não mais conseguem resolver os conflitos:

Os mecanismos processuais de controle dos conflitos não mais conseguem exercer o papel de absorver tensões, dirimir conflitos, administrar disputas e neutralizar a violência. Ao contrário, em muitas hipóteses, a intervenção estatal pelo Judiciário parece mais acirrar as divergências. O fenômeno atinge a todos, sejam países da *common law*, que adotam para o Judiciário o sistema de precedentes; sejam nações que, como o Brasil, pautam-se no sistema da legalidade ou da segurança jurídica, a *civil law*. As instituições judiciais parecem minúsculas para enfrentar a nova onda de demandas, e pela lentidão e ineficiência, vão perdendo parte da

jurisdição. Afinal, o tempo do Judiciário tornou-se incompatível com a velocidade da vida.¹⁵⁷

Pode-se dizer que, na Democracia instituída a partir da Constituição brasileira de 1988, a solução dos conflitos através da decisão construída pelas partes e no cumprimento do acordo feito, preserva a relação que foi abruptamente, muitas vezes, interrompida, em virtude do conflito. O acordo ajustado voluntária e conscientemente pelas partes envolvidas possibilita o cumprimento do que foi ajustado e evita a posterior execução ou mesmo interposição de recursos.

Cappelletti (1994) ao falar dos meios alternativos de solução de conflitos, adota o mesmo entendimento:

Primeiro, há situações em que a justiça conciliatória (ou coexistência) é capaz de produzir resultados que, longe de serem de segunda classe são melhores, até quantitativamente, do que os resultados do processo contencioso. A melhor ilustração é ministrada pelos casos em que o conflito não passa de um episódio em relação complexa e permanente; aí, a justiça conciliatória, ou conforme se lhe poderia chamar, a justiça reparadora tem a possibilidade de preservar a relação, tratando o episódio litigioso antes como perturbação temporária do que como ruptura definitiva daquela; isto, além do fato de que tal procedimento costuma ser mais acessível, mais rápido e informal, menos dispendioso, e os próprios julgadores podem ter melhor conhecimento do ambiente em que o episódio surgiu e mostrarem-se mais capazes e mais desejosos de compreender o drama das partes.¹⁵⁸

Sob todos os aspectos aqui muitas vezes relatados, pode-se concluir que é democrática a conciliação e não existem razões para não aplicá-la. Em várias oportunidades, seja na fase inicial¹⁵⁹, na audiência do art. 331 ou mesmo do art. 447 do Código de Processo Civil, considera-se adequada.

Andrighi (1996), ao falar sobre o Instituto da conciliação e as inovações do Código de Processo Civil, comenta:

¹⁵⁷ CALMON ALVES, Eliana. **Poder Judiciário**: enfoque para as soluções alternativas de conflito. Disponível em: <<http://stj.gov.br/dspace/handle/2011/3075>> Acessado em 11 fev. 2008.

¹⁵⁸ CAPPELLETTI, Mauro. Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça Doutrina Internacional. **Revista de Processo n. 74**, ano 19, abril-junho, 1994.p. 90.

¹⁵⁹ Acredita-se que na fase inicial a conciliação é muito adequada para as partes evitando o acirramento do conflito. Entretanto, a qualquer momento deve ser proposta ou mesmo renovada, não existindo razões para a não tentativa de conciliação.

Entre as alterações trazidas pela legislação reformista, a conciliação exsurge como instrumento processual de vital importância para a obtenção da imprescindível celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. O instituto da conciliação não constitui novidade, tendo em vista o seu disciplinamento no art. 447 e seguintes, foi, porém, inovado quanto ao momento processual em que deve ser proposta a conciliação (art. 331) e quanto ao desdobramento processual, caso não ocorra a transação. A experiência conciliatória, como meio de evitar o processo e de solucionar os já em andamento, tem encontrado espaço, cada vez mais amplo, nos ordenamentos jurídicos de todos os países em face da sua comprovada eficiência.¹⁶⁰

O Projeto criador da Central de Conciliação, implantado inicialmente nas Varas de Família da Comarca de Belo Horizonte, foi estendido, com o decorrer dos anos para as Varas Cíveis, da Fazenda Pública Estadual, Vara de Precatórias Criminais, Vara de Feitos Tributários e Vara da Fazenda Pública Municipal, cuja trajetória será abaixo descrita, considerando que também os litígios tiveram fim rapidamente.

10.2 A Conciliação nas Varas de Família de Belo Horizonte

Como já dito anteriormente, a proposta de conciliação prévia começou com os processos das Varas de Família da Comarca de Belo Horizonte, Minas Gerais.

O objetivo foi o de possibilitar a realização de audiência logo após o ajuizamento da ação, possibilitando a escuta das partes envolvidas no conflito, acompanhadas de seus Procuradores. Participaram dos trabalhos iniciais as 11 (onze) Varas de Família da Capital que agendavam diariamente 110 (cento e dez) audiências.

¹⁶⁰ ANDRIGHI, Fátima Nancy. O Instituto da Conciliação e as Inovações introduzidas no Código de Processo Civil. ADV (Advocacia Dinâmica). **Seleções Jurídicas**, Junho, 1996, p. 13.

Geralmente, os conflitos familiares envolvem questões sociais¹⁶¹ ou psicológicas,¹⁶² que inviabilizam o diálogo entre as pessoas e conseqüentemente, frustram a conciliação. Com a intervenção de profissionais especializados (psicólogos e assistentes sociais) é possível chegar a um acordo. Caso contrário, se as partes e os advogados tiverem interesse em um acordo, não sendo possível sua realização naquela audiência por depender de outros fatores ou de terceiros, poderá ser designada outra.

A redesignação da audiência apresenta-se adequada para as partes, porque possibilita uma reflexão sobre o que disseram e ouviram, e muitas vezes em um outro momento, o acordo é possível. Se for o caso, e as partes envolvidas no conflito tiverem interesse, os psicólogos poderão atendê-las conjuntamente, acompanhadas ou não de seus advogados, como queiram sobre os problemas apresentados em audiência. Após (2) dois ou (3) três encontros, no máximo, as partes e seus procuradores retornam à audiência designada. O juiz que participou da primeira audiência naquele caso em que a mesma foi remarcada, preferencialmente, acompanha a audiência remarcada, evitando maior exposição dos fatos e preservando a intimidade da família.¹⁶³

Foram designadas na Central de Conciliação de Belo Horizonte desde a sua implantação em setembro de 2007 até dezembro de 2007, 84.849 (oitenta e quatro

¹⁶¹ Em direito de família todos os problemas que a afetam são apresentados em audiência, via de regra. Dentro do contexto social temos um grande número de problemas com vícios (dependência de álcool, substância entorpecente) desemprego. É comum os assistentes sociais abordarem esses problemas e não raro, fazem o encaminhamento das partes para os locais onde possam receber atendimento.

¹⁶² Dentro do contexto psicológico o que mais se apresenta em audiência, é a desestrutura emocional das partes envolvidas no conflito, seja em relação à separação, divórcio e guarda de filhos. Não é raro também a ausência de relacionamento e contato entre as partes envolvidas no conflito, que se apresentam quase como estranhas para tratar de problemas familiares. Em certa oportunidade foi realizada uma audiência na Central de Conciliação em que uma família discutia sobre a guarda dos filhos e pensão alimentícia. Foi possível a conciliação entre as partes após a exposição das partes, intervenção do psicólogo e manifestação judicial. Antes do término da audiência o pai afirmou que fazia oito (8) anos que não conversavam e a família não se reunia ao redor de uma mesa. Verifica-se que a conciliação possibilita não só a resolução do conflito, bem como possibilita o dialogo entre os envolvidos, muitas vezes, afastando as arestas.

¹⁶³ Foi criada na Central de Conciliação uma extensão dos trabalhos desenvolvidos em audiência pelos psicólogos, denominada *Programa de Atenção à Família*. O psicólogo que atua na audiência verifica se o contato em outra oportunidade com as partes e os advogados auxiliará na resolução do conflito. Em sendo o caso, marcará dia e horário, e todos serão intimados para comparecer, quando então terão maior oportunidade de manifestação. Se necessário poderão ser agendados outros encontros. O desfecho ocorre em audiência, quando as partes fizeram acordo ou mesmo, se este não foi possível, prossegue-se o feito conforme determinado no despacho do juiz da vara de origem. Na segunda e última audiência estarão presentes o mesmo juiz e psicólogo que atuaram na primeira audiência, para encerrarem o caso na Central de Conciliação.

mil, oitocentos e quarenta e nove) audiências. O número de audiências realizadas com a presença das partes e de seus Procuradores corresponde a 57.724 (cinquenta e sete mil, setecentos e vinte e quatro) audiências.¹⁶⁴ Foram realizadas 57.724 (cinquenta e sete mil, setecentos e vinte e quatro) audiências, sendo que destas a conciliação logrou êxito em 35.345 (trinta e cinco mil, trezentos e quarenta e cinco) audiências, correspondentes a 61,23%.

10.3 A Conciliação nas Varas Cíveis de Belo Horizonte

Quanto às varas cíveis, as audiências são designadas normalmente em feitos relativos à cobrança de condomínio, de mensalidades escolares, de honorários advocatícios, entre outros. E ainda, nas ações monitórias de despejo, e no procedimento sumário¹⁶⁵, execução, embargos, entre outros. É comum os encaminhamentos de autos referentes a outras ações, tais como indenização, rescisão contratual, entre outros.

É comum acontecer nas audiências cíveis, as partes e os advogados afirmarem logo na abertura que não há interesse em fazer acordo, e sequer permitir que a parte adversa e seu procurador manifestem seus pontos de vista.

Registre-se, inicialmente, que o comparecimento (das partes e seus procuradores) à audiência não é obrigatório, mas quando isto acontece apesar de alguma indisposição para um ouvir o outro e de transigir, não deve ser perdida a oportunidade para ouvir o que os presentes têm a dizer. É importante o reconhecimento do simples fato de lá estarem e isso deve ser interpelado pelo conciliador.

Na Central de Conciliação da Comarca de Belo Horizonte, são disponibilizados três dias por semana para realização das audiências, em apenas

¹⁶⁴ Quando as partes não comparecem às Varas de Família, normalmente inviabiliza a realização do acordo, porque as questões são muito pessoais. Envolvem a guarda de filhos, pensão alimentícia, regulamentação do direito de visitas, partilha de bens, entre outros. Se as partes estão ausentes e a tentativa de conciliação resta frustrada por esse motivo, considera-se audiência designada, porém não realizadas.

¹⁶⁵ Se frustrada a tentativa de conciliação no procedimento sumário, a parte requerida apresenta a defesa concedendo-se a oportunidade ao requerente para manifestação no prazo legal.

um turno. Se realizado o acordo, ocorre sua homologação, caso contrário, cumpre-se o despacho constante nos autos da vara de origem.

De agosto de 2003 a dezembro de 2007, foram agendadas na Central de Conciliação 18.178 (dezoito mil, cento e setenta e oito) audiências e realizadas com a presença das partes ou de seus procuradores, com poderes para transigir 10.879 (dez mil, oitocentos e setenta e nove) audiências. Com acordo, foram 2.043 (duas mil e quarenta e três) audiências, correspondentes a 18,77%.¹⁶⁶

10.4 A Conciliação nas Varas da Fazenda Pública

A Central de Conciliação passou a realizar audiências para as varas da Fazenda Pública Estadual, tornando-se uma inovação a realização de audiências nestas varas, devido à antiga idéia da impossibilidade do ente público transigir. Entretanto, percebeu-se que não existe impedimento legal para que a tentativa de conciliação aconteça. Além das ações envolvendo o Estado¹⁶⁷, foram também encaminhadas ações referentes à COPASA e à CEMIG.¹⁶⁸

¹⁶⁶ O índice de acordo com as ações cíveis não é considerado elevado. Entretanto, deve ser considerado que, se frustrado o acordo, agiliza-se o andamento processual. Excluindo as audiências em que as partes ou seus advogados estiverem ausentes ou que logrou êxito o acordo, quanto às demais remanescentes, os autos são tomados os seguintes procedimentos: procede-se a juntada da defesa ou à abertura do prazo de defesa, registram-se as provas que as partes pretendem produzir, requerimento de julgamento antecipado da lide, ou mesmo conclusos para apreciação.

¹⁶⁷ São encaminhadas ações em que o Estado é requerente ou credor. Foram realizadas algumas audiências em que o Estado era o credor e em outras, o devedor. Para melhor explicar quando o Estado é o credor: um funcionário público se envolve em um acidente de trânsito com um terceiro ou com um outro funcionário público. Solucionado o problema, fazem acordo para pagamento parcelado da dívida, havendo então a possibilidade de o acerto ser descontado em folha de pagamento, quando se tratar de funcionário público. Quando se tratar de ações em que o Estado é o devedor, o pagamento deve obedecer a Requisição de Pequeno Valor (RPV), como por exemplo, ajustar um acordo entre o Tribunal de Justiça e o Estado de Minas Gerais que estabelece um valor de R\$500,00 (quinhentos reais) por certidão para pagamento aos advogados dativos. Foram distribuídos no ano de 2007 aproximadamente 2000 (dois mil) processos dessa natureza e, em grande parte deles, o Estado efetuou o pagamento, mediante RPV. Conforme informado pela Procuradoria do Estado, em muitos casos, o custo do processo para o Estado é maior que o valor a ser pago ao advogado dativo.

¹⁶⁸ Quanto à COPASA e à CEMIG quando possível o acordo, procede-se a um desconto ou mesmo a um parcelamento de até 06 (seis) ou 60 (sessenta) parcelas fixas, conforme cada situação, que será cobrada na próxima conta mensal do usuário. Resolve nestes casos o corte de energia elétrica que normalmente está garantido por ação cautelar ou tutela antecipada.

De maio a dezembro de 2007, a Central de Conciliação realizou 1.039 (um mil e trinta e nove) audiências para as varas da Fazenda Pública Estadual, sendo que o índice de acordo corresponde a 50% (cinquenta por cento) ou seja, 443 (quatrocentos e quarenta e três) audiências.

10.5 A Conciliação na Vara de Precatórias Criminais de Belo Horizonte

A Central de Conciliação iniciou a realização das audiências para a Vara de Precatórias Criminais de Belo Horizonte exclusivamente nos casos de advertência (Lei de Tóxicos), Transação Penal e Suspensão (Lei 9.099/95).¹⁶⁹

De junho a dezembro de 2007 foram designadas 430 (quatrocentos e trinta) audiências, sendo realizadas 278 (duzentos e setenta e oito) com acordo em 197 (cento e noventa e sete) que correspondem a 70,86%.

10.6 A Conciliação nas Varas de Feitos Tributários e da Fazenda Pública Municipais de Belo Horizonte

A expansão do Projeto que criou a Central de Conciliação se traduziu pela possibilidade de sua implantação nas Varas de Feitos Tributários e Municipais de Belo Horizonte, as quais possuem acervo processual em torno de 10.000 (dez mil), 24.000 (vinte e quatro mil), respectivamente, em cada vara. Foram realizadas algumas reuniões e assinado um ajuste entre a Procuradoria do Estado de Minas Gerais e a Prefeitura de Belo Horizonte para a realização das audiências de conciliação.

Para se alcançar tal intento, ajustou-se a possibilidade de condições mais elásticas para pagamento à vista ou parcelado para o cidadão; e de outra maneira,

¹⁶⁹ É interessante abordar conciliação em matéria criminal. Entretanto, pode-se conscientizar e capacitar o infrator para aplicação de uma pena de advertência, para transação penal e mesmo para o cumprimento da suspensão condicional do processo. A aplicação dos recursos, quando se trata de multa, também é distribuída entre as entidades carentes de forma equitativa, inclusive para os abrigos de menores da Vara da Infância e Juventude que não recebem verba governamental para sua manutenção.

os limites e condições das pessoas jurídicas de direito público efetuarem os pagamentos. Ponderou-se sobre as vantagens da conciliação como uma via de mão dupla para os órgãos estatais, que tanto poderiam receber seus créditos dentro de um lapso temporal mais encurtado, como também mecanismos mais ágeis para os credores dos entes públicos receberem seus valores em um prazo razoável, de forma menos burocrática.

O acordo deverá alcançar tanto as ações em que os entes públicos figuram como Requerentes ou Requeridos. Ajustou-se que, sendo o ente público credor, estatal ou municipal, deverá ocorrer um desconto para pagamento à vista e opções para pagamento parcelado. Caso contrário, ou seja, sendo o ente público devedor, admite-se a realização de acordo com pagamento no prazo de até noventa (90) dias, obedecido o limite da Requisição de Pequeno Valor.¹⁷⁰

Iniciada nas Varas da Fazenda Pública Municipal as audiências de tentativa de conciliação, a proposta era fazer em ações diversas envolvendo os dois entes públicos. Existindo um número significativo de ações fiscais junto às Varas da Fazenda Pública Municipal, a proposta é também fazer audiências envolvendo essas ações.

Verificaram-se após todas essas decisões e assinaturas dos convênios que foram propostos ao Presidente da República, anteprojetos de leis que visassem levar a conciliação para as execuções fiscais. A matéria foi veiculada no Diário do Comércio e consta na Revista Consultor Jurídico, datada de 11 de junho de 2007 sob o título *Conciliação no Fisco*.

O Presidente Luís Inácio Lula da Silva receberá, nesta semana, dois anteprojetos de lei que visam a mudar a forma como as dívidas tributárias são cobradas. Elaboradas pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, as propostas têm o mérito de tentar desburocratizar e, ao mesmo tempo, aliviar a sobrecarga de ações de execução fiscal em tramitação nos tribunais do país. Para isso, uma das proposições prevê a criação de mecanismos que levem à adoção de meios alternativos ao processo judicial para solucionar conflitos, entre eles a conciliação. A informação é do Jornal do Commercio.¹⁷¹

¹⁷⁰ Em virtude do ajuste feito, a Prefeitura Municipal editou a Lei 2007 autorizando o valor da Requisição de Pequeno valor (RPV) de 5 (cinco) salários mínimos que correspondem a R\$1.900,00 (hum mil e novecentos reais) para R\$5.000,00 (cinco mil reais).

¹⁷¹ SOUZA, Giselle. Fisco quer adotar a conciliação. Fazenda vai propor novo procedimento para a cobrança de dívida tributária, fora do Judiciário. **Jornal do Comércio**, 11 jun. 2007. Disponível em: <<http://lawyer48.wordpress.com/2007/06/11/noticias-da-justica-4>> Acesso em 11 fev. 2008.

10.7 A Semana Nacional de Conciliação

Em 2006, o Conselho Nacional de Justiça lançou a campanha nacional pela conciliação, criando o Dia Nacional da Conciliação em 08 (oito) de dezembro, com o lema *Conciliar é Legal*. O Tribunal de Justiça fez a campanha com o lema *Conciliar é legal e faz bem!*

Em 2007, a campanha foi estendida com o mesmo lema para a Semana Nacional de Conciliação, que ocorreu nos dias 03 a 08 de dezembro.

A Ministra do Supremo Tribunal Federal, Ellen Gracie, proferiu a abertura da Semana Nacional de Conciliação em 03 de dezembro de 2007, no Fórum Lafayette, em Belo Horizonte, enfatizando a conciliação, quando afirmou: “busca-se não somente desobstruir as vias da justiça, mas também propiciar às próprias partes que participem ativamente da solução dos conflitos que se estabeleçam entre elas”.¹⁷²

Dentro da proposta apresentada pela mencionada Ministra, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais realizou a Semana Nacional de Conciliação em todo o Estado. As audiências foram agendadas nas Varas Cíveis, Criminais, Juizados Especiais, Central de Precatórios e Juizados de Conciliação em 186 (cento e oitenta e seis) Comarcas.

Os dados estatísticos divulgados pelo Tribunal de Justiça registraram 44.671 (quarenta e quatro mil, seiscentos e setenta e uma) pessoas atendidas em 15.877 (quinze mil, oitocentos e setenta e sete) audiências cíveis e 4.288 (quatro mil, duzentos e oitenta e oito) audiências criminais, sendo negociado o valor de R\$31.851.519,52 (trinta e um milhões, oitocentos e cinqüenta e um mil, quinhentos e dezenove reais e cinqüenta e dois centavos) em 6.517 (seis mil, quinhentos e dezessete) acordos realizados. O índice de acordo corresponde a 41,05%.

Nas Centrais de Conciliação, na Semana Nacional de Conciliação, em todo o Estado de Minas Gerais, foram designadas 4.216 (quatro mil, duzentos e dezesseis) audiências, sendo realizadas 3.334 (três mil, trezentos e trinta e quatro) com a realização de 2.080 (dois mil e oitenta) acordos que correspondem a 62,4%.

CONCLUSÃO

¹⁷² GRACIE, Ellen. Uberlândia divulga balanço positivo. Organização da Semana da Conciliação contou com o envolvimento dos Servidores. **Diário de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 28 dez. 2007. Suplemento Justiça, p.7.

Verificou-se no presente estudo que o Estado, no exercício da função jurisdicional, quando provocado, tem que aplicar o direito ao caso observado o ordenamento jurídico, exigência do Princípio da Legalidade, esculpido pelo inciso II, do artigo 5, da Constituição Brasileira. Existindo uma sobrecarga de trabalho e um grande número de processos na atividade jurisdicional, procuram-se meios para solucionar o conflito, observados o processo constitucional e o devido processo legal.

Com efeito, percebeu-se que a Conciliação está presente no Brasil desde a Constituição do Império até a atual Constituição. A constitucionalização da Conciliação é inquestionável, destacando-se seus princípios e objetivos que possuem várias semelhanças com aqueles previstos na norma constitucional. A Conciliação está regulamentada em diversos ordenamentos jurídicos e em especial no Código de Processo Civil brasileiro que a prevê em várias oportunidades. Prioriza-se a Conciliação, no âmbito judicial, por considerá-la adequada e suficiente para aplicação do direito ao caso concreto, porque um terceiro imparcial auxilia as partes na construção da decisão, sendo que, são os próprios construtores os destinatários finais da decisão compartilhada.

Considera-se imprescindível que os envolvidos no conflito sejam assistidos por procuradores, devidamente habilitados, pois a decisão será compartilhada, com finalização do conflito e resolução do mérito. Observa-se que, através desta autocomposição, que posteriormente é homologada judicialmente, ocorre livremente o cumprimento do que foi acordado e não há insurgência ou rediscussão do foi livremente pactuado.

As análises desta pesquisa podem concluir que para a realização da conciliação é necessário que se tenha um perfil adequado do conciliador para desempenhar a atividade conciliatória, com desenvolvimento e aprimoramento das qualidades essenciais à sua realização, podendo ser realizada por qualquer pessoa, desde que devidamente preparada e capacitada. Verificou-se que sendo o juiz o conciliador, sua atividade conciliatória não o impede da atividade julgadora em caso de frustração do acordo, se forem (ou uma vez que são) atividades distintas, devendo ser exercidas ambas as atividades, conciliatória e julgadora, se for o caso, com adequadas colocações e posições.

A experiência pioneira realizada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, quanto à realização da Conciliação por equipe interdisciplinar, com aplicação de métodos adequados à realização dos trabalhos foi exitosa, no sentido quantitativo, isto é, com um número expressivo de audiências realizadas e no sentido qualitativo, em razão do considerável número de acordos, sendo expandida para várias áreas e Comarcas do interior do Estado de Minas Gerais.

Percebeu-se que a Conciliação é viável nas Varas de Família, Cíveis, Fazenda Pública Estadual e Municipal e na Vara de Precatórias Criminais. Quanto às varas da Fazenda Pública Estadual e Municipal nota-se que os entes públicos podem transigir desde que não causem lesão aos cofres públicos. Quanto às Varas Criminais, especialmente a Vara de Precatórias Criminais se aplica a Lei 9.099/95, especialmente quanto à transação, suspensão condicional do processo e advertência.

Analisando a Semana Nacional da Conciliação, foi possível percebê-la bem sucedida, pois possibilitou em um curto espaço de tempo o comparecimento do jurisdicionado e seus procuradores em audiência com a realização da autocomposição em vários processos, ou mesmo a agilidade do andamento processual. Considerados os dados estatísticos divulgados pelo Tribunal de Justiça no Diário do Judiciário, foi perceptível o grande número de processos em que o acordo foi possível, finalizando o conflito e resolvendo o mérito.

Conclui-se que a conciliação, prevista em nosso país desde a Constituição do Império até os dias atuais, é o meio democrático que possibilita ao jurisdicionado participar e construir da decisão que futuramente terá que cumprir ou mesmo suportar seus efeitos. Sendo o jurisdicionado o construtor da decisão e seu destinatário final deve ter a oportunidade de manifestar, assistido por procurador habilitado, sendo-lhe garantido o direito de ampla defesa, contraditório e igualdade de oportunidade e participação na construção do provimento final.

É interessante ressaltar que a realização da Conciliação com a presença das partes e de seus procuradores, com a participação de uma equipe interdisciplinar composta por juízes, psicólogos, assistentes sociais e conciliador-estagiários, demonstrou ser bem sucedida para o Judiciário e o jurisdicionado.

Assim sendo, deve se multiplicar por outras Comarcas e áreas, tais como cível, fazenda pública estadual e municipal, bem como no criminal, em especial quanto à transação, suspensão condicional do processo e advertência.

Enfim, percebe-se que a conciliação é vantajosa uma vez que, com a observância do devido processo constitucional e legal, torna possível a agilização do andamento processual sem sumarizar o procedimento, finalizando o conflito com resolução de mérito, sem descumprimento ou futura discussão do que foi livremente ajustado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Eliana Calmon. Poder Judiciário: enfoque para as soluções alternativas de conflito. **Biblioteca digital do Superior Tribunal de Justiça - BDjur**. Produção Intelectual dos Ministros do STJp. 2006, p. 4. Disponível em: <<http://stj.gov.br>>. Acessado em 11 fev. 2008.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. **O Instituto da Conciliação e as Inovações introduzidas no Código de Processo Civil**. São Paulo: ADV (Advocacia Dinâmica) Seleções Jurídicas, Jun. 1996, p. 13 -15.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1 ed. 1984, p. 347-348, 356.

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. Rio de Janeiro: Simões, 1974, p. 70-71.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Resolução nº. 407, 2003. Regulamenta o Projeto de Conciliação. Portaria Conjunta n 004/2000 (institui as Centrais de Conciliação), de 12 fev. 2003. **Diário do Judiciário de Minas Gerais**, 2003.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Resolução 407. art.3º, de 12 fevereiro de 2003. **Diário do Judiciário de Minas Gerais**, 2003.

BRÊTAS C. Dias Ronaldo. **Da Responsabilidade do Estado pela função Jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, 240 p.

BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. A Reforma do Judiciário e os Princípios do Devido processo Legal e da Eficiência. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**. Brasília, v. 80, n. XXXV, p. 114, 2005.

BRÊTAS C. Dias, Ronaldo. Direito à Jurisdição Eficiente e Garantia da Razoável Duração do Processo na Reforma do Judiciário. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte, v.8, n.15, 2005, p. 230-240.

BRÊTAS, C. Dias Ronaldo; NEPOMUCENO Luciana Diniz (Coord. Co-autores). **Processo Civil Reformado**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007, p. 225.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, 364 p.

CALMON ALVES, Eliana. **Poder Judiciário**: enfoque para as soluções alternativas de conflito. Disponível em: <<http://stj.gov.br/dspace/handle/2011/3075>> Acessado em 11 fev. 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. Os Métodos Alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça. **Revista de Processo**. RT: Doutrina Internacional, n. 74, ano 19, abril-junho, 1994, p. 90, 93, 96.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Processo Constitucional. **Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais**, vol. 11, p. 15, 1995.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2001, p. 205.

CHAVES, Ricardo Lebug. **A Epistemologia Histórica e o Fenômeno da Constitucionalização do Direito Civil**. Minas Gerais: UNA, 2006, p. 35.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 30-31.

DERMACHI, Juliana. Técnicas de Conciliação e Julgamento. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano. **Mediação e Gerenciamento do Processo**. São Paulo: Editora Atlas, S.A., 2007, 166 p.

FABRETTI, Daniel. Conciliação e Mediação em Juízo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO; Caetano. **Mediação e Gerenciamento do Processo**. São Paulo: Editora Atlas, S.A., 2007, 166 p.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Trad. Elaine Nassif, Campinas, São Paulo: Editora Bookseller, 2006, p. 112.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2 ed. 25ª impressão, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

GIANULO, Wilson. **Conciliação**. São Paulo: ADV (Advocacia Dinâmica) Seleções Jurídicas, Set. 2003, p. 38-39.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro, Editora Aide, 1992, 220 p.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Editora Rideel. 9 ed. 2006, p. 119, 189.

GRACIE, Ellen. Uberlândia divulga balanço positivo. Organização da Semana da Conciliação contou com o envolvimento dos Servidores. **Diário de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 28 dez. 2007. Suplemento Justiça, p.7.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano. **Mediação e Gerenciamento do Processo**. São Paulo: Editora Athas, S.A - São Paulo, 2007, 166 p.

KEPPEN, Luiz Fernando Tomais. Aspectos da Reforma do Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, out/dez. 1996, n. 84, p. 51.

LEAL, André Cordeiro, **O contraditório e a Fundamentação das Decisões no Direito Processual Democrático**. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2002, p. 106.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização da Coisa Julgada**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005, p. 47-48.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo. Editora Thomson IO, 2005, 139 p.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Editora Landy, 2002, 206 p.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de Processo Civil Interpretado**. 6 ed. Barueri, São Paulo: Manole, 2007, p. 86, 121.

MACIEL, Omar Serva. **Princípio da Subsidiariedade e Jurisdição Constitucional**, Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2004 p. 143.

MARÇAL, Antônio Cota. Princípio: Estatuto, função e usos no Direito. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Constituição, Direito e Processo**. Curitiba: Editora Juruá, 2007, p. 35.

MISSAGGIA, Clademir: Audiência Preliminar: Indicativos de um Itinerário para uma Jurisdição Cível Justa e Efetiva. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 78, p.107-108, jun. 2000.

NASSSIF, Elaine. **Conciliação Judicial e Indisponibilidade de Direitos - Paradoxos da Justiça menor no Processo Civil e Trabalhista**. São Paulo: Editora LTr, 2005, p. 40, 151.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. **Revista Síntese de direito civil e processual civil**. Porto Alegre: Síntese, n. 29, maio-jun./2004. p. 73-75.

OLIVEIRA, Ângela (Coord). **Mediação: Uma nova mentalidade**. Mediação: Métodos de Resolução de Controvérsias. São Paulo: LTr, 1999, p. 102

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **A Prática da mediação e o Acesso à Justiça**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006, p. 161.

RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **As Formas Alternativas de Resolução de Conflitos**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007, p. 50-73.

SALES, Lilia Maia de Moraes. **Justiça e Mediação de Conflitos**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004, p. 35-40.

SERPA, Maria de Nazareth. **Theoria e Prática da Mediação de Conflitos**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 1999, p. 67-68.

SIX, Jean François. **Dinâmica da Mediação**. Tradutoras: Águida Arruda Barbosa, Eliana, Riberti Nazareth, Giselle Groeninga. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001, 300 p

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001, 566 p.

SOUZA, Giselle. Fisco quer adotar a conciliação. Fazenda vai propor novo procedimento para a cobrança de dívida tributária, fora do Judiciário. **Jornal do Comércio**, 11 jun. 2007.

Disponível em: <<http://lawyer48.wordpress.com/2007/06/11/noticias-da-justica-4>> Acesso em 11 fev. 2008.

SOUSA, Lourival de J. Serejo. O acesso à Justiça e aos Juizados Especiais. **Revista dos Juizados Especiais**, Porto Alegre, n. 20, p. 31, ago. 1997.

SOUZA, Patrus Ananias de. **Estudos Continuados de Teoria do Processo**. Vol.1. Coordenado por Rosemiro Pereira Leal. Porto Alegre: Síntese, 2000.p. 32-33.

TAVARES, Fernando Horta. **Mediação & Conciliação**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, 160 p.

TAVARES, Fernando Horta (Coordenador). **Urgências de Tutela Processo Cautelar e Tutela Antecipada**. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 113-115.

TEHODORO JUNIOR, Humberto. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, vol. 14 Nov/ Dez. 2001, p. 8.

TORRES, Jasson Ayres. **O Acesso à Justiça e soluções alternativas**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005.

Tratado Internacional, Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica, p.4. Disponível em:

<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acessado em 16 mai. 2006.