

ACESSO A JUSTIÇA E MEDIAÇÃO NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRAILEIRO

Astried Brettas Grunwald*
Robson Ramos Paranhos**

RESUMEN:

El proyecto para modificar el código civil en su interior brasileño trajo cambios importantes en relación con el acceso a la justicia. Los cambios más recientes realizados sólo en virtud del procedimiento, instrumental, esta mediación comenzó a ser percibido como una manera efectiva de promover la composición de los conflictos y, por lo tanto, la restauración del equilibrio social.

RESUMO:

O projeto de alteração do código civil brasileiro trouxe em seu bojo importantes modificações no que tange ao acesso a justiça. As últimas alterações deram-se somente no âmbito processual, instrumental, nesta a mediação passou a ser percebida como uma forma eficaz de composição de conflitos promovendo maior celeridade a composição dos conflitos e consequentemente do restabelecimento do equilíbrio social.

Introdução

Atualmente não apenas as relações interpessoais se submetem a corrida do tempo, mas todas as demais relações incluindo-se as de

* Advogada, Esp. em Metodologia do Ensino Superior, Esp. em Direito do Trabalho; Mestre em Direito Processual Civil pela Unisinos, Coordenadora do Curso de Direito da Universidade Salgado de Oliveira, doutoranda pela Universidad Del Museo Social da Argentino, Coordenadora do Grupo de Pesquisa Acesso a Justiça e Processo Civil, Membro do Tribunal Arbitral do Rio Grande do Sul,

** Bacharel em Direito pela Universidade Salgado de Oliveira, campus Salvador, , membro da Secretaria de Segurança Pública do Estado da Bahia, Pesquisador do Grupo de Pesquisa Acesso Justiça e Processo Civil.

natureza processual. O tempo passou a ser fator determinante da vida das pessoas, da manutenção de relações jurídicas, das demandas processuais.

As questões levadas ao Poder Judiciário, visando uma solução adequada para que retornassem a um estado de equilíbrio, passaram a requerer maior celeridade, pois impossível se manter um equilíbrio das relações na sociedade se os conflitos destas mesmas relações perduram anos e anos no Poder Judiciário no aguardo de uma resolução.

Se a permanências destes conflitos *sub iudice* em nada repercutissem no meio, talvez não houvesse uma maior preocupação com a questão tempo, no entanto, situação inversa se percebe, pois lá permanecem de forma constante e latente elevando dia a dia a litigiosidade entre os sujeitos, elevando dia a dia a insatisfação com o órgão jurisdicional, elevando dia a dia a insatisfação e descrédito do próprio Estado enquanto responsável pela composição de conflitos, mesmo porque a ele se resguardou o dever de compor os conflitos decorrentes das inúmeras relações jurídicas estabelecidas no meio social com o fim de manter a paz e o equilíbrio social.

Nesta esteira refere Streck¹ que hoje há “um sério problema: de um lado temos uma sociedade carente de realização de direitos, e, de outro, uma Constituição Federal que garante estes direitos da forma mais ampla possível”. Num retorno ao passado percebe-se que jamais existiu, no contexto histórico constitucional brasileiro, uma Constituição, que concedesse ao cidadão, tão vasta gama de direitos e garantias como a carta vigente, mas por outro lado tem-se uma sociedade numa linha crescente de insatisfação pelos órgãos jurisdicionais. Insatisfação saliente-se, resultante de uma relação direta com a crise da jurisdição estatal: a crise estrutural, a pragmática, a crise tecnológica e a crise paradigmática. “A crise das instituições são a praga do século abrangendo não apenas de determinadas formas de governo, mas a todos os Estados indistintamente”².

¹ Streck, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.38.

² J.E.Carreira Alvim refere que “ em todo lugar, independentemente da forma de Estado e do sistema de Governo, as instituições funcionam mal, o povo não confia nelas, e, para

Morais³ refere que as crises enfrentadas pelo Estado devem ser analisadas sob diversas perspectivas:

(...) uma que diz respeito ao seu financiamento - infra-estrutura de instalações, pessoal e equipamentos, custos_ que dizem respeito não apenas aos valores (custas judiciais, honorários, etc.), efetivamente despendidos, como também ao custo diferido que se reflete em razão do alongamento temporal das demandas _ remuneração, etc._ que denominamos crise estrutural. Outra, diz respeito a aspectos pragmáticos da atividade jurídica, englobando questões relativas à linguagem técnico-formal utilizada nos rituais e trabalhos forenses, a burocratização e lentidão dos procedimentos e, ainda, o acúmulo de demandas. É a crise objetiva ou pragmática. (grifo do autor)

Viabilizando o enfrentamento da questão aponta, ainda, Moraes⁴, para a terceira e quarta perspectiva da crise em que o Estado Democrático de Direito se encontra:

(...) a terceira crise se vincula à incapacidade tecnológica de os operadores jurídicos tradicionais lidarem com novas realidades fáticas que exigem não apenas a construção de novos instrumentos legais, mas, também, a (re) formulação de mentalidades (...). Por fim, temos aquela crise que diz respeito em particular aos métodos e conteúdos utilizados pelo Direito para a busca de uma solução pacífica para os conflitos a partir da atuação prática do direito aplicável ao caso sub judice. O que se vislumbra aqui é a interrogação acerca da adequação do modelo jurisdicional para

fortalecê-las, busca-se uma forma de controlá-las, na certeza de que o controle do poder pelo próprio poder (*le pouvoir arrête le pouvoir*) faliu e já não atende à sociedade do limiar do Século XXI. (...) Neste contexto , adquire relevância as alternativas para uma maior eficácia da prestação jurisdicional, como antídoto de uma justiça 'lenta cara, complicada, burocratizada e inacessível até para os conflitos tradicionais ' , alternativas estas que têm sido buscadas sobretudo na reestruturação dos processos , através da simplificação dos procedimentos." (Alvim, J. E. Carreira . Alternativas para uma maior eficácia da prestação jurisdicional. Revista de Processo, São Paulo, ano 21, n.84., p.175, out./dez., 1996)

³ Moraes, op. cit, p.140.

⁴ Moraes, op. cit.,p.140.

tender às necessidades sociais do final do século - e do milênio _ em razão do conteúdo das demandas, dos sujeitos envolvidos, ou ainda, diante do instrumental jurídico que se pretende utilizar é a crise paradigmática

Não há dúvida de quanto a necessidade de se criarem meios de efetividade do acesso à justiça sendo este percebido não apenas como meio adequado de deduzir pretensões junto ao Poder Judiciário, mas também da criação de meios alternativos paralelos, bem como instrumentos judiciais céleres e eficazes no sentido de promover a composição do conflito no menor lapso temporal viável evitando-se não apenas gastos de ordem econômica como emocionais.

Durante anos, mais precisamente desde os anos noventa se ouve, se escreve, se debate acerca do acesso a justiça. Em determinados momentos, ditados mesmo pelo momento histórico, político e social vivenciado, o acesso à justiça passou a ser percebido apenas como uma forma de assegurar igualdade entre as partes face às disparidades econômico-culturais, posteriormente voltou-se a criação de soluções de conflitos que evoluíam de seu estado individual para transindividual, a própria movimentação social, as demandas que passaram a acumular-se no judiciário acabou por voltar os olhos dos doutrinadores e operadores do direito para um acesso a justiça voltados a criação de mecanismos alternativos para composição dos conflitos, então, marginalizados pelo Poder Judiciário. Mais recentemente, numa conseqüência do avanço e evolução natural da própria sociedade, os debates em torno do acesso a justiça tomaram novos contornos, voltaram-se à criação e efetividade de instrumentos que implementados a relação processual fossem realmente capazes de promover a composição dos conflitos no menor lapso temporal possível numa tentativa de responder positivamente as garantias e direitos assegurados constitucionalmente, a criação de mecanismos que promovessem maior celeridade aos processos judiciais bem como maior efetividade as decisões proferidas pelos órgãos judicantes.

Neste sentido corrobora Basso⁵, ao afirmar que o principal obstáculo ao acesso à justiça é a lentidão processual, decorrente do excesso de

⁵ Basso, op. cit., p.15.

causas tramitando tanto na primeira como na segunda e terceira instância; o alto custo enfrentado pelos litigantes, tornando causas de valor menos expressivo em causas demasiadamente caras; a demora no proferimento de decisões que ponham fim ao conflito, promovendo um estado de insegurança; o excesso de formalismo e ritualismo, característico da justiça comum, e, por fim, aponta ainda como obstáculo, a “falta de consciência do valor do tempo, que também repercute na ineficiência e lentidão do serviço de prestação da justiça⁶”. Por outra banda, Santos⁷, ao fazer numa análise crítica acerca da política judiciária, conclui ser necessário o surgimento de uma nova política judiciária, conclui ser esta comprometida com a democratização não apenas da justiça mas da própria sociedade ressaltando duas vertentes:

(...) a primeira diz respeito à constituição interna do processo e inclui uma série de orientações tais como: o maior envolvimento e participação dos cidadãos, individualmente ou em grupos organizados, na administração da justiça; a simplificação dos atos processuais e o incentivo à conciliação das partes; o aumento dos poderes do juiz; a ampliação dos conceitos de legitimidade das partes e do interesse de agir.

Nesta abordagem e numa tentativa de evitar a total descrédibilização do Estado frente à composição dos conflitos intermináveis perante o Poder Judiciário, inúmeras alterações foram propostas e outras já implementadas. Em 1993 publicou-se a Lei de Arbitragem, lei nr.9307, a qual possibilita as partes cujo conflito seja de natureza patrimonial, de optarem por uma forma privada de composição do conflito concedendo ao árbitro os poderes necessário para que possa analisar e julgar o conflito que lhe foi confiado; passou-se a dar maior relevância a conciliação como forma efetiva e célere de promoção da justiça, mutirões de conciliação foram realizados por todos o território nacional numa tentativa de retirar do poder judiciário conflitos que lá já se encontrava há anos sem solução; os juizados especiais passaram a ser implementados em todos os estados abrangendo não apenas causas cíveis mas criminais

⁶ Basso, op.cit., p.15.

⁷ Santos, Boaventura de Sousa. Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade. 6.ed. São Paulo: Cortez, 1999, p.177..

e inclusive de âmbito federal, a mediação passou a ser mais divulgada entre os operadores do direito como uma forma de restabelecer o convívio social extirpando do meio o conflito entre os indivíduos, e, por outra banda inúmeras propostas foram feitas no que tange ao processo judicial em especial no que tange a legislação processual civil, numa tentativa incessante de promover a justiça, elevar a credibilidade em torno do Poder Judiciário como órgão responsável em promover o equilíbrio da sociedade através da segurança jurídica resultante de suas decisões, numa tentativa de efetivamente promover o tão almejado acesso à justiça..

No que tange a legislação processual civil, inúmeras minireformas se sucederam oras voltadas a simplificação de procedimentos, ora a implementação de novos institutos processuais que pudessem diminuir os prejuízos das partes em litígio, prejuízos não apenas econômicos mas também emocionais. Há muito percebia-se a necessidade de uma revisão crítica do processo com olhos voltados para o futuro, rompendo com o pensamento estagnado na impossibilidade de conhecimento e execução viabilizarem-se num único processo, numa redução no sistema recursal que assegura anos de litígio em discussão e o (re)surgimento do juízo de verossimilhança e por conseguinte a efetivação dos próprios princípios constitucionais processuais que possam interferir na negação do acesso à justiça positivando-o .

A estrutura do processo massificadamente no Brasil, representa, sem sombra de dúvida, um dos fatores preponderantes para a negação do acesso à justiça em especial no que tange ao princípio da celeridade processual, atualmente tido como garantia constitucional através da emenda 45.

Porém, na esteira do pensamento comodista acerca dos obstáculos a efetividade do acesso à justiça, que por ora se faz necessário sob pena de singrar-se o tema do capítulo, é possível distinguir-se duas formas de agilização da justiça, ambas associadas a novos mecanismos institucionalizados descritos por Alvim⁸: como sendo

⁸ Alvim, op.cit.,p.177.

(...) aquela que mantém no seio da comunidade a solução dos seus conflitos, através desses organismos parajudiciais, mais voltados para a pacificação dos contendores; e, aquela que preserva o monopólio estatal da Justiça, mas busca minimizar⁹ o processo, através da simplificação do procedimento, com a adoção do julgamento antecipado da lide, antecipação da tutela e etc..., com o que torna menos lenta a jurisdição.

Discorre sobre o assunto, Cappelletti¹⁰ no seguinte sentido
É preciso, para que se tenha como justo o processo legal, que, antes de tudo, se assegure o acesso de todos à Justiça. Há hoje um reconhecimento universal de que a confiabilidade das instituições jurídicas reclama a implantação de sistema em que os direitos não sejam apenas simbólicos, mas que se traduzam em remédios efetivos. Assim como o Estado Social de Direito não se contenta com a formal declaração dos direitos do homem, mas exige que a estrutura estatal se empenhe com providências concretas de realização das garantias fundamentais, também a noção de Acesso à Justiça não pode ser apenas um acesso formal, na prática embaraçada por intransponíveis requisitos de ordem burocrática e econômica.

No entanto, uma das mais ansiadas reformas, veio com o anteprojeto do código de processo civil proposto que traz em seu texto à criação de um novo-velho mecanismos de acesso à justiça, a mediação. Trata-se de uma tentativa de promover a composição dos conflitos intersubjetivos no menor lapso temporal, com o uso de técnicas menos complexas e formais que o procedimento judicial e que acaba por simplificar o processo de modo a tornar satisfatória a prestação da justiça evitando-se a negação da justiça, pois a complexidade e formalidade dos procedimentos tornam inúmeras vezes morosas a justiça, o que representa a denegação da própria justiça.

⁹ Alvim refere-se em sua obra ao termo 'minimizar' ressaltando que o termo adquire o sentido de, "*quantum satis*, tornar mínimo (reduzir) o processo para a solução do litígio. Nada tem a ver com a sua importância, enquanto método de resolução dos conflitos". (Alvim, J.E.Carreira. Alternativas para uma maior eficácia da prestação jurisdicional. Revista de Processo, São Paulo, ano 21, n.84, p.177, out./dez. 1996.)

¹⁰ Cappelletti, op. cit., p.23.

Em muito boa hora veio à proposta de alteração do Código de Processo Civil uma vez que se convive de um lado com as insatisfações individuais das partes que, desiludidas com o Judiciário, deixam de acreditar na existência da justiça; e, de outro, com as insatisfações da própria sociedade com o Órgão a quem legitimou tal função: o Poder Judiciário, levando ao descrédito não somente o Órgão como o próprio Estado que já se percebe desgastado em seu ordenamento jurídico.

A inserção da conciliação e da mediação no sistema processual manteve a principal função dos meios alternativos autocompositivos de acesso à justiça, qual seja pacificar as partes através da obtenção de um acordo e, por consequência, desafogar o Judiciário levando ao conhecimento dele as questões que realmente necessitem de sua intervenção mais profunda e impositiva voltada restabelecimento da ordem e da segurança jurídica. Não se refere mais em substituição da justiça pública pela privada, ou da privada pela pública, mas na atuação lado a lado os mecanismos compositivos não impositivo e Poder Judiciário no exercício de sua função de dizer o direito, que passam a coexistir sem frustrar as garantias constitucionais inseridas no art.5º da Constituição Federal¹¹ vigente.

As vias alternativas, hoje, positivadas no novo projeto do código de processo civil brasileiro, num passo voltado ao futuro e a democratização da justiça com a participação do cidadão, emergem posteriormente ao que Basso¹² denominou de “reconhecimento oficial da crise do Judiciário” calcado no entendimento de que a busca de soluções tradicionais como o aumento de cartórios dentro dos Fóruns, de Câmaras nos Tribunais, secretarias, redistribuição de competência entre os órgãos jurisdicionais, o aumento de previsões orçamentárias destinadas ao Poder Judiciário; as alterações dos códigos processuais e a informatização da justiça não têm oferecido a sociedade os resultados esperados de modo a possibilitar uma reversão da situação vivenciada de tal modo que se tornam mais acentuadas com o passar dos anos sendo necessária a criação de novas fórmulas que vislumbrem a melhoria da justiça e

¹¹ Trata o artigo quinto da atual Constituição da República Federativa do Brasil acerca dos direitos fundamentais do homem.

¹² Basso, op. cit. p.16.

promovam a ruptura do sentimento de insegurança instaurado frente às instituições públicas.

O cidadão passará a ocupar um novo espaço no processo de administração da justiça, assume função ativa frente ao acesso à justiça diante na composição de conflitos deixando de ser mero espectador para tornar-se agente ativo na composição, conforme ressalta Andreatta¹³ e Teixeira "o raciocínio de que a distribuição da justiça deve ser monopólio estatal é inconcebível porque presume a existência da quase totalidade dos homens como despreparados e incapazes de discernir o certo do errado ou o justo do injusto". A mediação favorecerá a participação do próprio litigante na administração da justiça por meio da manifestação de vontade quanto a composição do conflito, quanto a identificação da melhor solução para o conflito e o restabelecimento do equilíbrio e da paz social.

Não há como se negar a importância da mediação na composição dos conflitos intersubjetivos. O final de um conflito por meio de ato judicial e por meio de ato das partes possui conotação totalmente diferenciada. As sentenças, atos impositivos do direito, sejam elas proferidas pelo Poder Judiciário, sejam elas proferidas pelos Juízes Arbitrais não possuem por fim a satisfação das partes, o restabelecimento da relação social mas sim a imposição de um direito, como bem refere Figueira Junior¹⁴ "a sentença ou a decisão arbitral que acolhe ou rejeita o pedido formulado inicialmente pelo postulante não solucionam o conflito sociológico, mas simplesmente compõem a lide processual que, por sua vez, significa nada mais do que a parcela do litígio que foi levado ao conhecimento do juiz ou árbitro". Não há uma preocupação com a efetiva paz social, mas sim o equilíbrio jurídico que nem sempre estarão lado a lado basta ver o número expressivo de recursos interpostos, o número excessivo de sentenças não cumpridas voluntariamente; a sensação de perda é inerente ao ato sentencial e na maioria das vezes acaba repercutindo negativamente sobre a psicológico do sujeito fazendo com que se sinta compelido a não cumprir o determinado ou mesmo a renovar o conflito.

¹³ Andreatta; Teixeira, op. cit., p.10.

¹⁴ Figueira Junior, op. cit.,p.129.

A mediação, por outra banda, tem por finalidade a promoção da composição do conflito não apenas sob seu ponto de vista jurídico, mas também sob o ponto de vista sociológico, viabilizando a efetiva pacificação social¹⁵ além de promover o exercício da cidadania, uma vez que o próprio indivíduo passa a exercer sua autonomia no sentido de dirimir seus conflitos e gerenciá-los. O fato de depender da vontade das partes em conflito e de ser composta por vontade destas impõe a decisão uma maior segurança no sentido de ser efetivamente cumprida pois resulta do pensamento do desejo dos próprios indivíduos em conflito.

Warat¹⁶ ressalta que avia a mediação como instrumento a ser utilizado na construção da própria cidadania na medida em que o indivíduo passa a desenvolver sua capacidade de compreensão de si próprio, do outro e do objeto do conflito de modo a vislumbrar possibilidades de solução sem que haja qualquer forma impositiva por parte de terceiro. Neste sentido o autor refere que “falar de autonomia, de democracia e de cidadania, em um certo sentido, é se ocupar da capacidade das pessoas para se auto determinarem em relação e com os outros; autodeterminarem-se na produção da diferença (produção do tempo com o outro). A autonomia como uma forma de produzir diferenças e tomar

¹⁵ Sobre a questão refere-se Luis Alaberto Warat que: la mediación es un procedimiento de intervención sobre todo tipo de conflictos, termina, así, siendo mucho más que un instituto procesal. Para hablar de mediación tiene que introducir una teoría del conflicto más psicológica que jurídica. En el momento en que los juristas hablan de conflicto lo reducen a la figura del litigio, lo que no es lo mismo. Cuando se decide judicialmente, por medio de un litigio se considera normativamente los efectos; de este modo el conflicto puede quedar cristalizado, retornando agravado en cualquier momento futuro. Los juristas cuando interviene en un conflicto, apelan al imaginario jurídico, que yo denomino de sentido común teórico del derecho. En un litigio los jueces deciden lo pretendido por las partes conforme procedimientos de interpretación de las normas y referencias dogmáticas, sin llevar en consideración lo querido y sentido por las partes. (...) El sentido común teórico organiza su imaginariopensando el conflicto como controversial como disputa; una disputa, que por otro lado, se reduce a cuestiones dogmáticas, normativas e predominantemente patrimoniales. Los juristas nunca piensan el conflicto en términos de satisfacción e insatisfacción emocional o sensible.(...) “(Warat, Luis Alberto. Mediación, el derecho fuera de las normas: para una teoría no normativa del conflicto. Scientia Iuris, Londrina, n.4, p.11, 2000.

¹⁶ Warat, Luis Alberto. A mediação. Disponível em: [http:// www.almed.org.br](http://www.almed.org.br). Acesso em: 10/08/2002

decisões com relação a conflitividade que nos determina e configura, em termos de identidade e cidadania”.

Como forma autônoma de composição de conflitos intersubjetivos vislumbra como principal objetivo, não a busca do direito a ser aplicado ao conflito, mas, a busca do apaziguamento das partes envolvidas na controvérsia percebendo-se como indivíduos sociais¹⁷ num lapso temporal muito mais exíguo que o processo judicial.

No projeto do novo código de processo civil concede-se ao mediador e ao conciliador o *status* de auxiliares de justiça¹⁸, destinando uma seção exclusiva aos conciliadores e mediadores judiciais¹⁹, entenda-se que embora esteja positivada a conduta e o papel de tais meios compositivos, não lhe retira a origem fundamentada na manifestação de vontade e autonomia das partes litigantes. Tais processos compositivos somente conseguem obter êxito se as partes litigantes estiverem dispostas a efetivamente comporem o litígio levado a juízo da melhor forma possível, não havendo qualquer manifestação das partes neste sentido sem propósito se tornam tanto a conciliação quanto a mediação.

O projeto transfere aos tribunais²⁰, a função de criar por lei ou organização judiciária, setores destinados a realização de composição de

¹⁷ Grunwald, Astried. A justiça no Estado Democrático de Direito. Revista de Pós-graduação.

¹⁸ Art. 119. São auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições são determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o mediador e o conciliador judicial.

¹⁹ Importante ressaltar que embora haja a previsão expressa de formas de conciliação e mediação inseridas no processo judicial tal positivação não excluiu de forma alguma a possibilidade de as partes litigantes promoverem a composição dos conflitos de forma extrajudicial, seja por meios de tribunais privados ou profissionais especializados.

²⁰ Art. 134. Cada tribunal pode propor que se crie, por lei de organização judiciária, um setor de conciliação e mediação.

§ 1º A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da neutralidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade e da informalidade.

§ 2º A confidencialidade se estende a todas as informações produzidas ao longo do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

conflitos por meio de conciliação e mediação sem fazer ressalva à espécie de matéria que se submeteria a tal possibilidade, o que leva a crer que se mantém a noção original de que as matérias seriam somente as referentes a direitos disponíveis, pois somente sobre estas podem as partes acordar, podem as partes transacionar. Cabe, no entanto, ressaltar que a maior ênfase em tais institutos concede-se as relações de natureza familiar em especial no que tange a mediação.

Segunda questão relevante volta-se aos princípios norteadores de ambas as funções, muito embora tais princípios já norteiem as funções dos conciliadores e mediadores agora passam a ser positivadas: a independência, assegurando a imparcialidade dos sujeitos, de modo que não poderá ser o acordo induzido em benefício de uma ou de outra parte, mesmo porque a remuneração dos mediadores e dos conciliadores ficará a cargo do próprio órgão colegiado, evitando desta forma pressões de ordem econômica sobre eles que possam influenciar em sua postura diante do conflito; neutralidade, decorrente do fato de que nem para o conciliador e nem para o mediador há interesse específico sobre o conflito e sua respectiva composição; a neutralidade assemelha-se ao princípio da imparcialidade característico da atuação dos magistrados e juízes arbitrais na solução dos conflitos por isso a máxima que encontram-se entre e acima das partes. A partir do momento em que se impõe uma neutralidade aos conciliadores e mediadores há que se entender que diante de sua violação os mesmos devem ser afastados sob pena de impor vício capaz de desconstituir o acordo firmado. Outro princípio respaldado no projeto é o princípio da autonomia das vontades, pois como se tratam de formas autocompositivas em que compete as próprias partes envolvidas no litígio a sua solução nada mais certo que lhe assegurar a autonomia necessário para compreensão, para a tomada de decisão em torno do acordo a ser firmado bem como possam manifestar livremente o interesse numa composição amigável e mais célere por meio da conciliação e da mediação não se submetendo por conseguinte aos desgastes normais de uma ação judicial, tal autonomia também fica claramente demonstrada quando passam a participar do processo de administração da justiça através da possibilidade de escolherem de

§ 3º Em virtude do dever de sigilo, inerente à sua função, o conciliador e o mediador e sua equipe não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

comum acordo os mediadores ou conciliadores para participarem do procedimento; a confidencialidade, via de regra os conflitos envolvem questões de foro íntimo das partes que nem sempre são de bom alvitre tornarem-se públicas, razão pela qual é necessário que as partes tenham plena certeza de que o que é dito será utilizado exclusivamente em busca do acordo e jamais sairá da sala de conciliação e mediação preservando, desta forma, a intimidade das partes; a confidencialidade como princípio da mediação e conciliação impõe também aos conciliadores e mediadores o dever funcional de sigilo de forma que não poderão depor ou mesmo divulgar fatos e circunstâncias referidas, discutidas pelas partes e que nortearam a obtenção do acordo, podendo inclusive responderem perante o órgão jurisdicional pela falta de seu compromisso a exemplo dos árbitros que respondem civilmente e criminalmente pela quebra do sigilo o mesmo deverá ocorrer com os conciliadores e mediadores; por fim refere o projeto que o procedimento da mediação e conciliação serão norteados pela oralidade e informalidade, princípios que se associam de forma direta, pois quanto menor o número de atos materializados, formalizados, menor será a complexidade do procedimento, e, por derradeiro menor será o lapso temporal de sua realização e produção.

Disposição já presente na legislação anterior e mantida no projeto do novo código de processo civil refere-se ao dever funcional dos auxiliares de justiça em estimular a realização de um acordo, considerando que o princípio da celeridade processual, a partir da emenda constitucional 45 passou a ser uma garantia constitucional do cidadão de modo que nada mais correto se mostra que todos os sujeitos que participem da relação processual, sejam sujeitos secundários ou primários assumam o dever funcional de estimular a realização da conciliação e, agora, também da mediação, mesmo porque o atuar de todos os sujeitos envolvidos volta-se a um único objetivo a composição do conflito no menor lapso temporal possível de modo a restabelecer o equilíbrio das relações bem como a paz social.

No que tange a figura do conciliador e do mediador o projeto do novo código trouxe em seu texto realmente uma novidade de relevância, passou a diferenciar o papel do conciliador e o papel do mediador o que para muitos até hoje não era percebida. Não é incomum ouvir operadores do direito referirem-se a mediação e a conciliação como sendo o mesmo

instituto, referindo a funcionalidade os conciliadores e mediadores como sendo exatamente a mesma dentro do processo compositivo; fato desmistificado com o projeto do novo código de processo civil eis que refere em seu dispositivo 135 que competirá ao conciliador a elaboração de propostas de solução para o conflito enfrentado pelas partes, ou seja, poderá elaborar e ofertar as partes diversas propostas de acordo para que dentre elas possam as partes identificar a que melhor lhes aprouver, e, por outro lado refere que ao mediador competirá apenas a intermediação entre as partes, ou seja, competirá a ele a promoção de meios que aproximem as partes, que possibilitem a comunicação e aproximação das partes em litígio de forma que elas mesmas percebam de que forma participaram para a existência do conflito e, então, percebam de que forma podem também contribuir para a melhor solução, para a composição do mesmo de forma que agrade a ambos, a identificação das diversas possibilidades de realização de um acordo não ficará a cargo do mediador, mas sim das próprias partes.

Muito se questionou acerca de quem possui condições ou não de atuar como mediador ou conciliador, sobre qual órgão seria o responsável pelas atividades por eles desenvolvidas. Tais esclarecimentos se mostram parcos no projeto do novo código de processo civil, restringindo-se a informar que cada Tribunal de Justiça ficará encarregado de estabelecer critérios de qualificação por área profissional mantendo um cadastro dos mediadores e conciliadores sempre a disposição das partes para que possam identificar à pessoa mais adequada incluindo aqui a questão voltada a área temática do conflito.

O controle do procedimento em torno da conciliação e da mediação também ficará a cargo do próprio Tribunal de Justiça ao qual competirá a fiscalização do atuar dos mesmos sobre a composição dos conflitos através da publicização anual do desempenho dos mesmos. Não competirá ao Tribunal apenas o levantamento qualitativo, ou seja, no que tange ao número de mediações e conciliações efetivadas, como também competirá a ele o controle em torno da imparcialidade dos conciliadores e mediadores, seu compromisso ético com a administração da justiça e para com as partes, característica fundamental para a composição do conflito, em oposição a parcialidade que caracteriza a relação entre os litigantes.

Como garantia de um atuar totalmente imparcial e desvinculado do conflito, e, das partes, o novo projeto prevê hipóteses em que o conciliador e o mediador poderão ser excluídos e impedidos do exercício da função bem como prevê em seu artigo 141 que tanto o conciliador como o mediador não poderão pelo lapso temporal de um ano auxiliar, assessorar, representar ou patrocinar qualquer uma das partes litigantes, numa clara demonstração de ética processual e compromisso com a administração da justiça que repercute diretamente sobre o princípio do acesso a justiça.

O projeto possibilita a exclusão dos mediadores e conciliadores dos quadros mantidos pelos tribunais inclusive quando esta for requerida por outro órgão jurisdicional, muito embora não haja previsão expressa de hipóteses em poderá ser pleiteada sua exclusão deve-se crer que o descumprimento, por exemplo, da imparcialidade, da confidencialidade ou mesmo a prática de atos que ponham em descrédito a moral e idoneidade dos mesmos, mostram-se como causas motivadores de tal afastamento; a possibilidade de um tribunal pleitear a exclusão do mediador ou conciliador do quadro de outro tribunal apenas vem ratificar o sistema de cooperação jurisdicional já mantido pelo Poder Judiciário; cabe salientar a redundância do artigo em questionamento ao referir em inciso apartado a possibilidade de exclusão dos quadros face a ruptura da neutralidade e confidencialidade, o que em verdade já estaria inserido no inciso primeiro que se mostra de grande amplitude; prevê também a possibilidade de exclusão quando atuar com dolo ou culpa na condução de sua função, o que repercutiria num atuar violador da boa-fé processual que não atinge apenas as partes litigantes mas a todos os sujeitos envolvidos no processo de composição, de forma que passaria também a responder por eventuais danos causados as partes em razão de sua conduta; por fim, refere o projeto que é causa de exclusão o fato de o mediador ou conciliador atuar na composição de conflitos quando em verdade estaria impedido de fazê-lo. Por analogia buscam-se as causas motivadoras do impedimento²¹ expressamente previstas na legislação

²¹ Art. 134. É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário:
I - de que for parte;
II - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha;

processual voltadas aos auxiliares de justiça, e, que são de natureza absoluta e que, portanto, viciam, maculam a obtenção do acordo, em verdade a sua pré-concepção acerca do conflito repercutiria negativamente sobre os princípios da neutralidade e imparcialidade.

A título de procedimento, apenas distingue os momentos em que se poderá informar tal impedimento, competindo primeiramente o próprio conciliador ou mediador que ao receber o processo teria condições de verificar seu impedimento surgindo o dever funcional de informar tal peculiaridade remetendo os autos ao juiz de direito para que seja sorteado outro auxiliar, ou; quando já em trâmite o procedimento conciliatório ou de mediação, hipótese em que os atos serão encerrados e o procedimento será suspenso, devendo ser elaborado relatório fundamentando o motivo da suspensão do procedimento sob pena de se estar apenas procrastinando o feito, visando novo sorteio para que novo conciliador ou mediador assumam o procedimento e de continuidade aos trabalhos.

No projeto do novo código de processo civil não há referência as hipóteses de suspeição, mas como não há nenhuma ressalva afirmando ser impossível sua declaração entende-se que a eles concede-se o mesmo direito que ao magistrado desde que fundamentadamente seja feita a recusa bem como as partes de oporem suspeição do conciliador ou do

III - que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão;

IV - quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau;

V - quando cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau;

VI - quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa.

Parágrafo único. No caso do nº IV, o impedimento só se verifica quando o advogado já estava exercendo o patrocínio da causa; é, porém, vedado ao advogado pleitear no processo, a fim de criar impedimento do juiz.

Art. 138. Aplicam-se também os motivos de impedimento e de suspeição:

I - ao órgão do Ministério Público, quando não for parte, e, sendo parte, nos casos previstos nos ns. I a IV do art. 135;

II - ao serventuário de justiça;

III - ao perito;

IV - ao intérprete.

mediador; até porque tanto quanto o impedimento, a suspeição vicia o procedimento pois rompe a imparcialidade_neutralidade exigida ainda que de natureza relativa.

Novidade, no entanto, é demonstrada pela declaração de impossibilidade temporária a qual deverá ser formalizada perante o tribunal, de modo que novos conflitos não sejam encaminhados àqueles que não possam atuar momentaneamente nos processos, seja por motivo de afastamento para viagem, por doença, motivo de foro íntimo, ou, outro motivo qualquer que justifique sua impossibilidade de exercer suas funções junto as partes litigantes sendo adequada a notificação ao tribunal buscando preservar a celeridade dos processos, pois caso contrário, inúmeros processos seriam encaminhados e permaneceriam paralisados face a impossibilidade de atuar dos conciliadores e mediadores impondo descrédito ao mecanismo ora positivado.

Não se trata de novidade mas o acordo firmado pelas partes será formalizado e firmado não apenas pelas partes acordantes mas também pelos conciliadores e mediadores o que se exige de qualquer acordo seja ele judicial ou extrajudicial; no entanto, por se tratar de conciliação e mediação firmadas em juízo refere o projeto a necessidade de homologação pelo juiz de direito, cujo ato conferirá ao acordo executividade; assumirá a natureza de título executivo judicial de forma que em não havendo o cumprimento do que ali se encontra firmado poderá a parte pleitear o seu cumprimento pelo procedimento executivo, indiferentemente da espécie de obrigação, se de fazer, não fazer, pagar ou entregar coisa certa ou incerta.

À guisa de uma conclusão, é preciso compreender que a inserção da conciliação e da mediação de forma expressa no projeto do novo código de processo civil veio conceder ao sistema processual um avanço a muito esperado no que se refere a efetividade do acesso a justiça, e, que em outros países há anos já vinha sendo implementada de forma eficaz na solução de conflitos; mas, que, no entanto, não será suficiente se não houver um trabalho de conscientização dos operadores do direito bem como da própria sociedade acerca da facilidade, das vantagens econômicas, sociais e emocionais de se promover a composição dos conflitos com base na manifestação de vontade das partes, de se extinguir o conflito por meio da conciliação ou da mediação.

Meios estão sendo oportunizados, há muito tempo inúmeras reformas do código de processo civil vêm sendo realizadas de modo a promover o acesso à justiça, não mais percebido apenas como meio alternativo extrajudicial de composição de conflitos mas também como meio instrumentalizador do próprio processo, enquanto instrumento eficaz de concretização da justiça, a neste contexto insere-se a conciliação e mediação judiciais. No entanto, ainda requerem maior introspecção voltada a sua aceitação e efetivação.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALVES, Cleber Francisco; PIMENTA, Marília. *Acesso à justiça em preto e branco: retratos institucionais da defensoria pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso á Justiça*. Trad. Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça*. Rio de Janeiro: 2.ed. Forense, 2000.

JUNIOR, José Alcebíades. *A importância do Poder Judiciário para a democracia e seus atuais desafios*. Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro: Estácio de Sá, ^aI, 1999.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: livraria do Advogado, 1999.

_____. *Outras Formas de Dizer o Direito*. In: *Em nome do acordo. A mediação no direito*. Org. Luiz Alberto Warat. Argentina: ALMED, s/d.

PINTO, Cristiano Paixão Araújo. *Modernidade, tempo e direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

STRECK, Lenio Luiz, MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.