

DA CONCILIAÇÃO, DA MEDIAÇÃO E DA ARBITRAGEM ENDOPROCESSUAL E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

J. S. Fagundes Cunha

RESUMO: O Código de Processo Civil recentemente aprovado introduz a conciliação e/ou a mediação endoprocessual prévia à discussão da demanda. Países como a Argentina e o Peru tem tradição na pesquisa e desenvolvimento de métodos e de modelos para a implementação de tais formas de resolução do litígio. No texto são abordados questionamentos de ordem sócio-política e econômica, como as críticas para o sistema de formas alternativas de resolução dos litígios. Discorre a respeito do histórico e experiências nos Juizados Especiais Cíveis que conformam um laboratório eficiente de onde as experiências muito podem contribuir para o aprimoramento do sistema. Recomenda a introdução das novas tecnologias da informação, inclusive com a possibilidade de realização de sessões de conciliação e de mediação *online*. Sustenta que o modelo de Justiça Coexistencial adotado na fase inicial do processo, supera em muito o desiderato da Justiça quando utilizado o método de Justiça Adversarial.

PALAVRAS CHAVES: conciliação endoprocessual, mediação endoprocessual, arbitragem endoprocessual, justiça coexistencial, justiça adversarial, novas tecnologias, audiência e sessão *online*.

“El instante supremo del derecho no es el del día de las promesas más o menos solemnes consignadas en los textos constitucionales o legales. El instante, realmente dramático, es aquel en que el Juez, modesto o encumbrado, ignorante o excelso, profiere su solemne afirmación implícita en el sentencia: ‘Ésta es la justicia que para este caso está anunciada en el Preámbulo de la Constitución’.

“No puede concebirse un Juez que diga sin temblor esás palabras. Detrás de ellas están no sólo la ley y la Constitución, sino la historia misma com el penoso proceso formativo de la libertad.

“Porque la constitución vive en tanto se aplica por los Jueces; cuando ellos desfallecen, ya no existe más.”

EDUARDO J. COUTURE



J. S. Fagundes Cunha

Pós Ph.D pelo Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, orientador o Prof. Boaventura de Sousa Santos. Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

DEDICATÓRIA

Dedico o presente trabalho ao Eminentíssimo Magistrado LUIS TORELLO, da Suprema Corte do Uruguai, processualista de mão cheia, como agouro de uma integração dos juristas do Cone Sul. Com apreço.

I. Prolegômenos

O Prof. Luiz Henrique VOLPE CAMARGO, um dos artífices do novo Código de Processo Civil, proferiu notável conferência no I Congresso Sulbrasileiro de Direito Processual Civil, realizado pela Universidade Estadual do Norte Pioneiro – Paraná, por seu Programa de Pós Graduação em Direito – Mestrado, discorrendo a respeito das inovações do novo diploma legal, elencando cinco as quais entende as mais inovadoras e que contribuem para uma justa e pronta prestação jurisdicional.

A primeira inovação por ele ressaltada como de maior importância foi o modelo de conciliação e de mediação endoprocessual que inovam o que antes se encontrava no Código de Processo Civil.

Durante sua apresentação disse do exemplo de duas irmãs que pretendem uma parte de uma laranja, a qual herdaram.

No modelo de justiça adversarial o juiz cortaria ao meio e daria metade a cada uma, enquanto no modelo da justiça coexistencial uma poderia desejar e obter o sumo para beber e outra a casca que desejava para preparar um manjar. Presente, ouvi e passei a entender que estava citando um texto de minha autoria com aproximadamente vinte anos existência e que

pautou minha vida como magistrado.

Conforme ele discorria eu percebia que a comissão autora do novo Código de Processo Civil adotou o que sustentei na academia, desde os bancos do Curso de Mestrado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo quando, sob orientação do Prof. Donado ARMELIN, com os colegas de sala de aula, em especial o hoje desembargador Joel DIAS FIGUEIRA JR. elaboramos durante um semestre um estudo encaminhado ao então Deputado Federal Nelson JOBIM, relator do projeto da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, quando eu já sustentava a necessidade do modelo coexistencial de Justiça, com a mediação e a arbitragem endoprocessual.

Em verdade, o estudo se encontra na *home page* do Tribunal de Justiça há anos e a Escola da Magistratura do Paraná, por sugestão do Desembargador Edgard Fernando BARBOSA é que propôs para a Comissão capitaneada pelo Ministro Luiz FUX e por Teresa ARRUDA ALVIM WAMBIER a adoção do sistema.

A ideia central do modelo proposto apliquei no Juizado Especial Cível da comarca de Ponta Grossa, Estado do Paraná, por aproximadamente três anos, no final da década de noventa, resolvendo cerca de 13.000 (treze mil) demandas, com quarenta e quatro livros de sentença no período, e notem bem, um único Juiz de Direito Supervisor decidindo a matéria, com sessões de conciliação inclusive no período noturno, por conciliadores e juizes não togados voluntários.

Respondi um processo administrativo posto que meus pares entendiam que diante do baixíssimo número de audiências de instrução e julgamento eu não trabalhava muito, o que absolutamente não é verdadeiro, basta ver

o número de feitos e o número de demandas resolvidas, muito superior ao número de feitos que em toda a carreira muitos magistrados julgaram.

Foi necessário o Conselho Nacional de Justiça instituir políticas públicas a respeito da conciliação afim de que o Poder Judiciário como um todo principiasse a adotar um novo modelo de Justiça.

Recordo que após eu ministrar um curso durante uma semana para todos os Juízes de Direito Supervisores do Estado do Ceará, o então desembargador Luiz FUX veio realizar a Conferência de encerramento.

Na oportunidade entre as questões debatidas ele defendia a celeridade afirmando que designada a sessão de conciliação, desde logo deveriam as partes apresentar testemunhas e provas, ou requerer intimações com a antecedência que a lei determina para realizar a pronta prestação jurisdicional.

E então sustentei que num modelo de justiça coexistencial, em que eu alcançava mais de 90% (noventa por cento) de resoluções através de conciliação, jamais poder-se-ia obrigar o comparecimento de testemunhas quer sequer seriam ouvidas, posto que resolvidas as questões através da conciliação, sem necessidade de produção de provas.

Dizia eu que eram as testemunhas, em regra, nômades deserdados do testamento de Adão, pobres carpinteiros, pedreiros e outros artesões que recebiam diariamente por seu trabalho, razão pela qual eu realizava sessões de conciliação no período noturno.

Os operadores do novo processo civil tem muito a aprender com os operadores do direito dos juzados especiais.

Tão logo foi constituída a Comissão

do Senado encarregada da apresentação do projeto de um novo Código de Processo Civil, o Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP e o Cebepej (Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais), assessorados pelo Foname (Fórum Nacional de Mediação) apresentaram, por intermédio de Ada PELLEGRINI GRINOVER,¹ uma proposta de regulamentação da mediação e conciliação judiciais, cujos pontos principais consistiam nos seguintes aspectos:

- a) inserir os mediadores e conciliadores judiciais entre os auxiliares da justiça, prevendo sua remuneração, o que é exatamente a essência dos estudos desenvolvidos e que principia a mudança do modelo de justiça adversarial para um sistema de justiça coexistencial. Em verdade, quando aluno da disciplina do Prof. Dr. Desembargador Donaldo ARMELIN elaboramos um estudo a respeito e remetemos ao então Deputado Federal Néelson JOBIM, relator do projeto de lei que resultou na Lei dos Juzados Especiais Cíveis e Criminais, que foi o primeiro diploma legal a adotar para as causas menor complexidade, não apenas pelo valor econômico;
- b) estruturar uma audiência ou sessão inicial, em que as partes teriam contato com mediadores e conciliadores judiciais, para serem encaminhados aos meios adequados de solução de conflitos;
- c) determinar que cada tribunal organizasse um cadastro de mediadores e conciliadores judiciais,

.....
 1 http://www.lex.com.br/doutrina_24099670_CONCILIACAO_E_MEDIACAO_JUDICIAIS_NO_PROJETO_DE_NOVO_CODIGO_DE_PROCESSO_CIVIL.aspx, em 12 de abril de 2015, 11 h 38 min.

que requereriam sua inscrição após aprovação em curso de capacitação aprovado pelo tribunal; e
d) estabelecer princípios gerais para o exercício da função de mediador e conciliador judiciais.

Oportuno lembrar que, nessa oportunidade, o CNJ estava começando a trabalhar em torno da ideia de uma Resolução que institucionalizasse os meios adequados de solução de conflitos, a qual resultaria mais tarde na Resolução nº 125, de 2010.

Quando a primeira versão do Anteprojeto de Código de Processo Civil foi apresentado, algumas das ideias sugeridas pelo IBDP-Cebepej-Foname estavam ali incorporadas, mas com graves inconvenientes na disciplina da matéria. Entre os mais graves, podem se destacar os seguintes: os tribunais poderiam apenas propor a criação de setores de mediação e conciliação, a serem criados pela lei de organização judiciária; a função de mediador e conciliador judiciais estavam previstas como sendo privativas do advogado; a audiência de conciliação (anterior à contestação) seria conduzida pelo juiz, a que mediador e conciliador judiciais ficariam subordinados; a exclusão destes do registro do tribunal ficaria a critério de qualquer órgão do poder Judiciário, sem a garantia de um processo administrativo.

Nova intervenção de Ada PELLEGRINI GRINOVER no processo legislativo, agora para o aperfeiçoamento do Anteprojeto, enviando novas sugestões e conseguindo mais algumas conquistas, do que mais se dirá adiante.

II. A globalização e o poder judiciário.

O desenvolvimento deste texto, a

respeito Da Conciliação, Da Mediação e Da Arbitragem Endoprocessual, teve início a partir do convite formulado pela comissão organizadora de Workshop - Juizados Especiais, realizado no Estado de Santa Catarina, pelo Egrégio Tribunal de Justiça e Associação dos Magistrados.

Honrado com o convite para participar do evento, quer pela oportunidade de abeberar da experiência de Eminentes Magistrados do Estado de Santa Catarina, reconhecidos nacionalmente, dos quais já haurimos a idéia do Simpósio de Direito Processual Civil realizado em Ponta Grossa, logo a seguir a mini-reforma do C. P. C.; quer pela oportunidade de rever colegas e amigos; sobretudo, pela oportunidade de enveredar pelos caminhos do desbravamento da justiça do futuro, qual bandeirantes oriundos da Serra da Mantiqueira, de onde viemos; comungando do ideal de integração dos operadores do Direito no Brasil e na América Latina.

No Século XIX o processo civil foi entendido como uma *“cosa de las partes”*: os litigantes podiam dispor livremente dos mais variados e importantes atos processuais. Esta concepção não foi, por certo, caprichosa, senão que respondeu a idéia então vigente de que ambas as partes tinham frente a lei, e por conseguinte no processo, iguais direitos e faculdades, segundo expressavam as constituições e os códigos sancionados a partir das revoluções norte-americana e francesa do final do Século XVIII.

É que, em verdade, o direito de ação já não era patrimônio de uns poucos indivíduos ou de certas classes sociais, senão um postulado comum a todo habitante, conatural a sua própria condição de pessoa e de sujeito de

direito; o testemunho de uma mulher era então admissível e gozava de idêntico valor que o do homem, do mesmo modo que o do católico frente ao de quem não o era, o do pobre frente ao rico e o do súdito frente ao soberano, para tomar somente uns quantos exemplos.

A partir da idéia de *égalité*, grandiosamente difundida pela Revolução Francesa, se pensava que o Estado não devia intervir nas disputas.

É já trivial dizer-se que estamos a entrar num período de globalização. Globalização dos mercados, das instituições, da cultura. Com tais palavras o Prof. Boaventura de SOUZA SANTOS inicia artigo titulado *Os tribunais e a globalização*.

Afirma que um dos fenômenos de globalização mais intrigantes da década de 90: a globalização do interesse público e político pelos tribunais e pela reforma do sistema judicial. Os tribunais, que segundo ele, até há dez anos eram em quase todos os países uma instituição apagada e ignorada, e, em muitos deles, um apêndice servil do governo de turno, saltaram de repente para as primeiras páginas dos jornais, revelando um protagonismo de intervenção e de reivindicação até há pouco desconhecido.

Discorrendo a respeito de uma das vertentes do interesse público pelos tribunais assinala que assenta menos em fatores internos do que em fatores transnacionais. Trata-se de interesse crescente das agências internacionais pela reforma do sistema judicial no sentido de o tornar mais eficiente e acessível.

A agência americana de apoio ao desenvolvimento (Usaid) transformou os programas de reforma jurídica e judicial numa das suas grandes prioridades da década de 90.

E tanto o Banco Mundial (BM) como o Banco Interamericano do Desenvolvimento (BID) têm vindo a investir quantias avultadíssimas na reforma judicial com financiamentos de diversos países.

Só para termos uma ordem de grandeza, eis alguns números: Usaid: US\$ 2 milhões na Argentina (1989 e 1993); US\$ 39 milhões na Colômbia (1986-96); US\$ 15,8 milhões em Honduras (1987-1994). BID, em 1995: US\$ 16 milhões na Costa Rica; US\$ 27 milhões em El Salvador; US\$ 15,7 milhões na Colômbia; em 1996, US\$ 30,9 milhões em El Salvador e Honduras; US\$ 12 milhões na Bolívia; 1,7 milhões na Nicarágua.

É fácil concluir que trata-se de uma operação global de grande vulto que, para além da América Latina, envolve também a Europa Central e do Leste, a Ásia e a África.

Ressaltando apenas um dos enfoques do Prof. Boavnetura, este entende que tudo é impulsionado por uma pressão globalizante muito intensa que, embora no melhor dos casos se procure articular com as aspirações populares e exigências políticas nacionais, o faz apenas para atingir seus objetivos globais.

“E esses objetivos globais são muito simplesmente a criação de um sistema jurídico e judicial adequado à nova economia mundial de raiz neoliberal, uma quadro legal e judicial que favoreça o comércio, o investimento e o sistema financeiro. Não se trata, pois, de fortalecer a democracia, mas sim de fortalecer o mercado. O que está em causa é a reconstrução da capacidade reguladora do Estado pós-ajustamento estrutural. Uma capacidade reguladora que se afirma pela capacidade do Estado para arbitrar, por meio dos

tribunais, os conflitos entre os agentes econômicos.

“A resistência justa dos magistrados contra uma reforma tecnocrática do sistema judicial exclusivamente orientada para as necessidades da economia mercantil não pode servir de álibi para justificar a resistência a uma profunda reforma do sistema judicial orientada para a efetiva democratização da sociedade e do Estado. O sistema judicial precisa ser radicalmente reformado para responder às aspirações democráticas dos cidadãos cada vez mais sujeitos ao abuso de poder por parte de agentes econômicos muito poderosos. Se essa reforma política e democrática não tiver lugar, o vazio que a sua ausência produzirá será certamente preenchido por uma reforma tecnocrática virada para servir preferencialmente os interesses da economia global.”

Na verdade a reforma tecnocrática já está em fase de implantação em alguns países, conforme veremos adiante.

III. A mediação como forma alternativa de resolução dos litígios na Argentina, instrumento de globalização?

No ano de 1996, afirmava-se: - estamos assistindo a institucionalização da mediação na sociedade argentina. A iniciativa deste movimento provém do Poder Judiciário daquele País, que desenvolveu e colocou em marcha, em ação conjunta com o Poder Executivo, que tem a seu cargo implementar um Programa Nacional de Mediação elaborado por uma comissão criada para tal finalidade.

O Programa Nacional de Mediação

atravessa as fronteiras da comunidade jurídica e abarca os mais diversos setores da população argentina. Executam programas de mediação escolar e comunitária, são oferecidos serviços de mediação no âmbito de organizações não governamentais e privadas.

Desde 1993 funciona um Centro de Mediação do Ministério da Justiça em que se levou a cabo a Experiência Piloto de Mediação conectada a juizados de primeira instância no nível, na Capital Federal.

A crise que atravessava a administração da Justiça na Argentina levou ao entendimento de que em verdade se tratava de um colapso, levando a reflexão da instituição da mediação, não perdendo a perspectiva de que a instituição da mediação não seria o remédio suficiente para por fim a crise. Contudo, experiências realizadas em outros países, segundo entenderam aqueles que optaram pela implantação, permitiram inferir que a implementação de formas alternativas de resolução dos conflitos produz a curto prazo efeitos favoráveis sobre a carga de trabalho dos juizes; a longo prazo - se efetivamente se logra uma mudança de mentalidade na sociedade, especialmente nos operadores do direito - é possível esperar um maior acesso à Justiça conjuntamente com uma baixa no índice de litigiosidade, ou seja, redução do ingresso de causas no sistema jurisdicional. Assim sucede porque somente chegarão a atividade jurisdicional aqueles conflitos que não tenham sido resolvidos pelas partes por si mesmas ou com a ajuda de um terceiro neutro, com ou sem poder de decisão.

Gladys ÁLVAREZ, Elena HIGHTON e Elias JASSAN no início de 1991 viajaram aos Estados Unidos comprovando o funcionamento exitoso de programas que implementaram

distintas formas de RAD anexas, concectadas ou relacionadas com os tribunais, bem como sua eficiência e melhoramento quanto a demora do provimento jurisdicional, propondo ao Ministro León Carlos ARSLANIAN implementar um Programa Nacional de Mediação. Desta proposição surgiu uma comissão composta por juizes de primeiro e segundo grau e advogados incumbidos da elaboração do anteprojeto de lei de mediação, trabalho complementado com um informe que sugeria o estabelecimento de um Programa ou Plano Nacional de Mediação como forma de difundir e instaurar na sociedade argentina este processo de resolução dos conflitos.

A comissão, no mês de setembro de 1991 entregou o informe final com um projeto de Programa Nacional de Mediação *'que contempla a implementação de programas de mediação em distintos setores da sociedade - comunidades, escolas, colégios profissionais, Poder Judiciário - e sua inclusão nos planos de estudo das carreiras universitárias, face ao seu caráter interdisciplinar.'*

Assim mesmo, se aconselhou a formação de uma Corpo de Mediadores, a criação de uma Escola de Mediadores e a realização de uma experiência piloto conectada com alguns tribunais do foro cível. Este informe foi subscrito pelos Drs. Luis Mauricio GAIBROIS, Carlos ARIANNA e as Dras. Elena HIGHTON e Gladis Stella ÁLVARES.

O Ministério da Justiça da Argentina, com a ajuda e apoio de programas do Serviço Informativo e Cultural da Embaixada dos Estados Unidos e da Agência Internacional para o Desenvolvimento com a participação ativa de Willian DAVIS, assessor para a América Latina dos programas apoiados por esta última

organização e especialista em RAD, levou a Argentina experts no campo da resolução alternativa de disputas, especialmente na mediação.

Iniciando com um enfoque global e público do tema, a Dra. Sharon PRESS, diretora do Centro de Resolução de Disputas de Tallahassee, Flórida, U. S. A., organismo que foi criado no marco de um programa conjunto da Suprema Corte de Justiça e da Faculdade de Direito da Universidade Estadual da Flórida, que teve a seu cargo liderar o movimento de RAD anexo ao sistema judiciário nesse Estado americano.

A Dra. PRESS proferiu conferências, seminários e um curso introdutório de mediação, na Argentina, cujo objetivo principal foi o de difundir o tema e informar sobre as características do instituto. O curso foi freqüentado por funcionários e assessores do Ministério da Justiça, funcionários e magistrados do Poder Judiciário, membros do Colégio de Advogados, da Associação de Advogados, professores da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, psicólogos, assistentes sociais e outros profissionais de diferentes áreas.

Durante o período em que esteve na Argentina a Dra. Sharon PRESS manteve diversas entrevistas, tais como presidentes de institutos e associações, membros da Corte Suprema de Justiça da Nação, com o decano da Faculdade de Direito, com a finalidade de incluir a todos os setores comprometidos com a atividade judiciária neste novo movimento. Assim mesmo se tratou de dar a maior publicidade possível em diversos meios: - rádio, jornais e televisão -, começando uma campanha de divulgação e familiarização da população com esta nova

forma, para a Argentina, de resolver conflitos.

A fim de diversificar as fontes de assessoramento foi convidado um *expert* do setor privado, David JENKINS, residente em São Francisco, mediador do Estado da Califórnia. Além da divulgação realizada por este expert em conflitos patrimoniais conduziu um treinamento básico em mediação com pequenos enfoques em casos de múltiplas partes que, na atualidade, é a sua especialidade.

Com o enfoque colocado no campo de resolução de conflitos familiares, se gestionou a presença na Argentina da Dra. Patricia ROBACK, mediadora e conselheira pública, prestadora de serviços no Centro Judiciário de Serviços Familiares, Los Angeles, Califórnia, U. S. A. Ela, além de proferir conferências e cursos, em Buenos Aires e perante a Corte Suprema da Província de Buenos Aires, coordenou o treinamento focalizado aos conflitos familiares, inclusive casos de violência doméstica.

A organização e seleção dos participantes nos treinamentos descritos, esteve a cargo da Direção Nacional de Extensão Jurídica do Ministério da Justiça. A cada um deles assistiram aproximadamente trinta participantes, muitos provenientes dos Centros de Assistência Jurídica Popular do Ministério da Justiça e funcionários do Poder Judiciário. Paralelamente, os três experts mencionados proferiram seminários na Associação de Magistrados e Funcionários da Justiça Nacional.

Depois de tal tarefa, em 1992, decorrido mais de um ano de trabalho, contaram com sessenta mediadores treinados; alguns prestavam serviços nos Centros de Assistência Jurídica Popular (*barriales*) que o Ministério da Justiça estabeleceu anos antes, com ajuda da Agência Internacional para o Desenvolvimento,

começando a utilização de técnicas de negociação e mediação para conciliar as partes que recorriam a seus serviços em busca de assessoramento.

O Ministério da Justiça, visando dotar o procedimento de um mínimo marco normativo, encaminhou ao presidente da Argentina um projeto de norma programática em data de 19 de agosto de 1992, do qual decorreu o decreto 1480/92.

Em síntese, esta primeira norma declarou de interesse nacional a mediação, caracterizou a mediação como processo informal, voluntário e confidencial, especificando a aplicabilidade a conflitos judiciais e extrajudiciais, excluindo as causas penais e colocando em relevo que o mediador não decide a disputa, senão que coadjuva a que as partes o façam. Criou o Corpo de Mediadores; designou uma nova comissão de mediação, determinou a realização de uma experiência piloto de mediação conectada com juízos cíveis; delegou ao Ministério da Justiça a formulação da normatividade pertinente e orientou as províncias e os municípios a adotar em seus respectivos âmbitos, normas similares às contidas no decreto, no que pertine.

Tais argumentos constituíram a base do plano nacional que está integrado pela proposta de realização de múltiplos programas. Prevê a ação, difusão e implementação de mediação na sociedade argentina, a celebração de convênios, para tais fins, com distintos organismos educativos - Universidade Nacional de Buenos Aires, Faculdade de Direito e Ciências Sociais da Universidade de Buenos Aires, colégios profissionais, Ministério da Educação e com o município, entre outros. Restou, ainda, a sugestão de convênios de cooperação técnica com as províncias.

O objetivo declarado e central deste Plano de ação foi o desenvolvimento da mediação não somente anexa, conectada ou relacionada com o Poder Judiciário (tribunal), senão a instalação de centros de mediação comunitária, a criação de centros de mediação institucionais - dentro de organismos não governamentais -, tais como colégios profissionais, fundações, associações civis, que em tal caráter podem administrar, monitorar e avaliar os programas, a qualidade do serviço e o nível de satisfação dos usuários, levando em conta, também, os programas de mediação escolar, tanto a nível primário, como secundário.

O Plano contou com o apoio inicial do então Ministro da Justiça Dr. Carlos ARSLANIAN, e a etapa de implementação da Experiência Piloto e encaminhamento do Centro de Mediação do Ministério da Justiça, com o apoio do Secretário da Justiça Dr. Elias JASSAN; a etapa legislativa operou-se sob a iniciativa do Ministro da Justiça Dr. Adolfo BARRA. Embora se diga que concluída uma primeira etapa do Plano, este se encontrava em plena execução.

A Nova Lei de Mediação e Conciliação Argentina instituiu em caráter obrigatório a mediação prévia a todos os Juízos, promovendo a comunicação direta entre as partes para a solução extrajudicial da controvérsia. As partes estão isentas do cumprimento deste trâmite se provarem que, antes do início da causa, existiu mediação perante os mediadores registrados pelo Ministério da Justiça.

O procedimento de mediação obrigatória não é aplicado em causas penais, ações de separação e divórcio, nulidade de matrimônio, filiação e pátrio poder, com exceção das questões patrimoniais derivadas destas.

O Juiz deverá dividir os processos, encaminhando a parte patrimonial ao mediador. Ademais, não se aplica aos processos de declaração de incapacidade e de reabilitação, causas em que o estado nacional ou suas entidades descentralizadas sejam parte, “amparo”, “habeas corpus” e interditos; medidas cautelares até que sejam decididas, esgotando a respeito delas nas instâncias recursais ordinárias, continuando logo o trâmite da mediação; diligências preliminares e prova antecipada, juízos sucessórios e voluntários; concursos preventivos e falências; e, finalmente, causas que tramitem perante a Justiça Nacional do Trabalho.

Nos casos de processo de execução e juízos de expulsão, o presente regimento de mediação será optativo para o reclamante, devendo na sentença suposta o requerido recorrer a tal instância.

A então Nova de Lei de Mediação Argentina modifica o Código de Processo Civil da Argentina e este insere-se, ainda mais, dentro dos superiores escopos que resultaram no Código Tipo para a América Latina, atendendo a uma tendência que reputo universal - recentemente, entrando em vigor no mês de setembro próximo passado, alterado o Código de Processo Civil de Portugal que inclina-se neste sentido - de que ocorra na atividade jurisdicional, uma audiência prévia de conciliação perante o juiz togado -, enlevando esforços na consecução do propósito de solução dos litígios através de conciliação.

IV. Breve notícia a respeito da experiência de mediação em outros países.

O movimento de RAD com os mecanismos

básicos implementados na Argentina tem mais de duas décadas nos Estados Unidos, larga trajetória na China, desenvolveu-se em graus diversos em França, Inglaterra, Noruega, Nova Zelândia, Canadá, entre outros. Na América Latina foi a Colômbia um dos primeiros países que começou a trabalhar neste campo ao redor de 1983 e hoje é um dos mais avançados, ao menos no setor privado e com relação a arbitragem comercial e a conciliação, que se assemelha ao modelo de mediação.

A institucionalização da RAD desde a década de noventa está em marcha na Bolívia, El Salvador, Costa Rica, Porto Rico e outros países.

No Brasil não se tem notícia de um estudo oficial, de cunho sistemático e recente, a respeito da mediação e ou da conciliação endoprocessual.

A Associação dos Magistrados do Estado do Paraná promoveu seminário a respeito de mediação. As informações veiculadas pelos órgãos de imprensa dão notícia de um Instituto Nacional de Mediação e Arbitragem, sem vínculo com o Ministério da Justiça e ou o Poder Judiciário e o Conselho Nacional de Justiça e o Ministério da Justiça tem ministrados cursos de mediação e conciliação, entretanto, muito mais há que ser feito, pois as técnicas utilizadas, em especial nos Estados Unidos, em relação a mediação, como no Peru, são muito mais avançadas do que as que aqui empiricamente são utilizadas.

A revista Time de 29 de agosto de 1988 dá destaque a algo então novo nos Estados Unidos: juristas autônomos oferecem opção para cortar custos e demora das cortes de justiça. Com as “*bênçãos da corte estatal*”, as partes contratam um “*juiz particular*”, entre centenas de chamados juízes de aluguel (*rent-*

a-judges) existentes no país.

Juízes aposentados que presidem as audiências pela remuneração de 150 a 300 dólares por hora. Em muitos casos, atuam como mediadores, eles têm poderes instrutórios e decisórios, como no caso acima mencionado, cabendo, porém, o julgamento final a um corpo de jurados escolhidos da lista oficial do júri oficial.

No Brasil juízes e desembargadores aposentados tem atuado na Conciliação em Segundo Grau, gratuitamente, promovendo a justiça coexistencial com alto grau de resultado.

De todo recomendável a adoção da conciliação e da mediação *on line*, através dos recursos de tecnologia ora disponíveis, posto que se a demanda envolve pouco valor econômico e uma parte residente em cidade distante de outra, ainda que em Segundo Grau, através do *Skype* gratuitamente se pode realizar as sessões de mediação e de conciliação, conforme trabalho por mim apresentado ao Conselho Nacional de Justiça e ao Prêmio Innovare, em 2010, e que foi finalista em ambos, sem custos, *full time*, com tecnologia que possibilita identificação de identidade, registros de imagem e de som.

Segundo o autor derradeiramente citado, há crescente utilização do sistema de mediação, inclusive porque permite às partes escolher juízes com experiência relevante para o caso, em vez de aceitarem juízes designados por acaso nas cortes públicas. Adversários do sistema o chamam de “Justiça Cadillac”, por permitir aos mais abastados evitarem o sistema judicial. O abandono deste pela elite impediria seu aperfeiçoamento. Entre outras críticas, mostra-se relevante aquela que teme a falta de publicidade que haveria nas demandas

envolvendo macroempresas e outros litigantes.

V. Crítica à mediação.

Laura NADER proferiu a conferência inaugural da XIX Reunião de Antropologia, realizada de 27 a 31 de março de 1994, em Niterói, RJ. Nela abordou a mediação, titulando a conferência como *La Civilización Y sus Negociadores - La Armonía como Técnica de Pacificación*.

A autora citada ressalta que no curso de seu trabalho sobre outros povos, os observadores da cena política do Estados Unidos da América nos finais da década de 70, e durante os anos 80 e 90 notaram que em comparação com a dinâmica da atividade política pública da década de 60 e do início dos anos 70, os norte-americanos de hoje resultaram apáticos e submissos.

Estudando como se construiu a ideologia da harmonia nas nações-estado modernos do tipo das democracias ocidentais e como estas ideologias se expandem mais além das fronteiras nacionais constatou que o processo pelo qual as ideologias que são motores de mudanças tomam forma através de um discurso muito interessante, indo mais além da lei para incluir os nexos entre lei, negócios e distritos eleitorais dentro da comunidade.

“Los años 60 han sido descritos como confrontacionales, una época en que varios grupos sociales en Estados Unidos se sintieron motivados para pasar al frente con sus propuestas: derechos civiles, derechos de consumidores, derechos de medio ambiente, derechos de la mujer, derechos de los pueblos indígenas,

etc. También fue un período de duras críticas a la ley y a los abogados en relación con temas de derechos y soluciones. Pero en un período de 30 años el país pasó de una preocupación por la justicia a una preocupación por la armonía y la eficiencia, de una preocupación por la ética del bien y del mal, a una ética de tratamiento, de las cortes a la Resolución Alternativa de Disputas. Como sucedió esto?...”

Nos anos seguintes a Conferência Pound o público assistiu a inundação de uma retórica de resolução alternativa de disputas, segundo Laura NÁDER.

A linguagem utilizada obedeceu a um código muito estrito e formulário que seguiu um padrão de retórica assertiva, fazendo grandes generalizações, sendo repetitiva, invocando autoridade e perigo, apresentando valores como se fossem fatos.

Começou a colecionar palavras chave: A RDA era associada com a paz, enquanto que a resolução judicial era associada com a guerra.

Uma é adversidade, a outra não. Em uma há enfrentamento, insensibilidade, destruição de confiança e cooperação, e somente perdedores, enquanto em outra há cicatrização suave e sensível de conflitos humanos, e produz somente ganhadores. As alternativas eram associadas com ser moderno: *“creando hoy la corte del mañana.”*

Embora a retórica da conferência fosse desafiada por cientistas sociais (como Mark GALANTER) buscando separar entre mito e evidência verificável.

“Se organizaron conferencias sobre medio ambiente para ver si se podia

desviar 'el énfasis de ganador-perdedor hacia una propuesta de equilibrio de intereses'. Los gremios fueron inundados con planes de control de calidad en los cuales administrativos y empleados podrían cooperar en armonía, una situación de ganador-ganador. Negociadores de Washington intentaron persuadir a las reservas de Indios norte-americanos que aceptaran desechos nucleares como una solución de ganadores-ganadores - saliendo de su miseria económica mientras que contribuían con su país. Los grupos de medio ambiente están siendo hostigados con reuniones de consenso, también supuestamente ganador-ganador. Los problemas familiares son mediados, en California y en varios otros estados esa mediación es obligatoria. En Washington hay una Oficina de Planeamiento de Conferencias de Consenso. En escuelas marginales a los 'alborotadores' se les enseña resolución de disputas, sin pensar en llenarles el estómago con desayunos calientes, y en la actualidad tenemos un presidente a quien se llama el Presidente de Consenso.

"Las bases de la postura del presidente Clinton fueron bien documentadas por la antropóloga Carol Greenhouse (1986) quien estudió una comunidad de Bautistas Saureños en Georgia, explicándoles los significados culturales de una explosión en RDA. La autora sugiere que la ecuación contemporánea de cristianidad y armonía inspiró una evasión de la ley, antipatía por la ley y una valorización del consenso - 'una estrategia que transformó el conflicto...'

"En un esfuerzo por sofocar los movimientos de derechos de los años

60 y atemperar las protestas por Vietnam, la armonía pasó a ser una virtud. Después de todo, el Presidente da la Suprema Corte había sostenido que para ser más civilizado los norteamericanos debían abandonar la centralidad del modelo adversario. Las relaciones, no las causas de base, y destreza para resolver conflictos interpersonales, no injusticia o disparidad de poder, eran y son el punto de partida del movimiento de RDA. En tal modelo, los demandantes civiles terminan siendo 'pacientes' que necesitan ayuda, y la política social se inventa para el bien del paciente.

"Al igual que los críticos de los supuestos de la RDA, los críticos de RDA en la práctica hablan de consecuencias y peligro. La mediación obligatoria en estas críticas es vista como control - en la definición 'del problema', control del discurso y de la expresión, difícilmente una alternativa a un sistema adversarial que hace lo mismo. Los mismos críticos describen la mediación/negociación como destructora de derechos en cuanto limita la discusión del pasado, en cuanto prohíbe el enfado, y en cuanto a compromiso forzado. En resumen, la mediación obligatoria reduce la libertad porque a menudo se encuentra por igual frente a una ley adversaria, y en general está escondida (GRILLO, 1991). Los casos generalmente no se registran; hay muy poca regulamentación y casi no hay responsabilidad, similar a la situación en psicoterapia por ejemplo. Los críticos promueven la prevención y las soluciones grupales. Una vez más, sin embargo, a pesar de la oposición y del creciente conocimiento de las consecuencias, que son de todo menos benignas, la RDA continúa su marcha

e en la actualidad ha pasado a ser internacional.”

VI. Conciliação. Conceito e perspectivas históricas.

“A instituição de audiência prévia de tentativa de conciliação, segundo os fatores dos novos diplomas, tem sua origem no modelo de Stuttgart, cidade alemã onde a prática seria adotada.

“Ocorre que a prévia conciliação é avoenga em nossa tradição jurídica e apresenta elaboração muito singular pelo velho legislador brasileiro.

“O Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850, recebido pela República pelo Decreto n. 763, de 19 de setembro de 1890, aplicável ao processo, julgamento e execução das causas cíveis em geral, salvo as reguladas para processos especiais, era taxativo a respeito da conciliação prévia, ao dispor em seus arts. 23 e seguintes sobre o tema: *‘Nenhuma causa comercial será proposta em juízo contencioso, sem que previamente se tenha tentado o meio da conciliação, ou por ato judicial, ou por comparecimento voluntário das partes...’*”

“No decorrer do período monárquico e nos primórdios da República, o Direito brasileiro conheceu, pois, a busca da prévia conciliação entre as partes, visando a preservação da paz e o afastamento da eternização das lides judiciais.

“Com a federalização do Direito processual, a partir da Constituição de 1934, a presença dos processualistas italianos tornou-se freqüente em nossos meios acadêmicos, e estes foram afastando instituições que mereciam preservação, a partir de um inevitável

aggiornamento.”²

A conciliação no direito brasileiro, sem discrepância nas principais linguas latinas: “*conciliation*”, em francês, “*conciliazione*”, em italiano, e “*conciliación*”, em espanhol, são utilizados pela lei, pela doutrina pela jurisprudência.

“*Conciliação*”, palavra derivada do latim “*conciliatione*”, significa ato ou efeito de conciliar; ajuste, acordo ou harmonização de pessoas desavindas; congraçamento, união, composição ou combinação.

A conciliação, segundo Guilherme CABANELLAS DE TORRES, é a convenção das partes em um ato judicial, antes do conflito de interesses ser suscitado em juízo (diretamente); ela procura a transigência das partes, com a finalidade de evitar o pleito que uma delas queira começar. Segundo o mesmo autor, a mediação é a participação secundária em um negócio alheio, a fim de prestar um serviço às partes ou interessados.

Em sentido jurídico, diz REYNALS, entende-se por conciliação o ato judicial celebrado perante autoridade pública, entre autor e réu, visando a arreglar amigavelmente sus respectivas pretensiones o diferencias, de acordo com as lições de GALLINAL, MANRESA e ARRAZOLA, lembrados por Cristóvão Piragibe TOSTES MALTA. “No nosso direito”, acrescenta esse último doutrinador, conciliação tanto se emprega com sentido de procedimento de órgão judiciário visando a obter o ajuste entre os interessados, como equivale ao próprio acerto efetuado entre as partes.

2 Palestra do Prof. Claudio LEMBO, então Reitor da Universidade Mackenzie.

Para Niceto Alcalá ZAMORA Y CASTILLO: “En la conciliación, el funcionario que la presida o dirija deberá aconsejar, según las circunstancias, al pretensor (eventual actor) para que retroceda (desista), al pretendido (demandado em su caso) para que aceda (se allane) o a ambos para que cedan (transijan)”.

Conciliação é tão antiga quanto “al interés de los hombres por resolver pacíficamente sus conflictos, pues no hay duda de que viene empleándose desde tiempos inmemoriales.”

Wagner D. GIGLIO traça um perfil histórico da conciliação. Ressalta que Eduardo R. STAFFORINI admite a existência da conciliação entre os hebreus, nas leis da Grécia antiga e na lei das doze tábuas. “Sin embargo, *COUTURE afirma que la justicia de conciliación o de avenimiento pertenece más bien a la tradición germana y a la justicia medieval, en la cual el juez actuaba con el propósito de dirimir la controversia mediante la conciliación que a él le parecía equitativa.*”

Informa Cristovão Piragibe TOSTES MALTA, com apoio em Juan MENÉDEZ PIDAL, que a moderna conciliação tem suas origens “nos mandaderos de paz do Fuero Juzgo (Lei XV, Tít. I, livro II), nos Jueces Avenidores das Partidas (Lei XXIII, Tít. IV, Partida III), nas Ordenanças de Bilbao, na Instrução de Corregedores de Carlos III (15/5/788), nas Ordenações de Matrículas de Carlos IV”, acrescentando que “a conciliação de tipo francês, inspirada no sistema holandês, passou à Constituição Espanhola de 1812 e daquela Carta ao Decreto de las Cortes de 13 de maio de 1821, sendo que a lei de Enjuiciamiento Civil, de 05/10/1855, transformou essa instituição no ato de conciliação com perfil moderno, passando finalmente à lei, vigente, de 1881.”

Os Conselhos de Prud’hommes, restabelecidos por Napoleão I por decreto de 18 de março de 1806, a pedido dos fabricantes de seda de Lyon, utilizavam a conciliação em sua atuação prática.

Já dispunham as Ordenações do Reino, no Livro III, Título XX, § 1º, que “no começo da demanda dirá o juiz a ambas as partes, que antes que façam despesas, e sigam entre elas ódios e dissensões, se devem concordar, e não gastar suas fazendas por seguirem suas vontades, porque o vencimento da causa sempre é duvidoso. E isto, que dizemos, de reduzirem as partes a concórdia, não é de necessidade, mas somente de honestidade nos casos, em que o bem puderem fazer.”

A primeira Constituição do Brasil previa, ao tratar do “Poder Judicial”, no Título VI, que “sem se fazer constar que se tem intentado o meio de reconciliação, não se começará processo algum.”

A supressão da tentativa de conciliação obrigatória só veio a ocorrer em 1890, pelo decreto n.º 359, porque segundo a filosofia então imperante, não se harmonizava com a liberdade individual (sic), era inútil, causava despesas e procrastinações. Não se vedava, entretanto, a auto-composição espontânea, por renúncia, reconhecimento ou transação.

O CPC, em seu art. 331, red. Lei n. 8.952, de 13.12.94, disciplina audiência preliminar de conciliação e saneamento.

Os processualistas da América do Sul vêm insistentemente alvitando a inserção de uma audiência preliminar no procedimento de seus países, com o tríplice escopo de incentivar a conciliação, sanear o processo e delimitar a

instrução a ser feita.

VII. A 'nova' lei de arbitragem.

Retoma o cenário a arbitragem, à qual observa José Raimundo GOMES DA CRUZ, instituto que apresenta certa contradição, na atualidade, pois a evolução do processo civil romano o deixou para trás, no terceiro período, e as reformas processuais recentes o prestigiam, como ocorre no Nouveau Code français, no seu Livro IV.

A Lei n. 9.307, de 23.09.96, ao dispor sobre a arbitragem, revogou dispositivos do Código Civil e do Código de Processo Civil, para estabelecer por completo todas as disposições acerca de tal meio colocado alcance das partes para a solução de determinados litígios. Cuidase de medida facultativa, cabendo às partes analisarem a viabilidade de sua utilização em seus conflitos.

O art. 5º da Lei prevê a possibilidade de evitar-se o acesso ao Poder Judiciário para instauração do juízo arbitral: basta, para tanto, que a cláusula compromissória preveja outro mecanismo para a hipótese de uma das partes deixar de indicar o árbitro. Nem, aos menos, há a necessidade de homologação do laudo arbitral pelo Poder Judiciário.

Em um país onde os contratos são impressos, ainda que se forma dissimulada, como os de mútuo, que são distribuídos pelas instituições de créditos em disquetes, é difícil acreditar que o hiposuficiente poderá discutir a respeito de qualquer cláusula. O poder econômico indicará os árbitros.

Há ampla discussão a respeito da

constitucionalidade da nova lei de arbitragem.

VIII. A justiça coexistencial na concepção de MAURO CAPPELLETTI.

O discurso a respeito da necessidade de novos paradigmas se subsume a um discurso temático que envolve a crise do processo civil brasileiro, salientando a morosidade na distribuição da Justiça, em face da inadequada organização judiciária (pondo em relevo o excesso de instâncias recursais); a insuportável demora dos processos; a deficiência dos serviços de assistência judiciária; a insuficiente atuação da oralidade; etc., são vetores que encaminham para uma prestação jurisdicional tardia e que, ao final, muitas vezes, resulta ineficiente. Trata-se de problema que, na realidade, não é peculiar ao Brasil, mas que se encontra em muitos países e também na Itália, Chile, Uruguai, Argentina e Paraguai.

Os problemas, portanto, são comuns. E é precisamente esta constatação que serve como ponto necessário para qualquer análise comparativa, para aquilo que CAPPELLETTI costuma denominar como *tertium comparationis*. Portanto, problemas comuns ou necessidades sociais comuns reclamam por uma resposta idêntica, por uma intervenção jurídica, seja no plano legislativo, seja em outro plano. Os princípios, em essência, que tentam informar o rápido deslinde da resolução dos litígios são o princípio da oralidade e seus corolários: a imediatidade do Juiz na relação com as partes e outros sujeitos do processo (em particular, as testemunhas) e, ainda, como condição *sine qua non* para a aplicação desta imediatidade, a concentração da causa em poucas audiências.

Pesquisas, incluindo estatísticas, levaram a convicção de que a oralidade (que não implica em renúncia total àquele meio essencial de comunicação que é a escrita) constitui um instrumento importante não só para resolver o problema da excessiva demora dos processos, mas também para melhorar a qualidade da Justiça civil.

O tema, aqui sempre analisado a partir do texto de CAPPELLETTI, que enfoca a dimensão social do processo, denominada de revolução copernicana. Por que revolução copernicana? Indaga e responde: É porque esta põe em destaque a dimensão social do processo, se cogita de uma nova visão do processo, que rompe com a impositivação tradicional, pela qual o processualista ou jurista em geral concentra a sua atenção sobre o direito como norma, seja a norma geral (a lei), seja a norma particular (a sentença judicial ou o provimento administrativo). Assim, o jurista está instando a uma visão tridimensional, o jurista é instando a um exame quanto:

- a) *à necessidade ou ao problema social que reclama por uma resposta no plano jurídico;*
- b) *à avaliação de tal resposta que, embora deva assumir, ordinariamente, natureza normativa, impele o jurista a realizar um exame sobre a aptidão das instituições e dos procedimentos responsáveis pela atuação daquela resposta normativa;*
- c) *ao impacto que a resposta jurídica ocasionará sobre a necessidade ou sobre o problema social - ocasião em que estar-se-á examinando a eficácia de tal resposta.*

É desta forma que o direito em geral (e o direito processual em particular), deve ser examinado, levando-se em conta a perspectiva dos usuários e não apenas a perspectiva dos

produtores do direito.

A partir de tais idéias há ampla discussão doutrinária a respeito da Justiça Coexistencial. CAPPELLETTI afirma que *“Bastante relevante se apresenta a substituição da Justiça contenciosa (de natureza estritamente jurisdicional), por aquela que tenho a chamado de Justiça coexistencial, baseada em formas de conciliação.”*

Em relação a denominada Justiça coexistencial há divergências e controvérsias na doutrina. Enquanto CAPPELLETTI normalmente compartilha das idéias com o insigne processualista italiano Vittorio DENTI (o qual considera um dos líderes do movimento pelo acesso à Justiça), neste campo da Justiça coexistencial ocorrem divergências.

DENTI, avaliando este movimento em prol dos procedimentos de conciliação, entende que o mesmo se destina a perseguir duas finalidades:

- 1º) em primeiro lugar, a finalidade de uma maior eficiência na predisposição de meios para a administração da Justiça, mediante a submissão destas causas menores a órgãos de conciliação, com o que se subtrairia, porém, a possibilidade destas mesmas causas poderem aspirar por um Juízo “de primeira classe”; e*
- 2º) em segundo lugar, vislumbra uma finalidade de privatização dos conflitos, enquanto estaria aceitando o ingresso, para esta atividade mediadora, de grupos econômicos e sociais que estão proliferando nas sociedades de capitalismo avançado.*

Da análise sociológica e interdisciplinar (psicológica, a exemplo), na verdade, resulta a conclusão que em muitos aspectos da vida contemporânea não se pode dar justificativa para se imprimir um caráter contencioso a

certas relações, ao contrário, este caráter há que ser evitado ou atenuado.

Isso se torna particularmente relevante quando entre as partes persistem relações duráveis, complexas e que merecem ser conservadas. Nestas relações, a lide não se apresenta senão como um momento ou sintoma de uma tensão que deve, nos limites do possível, ser curada.

A decisão judiciária, sempre segundo o magistério de CAPPELLETTI, para fins e efeitos da sustentação da importância do tema, proferida em sede contenciosa (estritamente jurisdicional) se presta, otimamente, para resolver relações isoladas e meramente inter-individuais. É que a decisão tomada em sede contenciosa está ordinariamente destinada a atingir um fenômeno do passado, que não está fadado a perdurar.

A Justiça coexistencial, ao contrário, não está destinada a trancher, a decidir e definir, mas antes a remendar (precisamente de uma *mending justice* - Justiça de concertos), para aliviar situações de ruptura ou de tensão, com o fim de preservar um bem durável, qual seja, a pacífica convivência dos sujeitos que fazem parte de um grupo ou de uma relação complexa, de cujo meio dificilmente poderiam subtrair-se. A justiça contenciosa não se preocupa tanto com estes valores, posto que olha mais para o passado do que para o futuro. A Justiça contenciosa vai muito bem para as relações do tipo tradicional, mas não para aquelas que têm se apresentado com as mais típicas e constantes da sociedade contemporânea, para as quais assume especial importância aquilo que os sociólogos denominam de total institutions, ou seja, instituições integrais, nas quais nós, enquanto membros de várias comunidades

econômicas, culturais ou sociais, ficamos compelidos a despender uma parte ponderável da nossa vida e da nossa atividade: fábricas, escolas, condomínios, freguesias de bairro, etc.

A fuga de tais comunidades ou instituições (*voidance*), se não é impossível, pelo menos importaria em custos extremamente pesados, inclusive o custo psicológico do isolamento ou da transferência para outro bairro, outra escola, outro trabalho, etc. Nas relações familiares, mesmo com a ruptura da separação ou do divórcio a discussão, como enfrentamento (e não como conciliação de interesses - diferente de reconciliação), agrava a discórdia e alimenta as variáveis do distanciamento e dificuldades psicológicas futuras de comunicação entre os envolvidos nas questões.

Nestas relações não se ajusta facilmente o nobre ideal oitocentescos e burguês da luta pelo direito. O *Kampf ums Recht* deve dar lugar ao *Kampf um die Billigkeit*, ou seja, à luta pela equidade, por uma solução justa e aceitável por todos os contendores. Nestas situações, aquela busca da verdade para se saber quem teve razão e quem não teve razão (no passado), deve encaminhar-se para a busca de uma possibilidade de permanência e de convivência (no futuro), sempre no interesse das próprias partes.

Portanto, sobre a Justiça contenciosa, do caso controvertido (a Justiça legal, técnica, profissional, estritamente jurisdicional), deve ser avaliada - e talvez prevalecer - a Justiça que CAPPELLETTI insiste em chamar de coexistencial, a qual, diz tratar-se de uma Justiça que leva em conta a totalidade da situação na qual o episódio contencioso está inserido e que se destina a curar e não a exasperar a situação de tensão;

prosegue afirmando que é claro, porém, como já dizia e escrevia alguns anos atrás, que o sucesso da Justiça coexistencial dependerá, e muito, da autoridade do conciliador: uma autoridade, porém, que não corresponderá àquela autoridade oficial do juiz (a potestas jus dicenti), mas que deverá se apresentar como uma autoridade social, moral, cultural, enfim, política, em sentido amplo (a autoridade do amigo, do vizinho, de quem, afinal, está legitimado a representar um dado grupo ou uma determinada comunidade). Estes tipos diferenciados de mediadores ou conciliadores (onbudspersons) serão encontrados nos bairros, nas fábricas, nas escolas, nos hospitais, etc. Não é à toa que se fala, portanto, de justiça social ou de juizados especiais em contraposição àquela Justiça oficial, jurídica.

Segundo CAPPELLETTI em diversos países a pesquisa tem levado a conclusão de que a participação da iniciativa privada é de particular importância. A grande lição da história é precisamente esta: a iniciativa privada é importante e insubstituível, embora deva ser vigiada, para se prevenir possíveis abusos. Os padrões de justiça coexistencial ou social ostentam então peculiares características: prevê-se a existência de um conciliador (ou denominador ou mediador - por ora a denominação não importa e será avaliada no trabalho futuramente) ou de um árbitro (arbitragem) ou juiz não togado (impropriamente denominado na Constituição Federal como juiz leigo), mas sempre com a possibilidade de se recorrer ou de se utilizar do juiz oficial no caso de abusos ou de graves irregularidades.

XI. A conciliação e a arbitragem endoprocessual nos Juizados Especiais: uma história de efetividade

Nos Juizados Especiais, pode ser presidida a sessão, prévia e obrigatória de conciliação, tanto por conciliador, juiz leigo ou juiz de direito supervisor, necessitando sempre a homologação do juiz de direito.

Pedro Manoel ABREU em sua preciosa obra Juizados Especiais Cíveis e Criminais traça uma perspectiva histórica no trato do exercício da jurisdição, desde o direito colonial até nossos dias, englobando síntese a respeito de vários países.

A renovação do processo civil brasileiro ocorreu inicialmente com a criação dos Juizados Especiais de Pequenas Causas e, de forma mais recente com a criação dos Juizados Especiais de Causas de Menor Complexidade; depois, com a recente reforma da legislação processual civil, contudo, sempre mantendo o estreito controle jurisdicional a respeito da prestação a ser exercida; infelizmente, não é o que está a ocorrer em países vizinhos.

O esforço histórico no sentido de uniformizar o procedimento (lato senso o processo) resultou no Código de Processo Civil tipo para América Latina, o qual, quando muito, serviu de subsídio ínfimo para a mini-reforma do Código de Processo Civil ocorrida em data recente, enfatizando a utilização da conciliação, sempre endoprocessual, como forma de solução dos litígios.

O modelo dos Juizados Especiais Cíveis, implementado em nosso País atende a todos os requisitos da justiça coexistencial, sem os prejuízos decorrentes de uma atividade extrajurisdicional, como ocorre no modelo

implementado na Argentina e na nova lei de arbitragem do Brasil.

No Juizado Especial Cível o conciliador não necessita ser bacharel em Direito, embora se dê preferência a tanto, realizada a sessão de conciliação e em sendo exitosa, lavra-se o instrumento escrito que é submetido ao crivo jurisdicional. Assim, preservada está a possibilidade de acesso à Justiça. O árbitro necessita de cinco anos de efetivo exercício da advocacia, de acordo com a Lei nº 9.099/95, o que não ocorre na nova lei de arbitragem.

A experiência demonstra que a conciliação endoprocessual evita ilegalidades e abusos nos acordos firmados, preenche requisitos técnicos de termo, condição e outros; é realizada com ampla publicidade; caso uma das partes compareça assistida por advogado, há obrigatoriedade de assistência jurídica integral à outra, mesmo para a conciliação, de forma gratuita.

Afasta a possibilidade da influência das grandes empresas em submissão implícita ao hiposuficiente. O mesmo se pode afirmar em relação a arbitragem endoprocessual, que existe nos Juizados Especiais Cíveis, possibilitando que a parte escolha qual o árbitro a proferir o laudo arbitral, bem como ocorra somente se ambas assim o convencionarem.

As nulidades dos laudos arbitrais eventualmente acontecem, ou até outros motivos que permitem que o Juiz de Direito Supervisor não homologue os laudos viciados.

Os dados estatísticos, conforme os gráficos demonstram, informam que o Juizado Especial tem êxito nas conciliações em quantidade muito superior a experiência de mediação Argentina.

A sessão prévia de conciliação, conduzida por conciliador ou juiz leigo, sob a supervisão

do Juiz de Direito, pode ser implementada pelas normas de organização judiciária local a causas não abrangidas pela Lei nº 9.099/95, inclusive com efeito de revelia para o requerido que não comparecer a tal audiência.

As estatísticas das Varas de Família demonstram o imenso número de conciliações (o que não é o mesmo que reconciliação), homologadas, podendo tais audiências serem conduzidas pelo conciliador e ou juiz leigo, permitindo que o Juiz de Direito tenha tempo para prolator as sentenças homologatórias dos acordos e ainda, prolator as sentenças que julgam os processos que demandam instrução e há litígio.

Finalmente, considerando que o Mercosul é um fato social recente, de integração das comunidades que habitam a região, onde há necessidade de uma aproximação dos povos, vez que historicamente os dominantes do continente, em especial os ingleses, que dissimulando regiam a economia, obraram em diversos meios de afastamento.

A mediação e a conciliação endoprocessual e a arbitragem endoprocessual, parecem-nos, são propostas que merecem acurada reflexão pelos fins sociais a que se propõem, sendo tratada corretamente pela Lei nº 7.244/84 e repetida na Lei nº 9.099/95, devendo ser estendidas a todos os demais processos, e não como parece ocorreu na recente lei de arbitragem, que afasta o cidadão do acesso ao Poder Judiciário.

O que é premente, é que disciplinas a respeito de negociação e ou mediação e arbitragem venham a ser incluídas nos currículos dos Cursos Jurídicos, bem como, que as Escolas Superiores da Magistratura incluam, em sua programação, cursos de formação de conciliadores e árbitros, bem como, cursos

de atualização de magistrados, voltados para a conciliação; seguindo um procedimento já adotado pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

A singela leitura dos dados estatísticos cotejados impõe a conclusão da efetividade e êxito do modelo adotado no Brasil, o qual apresenta índice expressivo de superioridade ao modelo adotado na Argentina.

A arbitragem, com a qual, em uma década de Magistratura, não nos deparamos com um único caso, no modelo do CPC, nos Juizados Especiais é uma realidade que alcança no período o expressivo número de 1948 casos.

A conciliação que evita a possibilidade de recurso, compõe os interesses das partes de acordo com os seus efetivos anseios, que já índice de 98% - noventa e oito por cento - em algumas comarcas do Estado do Paraná, conforme assinala a Professora Ada Pellegrini GRINOVER, já citada neste trabalho, teve um índice expressivo, mas muito aquém do almejado.

A administração do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, na pessoa do então eminente Presidente Henrique Chesneau LENZ CÉSAR, dinamizando o acesso à Justiça através dos Juizados Especiais, enfatizou a necessidade e investiu na formação de conciliadores e árbitros, através da Escola Superior da Magistratura do Estado do Paraná, em convênio com a Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná, possibilitando que os laudos venham a corresponder não somente a um provimento formal e final, mas que se obtenha Justiça; não apenas o exercício do ato de buscar conciliar, mas que resulte na composição do litígio de forma a realizar os interesses e anseios das partes.

IX. **Semana da Conciliação e o Conselho Nacional de Justiça**

A **Semana da Conciliação** do Movimento Nacional pela Conciliação atende os processos em tramite na Capital do Estado em especial para os processos em fase recursal.

A diferença fica por conta da Capital do Estado, enquanto se adotadas modernas tecnologias poder-se-ia, gratuitamente, através do *Skype* ocorrer tanto a conciliação como a mediação *online*.

Em Curitiba, além das conciliações que são realizadas nas Varas, a **Semana da Conciliação** funciona ainda em tendas que são instaladas pelo Governo do Estado em frente ao Palácio Iguazu, no final da Av. Cândido de Abreu, Centro Cívico, numa promoção conjunta das três Justiças: Estadual, Federal e Trabalhista. Serão instaladas 25 tendas de 10x10 (=100 m²), abrangendo uma área total de 2500 m², a ser ocupada pelas três áreas do Judiciário. Tudo com apoio estrutural do Governo do Estado, da Prefeitura de Curitiba e do Sistema Fecomércio.

O que funcionará nas tendas da Justiça Estadual?

- a) o Projeto "Justiça no Bairro", comandado pela Desembargadora Joeci Machado Camargo com a participação e apoio do SESC, ICI, Unimed, INSS e Defensoria Pública do Estado do Paraná, que assumiu também a condução e solução dos cerca de 180 processos de Interdição que tramitam nas Varas Cíveis de Curitiba com Justiça Gratuita, isso tudo dentro da Semana da Conciliação;
- b) Os Juizados Especiais Cíveis, com

conciliações e atendimentos gerais.

c) A Justiça Comum, com audiências de conciliação em processos indicados por vários Bancos parceiros, tais como HSBC, ITAÚ e BRADESCO, com a colaboração de conciliadores voluntários que fizeram o “Curso de Técnicas de Mediação e Conciliação”, promovido em outubro pela Escola da Magistratura do Paraná - EMAP e pela Escola dos Servidores da Justiça Estadual do Paraná - ESEJE, com apoio do Tribunal de Justiça, tudo com a supervisão de conciliadores do 2º grau (magistrados aposentados) e dos magistrados que integram a coordenação do Movimento pela Conciliação no Paraná.

d) a COHAB, com conciliações pré-processuais em casos envolvendo os seus financiamentos habitacionais.

e) Outros eventuais parceiros da conciliação, na área da telefonia e outras de grande demanda jurisdicional.

X. Conclusão

Há necessidade de treinamento permanente, desde os bancos escolares do ensino médio, perpassando pelas faculdades e escolas de advocacia, magistratura e defensoria pública do novo modelo adotado pelo Código de Processo Civil que em breve entrará em vigor.

De todo recomendável que os operadores do direito aproveitem a experiência dos Países vizinhos, em especial Argentina e Peru, com realidades sócio-econômicas e culturais

semelhantes à nossa, com resultados positivos, abeberando-se da experiência e do conteúdo bibliográfico já existente em Países da *common law*, em especial em relação a mediação afim de que etapas de dificuldades sejam superadas.

Entretanto, somente com a aplicação das novas tecnologias, em especial com sessão de conciliação e de mediação *online* é que poder-se-á alcançar um novo modelo de justiça, a justiça coexistencial, onde há a efetiva primazia do conteúdo sobre a forma e o cidadão estará mais próximo de alcançar o bem da vida que almeja.

Como diz SOVERAL MARTINS, Professor da Universidade de Lisboa, se duas irmãs herdarem uma laranja, no modelo de justiça adversarial ocorrendo o julgamento por um juiz de direito ele partirá a laranja ao meio e dará metade a cada uma daquelas; enquanto ambas poderão ficar insatisfeitas, pois uma queria o sumo para beber e a outra a casaca para fazer um manjar.

No começo de minha carreira acadêmica o Prof. SOVERAL MARTINS atencioso e solícito remeteu-me de Portugal uma sua obra onde consta o incedível exemplo de reformulação de um conceito de pensar a Justiça.

Cabe aos operadores do direito a correta interpretação da intenção do legislador e do novo Código de Processo Civil, para obter os resultados de imensas possibilidades de uma revolução no modelo de Justiça hoje existente.