



Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros

ISSN: 2237-2342 (impresso)
L-ISSN: 2178-2008 (on-line)

Ano IX, Vol.IX, n.36, out./dez., 2018.

Tramitação editorial:
Data de submissão: 30/10/2018.
Data de reformulação: 15/11/2018.
Data de aceite definitivo: 28/11/2018.
Data de publicação: 20/12/2018.

OS DIREITOS NATURAIS E A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: AS POSSIBILIDADES DA AUTOCOMPOSIÇÃO DIANTE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Paulo Gustavo Barbosa Caldas¹

RESUMO Conflitos originados de direitos naturais são suscetíveis à autocomposição? A autocomposição possibilita a tutela dos direitos naturais, positivados ou não. Disputas são tão antigas quanto a humanidade, a sua resolução de forma técnica, como através do processo, da arbitragem, da conciliação e mediação, é mais jovem. Os direitos naturais estão na origem e solução de qualquer conflito e podem ser tutelados pela autocomposição e, entre as possibilidades, além do processo judicial, devem ser estimuladas a mediação e a conciliação. Os dados divulgados pelo CNJ, no Relatório Justiça em Números 2016, são estimulantes e preocupantes. Indicam 27 milhões de casos novos chegaram ao Judiciário e que esses novos processos foram somados aos 74 milhões que não foram encerrados no ano anterior. Em 2016, nas Justiças estaduais, Federal e Trabalhista, foram realizadas 274.183 audiências, tendo sido homologados 130.022 acordo, equivalente a 47.42%, que somados chegaram a R\$ 1.272.993.341,86. Pela primeira vez, o CNJ divulgou o quantitativo de processos resolvidos por acordo, em mediações ou conciliações. O índice médio ficou 11%, e o número total foi de 27,2 milhões de processos extintos por sentenças homologatórias. Apesar dos bons resultados, ainda existem questões que a doutrina e a jurisprudência ainda precisarão se posicionar, como acontece com relação à obrigatoriedade da audiência de conciliação e mediação. A autocomposição, ao lado do processo civil, por ser uma realidade, deve ser estimulada e seus agentes capacitados.

ABSTRACT Conflicts stemming from natural rights are susceptible to self-determination? Self-composition enables the protection of natural rights, whether positive or not. Disputes are as old as humanity, its resolution in a technical way, as through process, arbitration, conciliation and mediation, is younger. Natural rights are at the origin and solution of any conflict and can be protected by self-determination and, among the possibilities, in addition to the judicial process, mediation and conciliation should be encouraged. The data released by the CNJ, in the Justice Report in Numbers 2016, are stimulating and worrying. They indicate 27 million new cases reached the Judiciary and that these new cases were added to the 74 million that were not closed the previous year. In 2016, in State, Federal and Labor courts, 274,183 hearings were held, and 130,022 agreements were approved, equivalent to 47.42%, which totaled R\$ 1,272,993, 341.86. For the first time, the CNJ released the number of cases resolved by

¹ Analista judiciário no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - TJDF. Professor universitário desde 2003, atualmente ministrando processo civil e resolução alternativa de disputas na Faculdade Processus, em Brasília - DF. Experiência como conciliador e mediador judicial. Mestrando em direito e políticas públicas, no UNICEUB. Pós graduado em direito público, pela Fundação Escola do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, e em direito administrativo, pela Faculdade Cândido Mendes. Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - CEUB.

agreement, in mediations or conciliations. The average index was 11%, and the total number was 27.2 million cases terminated by homologatory sentences. Despite the good results, there are still issues that doctrine and jurisprudence will still need to position themselves, as is the case with regard to the conciliation and mediation hearing. The self-composition, along with the civil process, to be a reality, must be stimulated and its agents trained.

INTRODUÇÃO

Conflitos originados de direitos naturais são suscetíveis à auto-composição? Adianto que a resposta é sim. A autocomposição possibilita a tutela dos direitos naturais, positivados ou não. Possibilitar a interação entre os interessados, com vistas à solução consensual, ou cooperada, de um conflito, é uma forma eficiente para assegurar a proteção de direitos fundamentais. O aprimoramento da metodologia de análise acerca dos diversos conflitos, com uma visão estratégica é essencial, e medidas nesse sentido devem ser adotadas em todos os campos da sociedade. Agentes públicos e privados precisam assumir a condição de protagonistas neste caminho.

Conforme a origem do conflito há uma variedade de métodos de resolução que pode ser utilizada conforme os interesses e possibilidades dos envolvidos. A defesa de direitos naturais carrega características subjetivas que somente as partes interessadas podem compreender sua verdadeira extensão. A autocomposição tem nítida relação com a tutela dos direitos naturais, na medida em que possibilita a construção do consenso, de forma voluntária e de acordo com os íntimos interesses dos envolvidos.

O processo civil tem como essência a proteção de direitos naturais, como vida, liberdade, família, patrimônio. O próprio acesso à autocomposição pode ser visto como o exercício de um direito natural, a ser assegurado no curso da relação processual através da audiência de mediação ou conciliação. O vigente Código de Processo Civil nitidamente possibilita que as partes sejam estimuladas à solução não compulsória de seus conflitos. A oportunidade de assistência processual por um conciliador ou mediador é uma prerrogativa de quem procura o Judiciário, que não pode ser suprimida sem fundamentação específica.

No campo do direito processual civil, a doutrina conceitua conflito como:

“situações em que uma pessoa, pretendendo para si determinado bem, não pode obtê-lo – seja porque (a) aquele que poderia satisfazer a sua pretensão não a satisfaz, seja porque (b) o próprio direito proíbe a satisfação voluntária

da pretensão (p. ex., a pretensão punitiva do Estado não pode ser satisfeita mediante um ato de submissão do indigitado criminoso).”²

A compreensão da relação entre conflitos e direitos naturais exige o estudo quanto à essência que une ambos fenômenos. Conflitos e direitos naturais. Nesse caminho, por serem temas atemporais, é útil o apoio de historiadores, antropólogos, juristas, cientistas políticos, clássicos e contemporâneos.

Em uma primeira fase, estudiosos da escola clássica da Teoria do Conflito, onde se incluem Tucídides, Sun Tzu, Maquiavel, Marx, começaram a sistematizar e estudar como extinguir e evitar o conflito. Mais recente, os conducinistas aprofundam a matéria, com base na teoria dos jogos e em estudos sobre negociação. Em 2005, Thomas Schelling, foi o ganhador do Prêmio Nobel, por seu trabalho sobre a estratégia do conflito com base na teoria dos jogos.

Samuel Pufendorf, jurista alemão, em *Os deveres do homem e do cidadão de acordo com as leis do direito natural*, no século XVII, já alertava ser dever natural viver pacificamente:

“Embora nada haja mais em conformidade com as Leis da Natureza do que a mútua Paz dos Homens um com o outro, preservada pela voluntária Dedicção de cada Pessoa ao seu Dever; viver juntos em uma Condição de Paz, sendo uma peculiar Distinção dos Homens em relação aos Irracionais; e, no entanto, às vezes tanto Legítimo quanto necessário ir à Guerra, quando, devido à Injustiça de outrem, não podemos sem o Uso da Força, preservar o que é nosso, nem desfrutar os Direitos que são propriamente nossos.”³

Jean-Jacques Rousseau, no clássico *Do contrato social*, adverte que as partes devem procurar cooperar antes de procurar o juiz na solução de questões particulares.

“Com efeito, tão logo se trate de um fato ou de um direito particular, sobre ponto não regulado por convenção geral e interior, o negócio se torna contencioso; constitui um processo em que os particulares interessados representam uma das partes e o público outra, mas no qual não vejo nem a lei a ser seguida nem o juiz que deve pronunciar. Seria então ridículo remontar a uma expressa decisão da vontade geral, que só pode ser a conclusão de uma das partes, e que, por conseguinte, não passa para a outra de uma vontade estranha, particular, induzida à injustiça e sujeita ao erro.”⁴

² DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo, p. 26.

³ PUFENDORF, Samuel. *Os deveres do homem e do cidadão de acordo com as leis do direito natural*, p. 253.

⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*, p. 25.

Yuval Noah Harari, historiador israelense, em *Sapiens: Uma breve história da humanidade*, informa que grande parte da história humana pode ser contada com base em conflitos entre iguais e desiguais, “os que têm e os que não têm: entre povos que dominavam a agricultura e aqueles que não dominavam; ou entre aqueles que adquiriram esse domínio em diferentes momentos”. Sustenta que os direitos naturais fazem parte de uma ficção, um mito:

“É fácil aceitar o Código de Hamurabi como um mito, mas não queremos ouvir que os direitos humanos também são um mito. Se as pessoas perceberem que os direitos humanos só existem na imaginação, nossa sociedade não corre o risco de desmoronar? Voltaire afirmou, a respeito de Deus: “Deus não existe, mas não conte isso ao meu servo, para que ele não me mate durante a noite”. Hamurabi teria dito o mesmo sobre seu princípio de hierarquia, e Thomas Jefferson, sobre os direitos humanos. O Homo sapiens não tem direitos naturais, assim como aranhas, hienas e chimpanzés não têm direitos naturais. Mas não conte isso aos nossos servos, para que eles não nos matem durante a noite”.⁵

Jared Mason Diamond, biólogo evolucionário, fisiologista e biogeógrafo, em *Armas, germes e aço*, argumenta que as minorias precisam defender seus direitos, mas que o caminho não pode ser pela força:

“Muitos povos autóctones — como os nativos do Havaí, os aborígenes australianos, os siberianos, e os índios dos Estados Unidos, Canadá, Brasil, Argentina e Chile — foram tão dizimados por genocídios e doenças que acabaram superados em quantidade pelos descendentes dos invasores. Embora sejam incapazes de produzir uma guerra civil, eles exigem e defendem cada vez mais os seus direitos”.⁶

Rousseau, Pufendorf, Diamond e Harari, convergem para assertiva de que os direitos naturais estão na origem de muitos conflitos de interesse privado. Que os direitos naturais constituem-se de um conceito, ou mito, admitido por consenso, em um contrato social. E, por fim, que esse tipo de conflito deve ser gerenciado pelas próprias partes, antes de apresentado ao Estado.

Diamond, em sintonia com Rousseau, chega a defender que a igualdade de direitos é um pacto, uma vez que “*Nós sabemos que as pessoas não são iguais biologicamente!*”. Mas acreditar na igualdade, através de uma “*ordem imaginada*” possibilita a criação “*uma sociedade estável e próspera*”, baseada na cooperação.

⁵HARARI, Yuval Noah. *Sapiens – Uma breve história da humanidade*, p. 119.

⁶DIAMOND, Jared. *Armas, germes e aço: os destinos das sociedades*, p. 11.

“Acreditamos em uma ordem em particular não porque seja objetivamente verdadeira, mas porque acreditar nela nos permite cooperar de maneira eficaz e construir uma sociedade melhor. Ordens imaginadas não são conspirações malignas ou miragens inúteis. Ao contrário, são a única forma pela qual grandes números de seres humanos podem cooperar efetivamente. Lembre-se, no entanto, que Hamurabi pode ter defendido seu princípio de hierarquia usando a mesma lógica: “Eu sei que homens superiores, comuns e escravos não são tipos de pessoas inerentemente diferentes. Mas se acreditarmos que são, isso nos permitirá criar uma sociedade estável e próspera”.⁷

Os direitos naturais, assim como os positivados, podem ser fonte para a formação de conflitos, o que é importa é a escolha do melhor método e isso pode ser feito compreendendo a origem das questões conflituosas. Enquanto que os direitos positivos, por necessidade, dependem de leis para sua existência, os primeiros sequer dependem da presença do Estado, na medida em que coexistem com a própria humanidade. A tutela de direitos positivos, assim como a dos direitos naturais, deve ser feita em primeiro lugar pelos próprios interessados e, como segunda via, através da intervenção do Estado.

É plausível concluir que métodos que privilegiam a autocomposição têm aptidão para a tutela de direitos naturais, através da resolução natural do conflito, possibilitando, em consequencia, a redução do desequilíbrio de poder entre partes, hiper e hipossuficientes.

A escolha sobre *como* um conflito deve ser resolvido é uma medida que deve levar em conta tanto os interessados, como a origem, os antecedentes e outros elementos que integram o conflito. Nesse contexto, ganha relevo o estudo da gestão estratégica da resolução de disputas, para que as partes possam escolher, ou ser orientadas, para a escolha, sabendo diferenciar as hipóteses que podem ser resolvidas pela negociação direta, das que precisam da assistência de um terceiro, como a conciliação ou a mediação assistida, e, por fim, das que somente serão resolvidas mediante a intervenção de um terceiro, como acontece com a arbitragem e o processo judicial.

1. A ORIGEM DOS CONFLITOS SEGUNDO A NATUREZA DAS RELAÇÕES SOCIAIS

Disputas são tão antigas quanto a humanidade, a sua resolução, contudo, deve ser um pouco mais jovem. Esclarecer a partir de quando os homens dei-

⁷ DIAMOND, Jared. Armas, germes e aço: os destinos das sociedades, p 116.

xaram de resolver suas contendas pela violência e força para buscarem o apoio de terceiros é uma questão que, certamente, poderá ser mais bem esclarecida por antropólogos e historiadores. O estudo da resolução de disputas visa estimular o uso de ferramentas, ou instrumentos, que, ao mesmo tempo em que afastam posturas ou medidas amparadas pela força e violência, facilitam a comunicação e o consenso.

Para bem compreender a dimensão do gerenciamento de conflitos, é preciso esclarecer que a disciplina tem raízes multidisciplinares, tendo sido inicialmente concebida como uma ferramenta das ciências sociais, hoje seu campo de aplicação foi ampliado para as mais diversas áreas, como antropólogos, historiadores, sociólogos, psicólogos, economistas, cientistas políticos, matemáticos (teoria dos jogos), administradores, diplomatas e advogados.

Althusius, em capítulo sobre a Prudência Política na Administração da Comunidade, tece comentários acerca de como o magistrado supremo deve administrar a comunidade. Destaca importância de qualidades como “*cuidado, trato, prudência, supervisão e defesa dos sábios*”. Aponta para a importância do diálogo entre as diversas áreas do conhecimento.

“Deve-se buscar a experiência a prática dos homens cultos por meio das conversações com personagens insígnies, com teólogos, juristas, filósofos, historiadores, generais, soldados e outros. Um príncipe pode aprender mais num breve colóquio em torno de uma mesa com esses homens, ou enquanto caminha, peregrina ao seu lado e os consulta, do que em período de tempo maior nas escolas”⁸.

Sem sombra de dúvidas, já que toda disputa, em tese, pode chegar a um tribunal, os juristas (advogados, juízes, promotores, etc) são os grandes práticos na área de conflitos. Tanto uma questão de esfera íntima, envolvendo uma relação conjugal, como situações extremamente complexas, a exemplo da fusão entre duas multinacionais, podem necessitar da intervenção de um advogado, de um juiz ou promotor.

Já no século XIX, sociólogos como Karl Marx e Emile Durkheim, entre outros, buscavam compreender os conflitos sociais, quanto às suas origens, trajetórias e efeitos, tendo traçado as primeiras linhas de uma teoria do conflito, dividindo-o em individual, familiar, coletivo e internacional. Para Durkheim, os conflitos sociais seriam como vícios no contato social. Marx, em sua Teoria do Conflito Soci-

⁸ ALTHUSIUS, Joahnes. Política, p. 275.

al, os conflitos seriam divididos lados ou, de um lado a classe dominante e de outro a trabalhadora.

Psicólogos também têm grande influência no estudo de disputas, à medida que fornecem esclarecimentos especializados quanto ao comportamento dos conflitantes, suas percepções e emoções. Estudos de economistas, por sua vez, são de grande importância para o desenvolvimento de técnicas de resolução de disputas, à medida que, com análises aprofundadas, conseguem clarear cenários extremamente complexos, onde várias partes, envolvidas em uma mesma questão, buscam maximizar seus ganhos e minimizar suas perdas.

Com base na leitura de *Política*, de Johannes Althusius, é possível constatar que as relações sociais se desenvolvem de acordo com estruturas, que evoluem da família até a federação. A organização humana tem influência na relação de dependência entre os homens. Desde os povos nômades, caçadores coletores, até os cidadãos moradores das atuais grandes cidades, a humanidade se relaciona através de conflitos que podem ser estruturalmente avaliados, segundo a organização de origem. Em seu conceito de federalismo moderno, defende a soberania popular baseada na relação de dependência entre os indivíduos, conciliando conceitos de origem bíblicas, aristotélicas e neocalvinistas. Para Althusius, sociologicamente, o homem depende das relações que estabelece com os demais membros da sua comunidade, em uma relação de simbiose.

“O fim do homem político ‘simbiótico’ é a simbiose santa, justa, proveitosa e feliz, e uma vida para a qual não falte nada de necessário ou de útil. Para viver essa vida, nenhum homem é auto-suficiente (...) ou bastante provido pela natureza. Pois o homem nasce privado de toda a assistência, desnudo e inerte, como se tivesse perdido todos os bens num naufrágio, fosse lançado nas desgraças dessa vida e não se sentisse capaz de, por seus próprios meios, alcançar o seio da mãe, suportar a inclemência do tempo, nem mover-se do lugar aonde foi arremessado. Sozinho nesse começo de vida terrível, com tanto pranto e lágrimas, seu futuro se afigura uma ingente e miserável infelicidade”⁹.

As estruturas, privadas ou públicas, possibilitam que os indivíduos, por estarem em grupos, se apoiem quanto às necessidades. Para isso, é preciso que se estabeleça o consenso, de forma que todas as necessidades possam ser atendidas. A soma entre capacidades e necessidades assegura a interação simbiótica.

Conforme definido por Althusius, a formação dos grupos humanos decorre da necessidade de socialização, e dos obstáculos do isolamento. Existe uma

⁹ ALTHUSIUS, Joahnes. *Política*, p. 103.

prestação recíproca de serviços, que redundam na necessidade do reconhecimento de direitos, sob pena de exclusão ou isolamento.

Nessa mesma linha, Jared Diamond narra que humanidade, em seus primórdios, se organizou em bandos, e antes de surgirem os Estados, evoluíram para tribos, que contavam com mais de 100 indivíduos, surgindo a “*difícil questão da solução de conflitos entre estranhos*”.¹⁰ Os bandos não criam muitas instituições, ou regras, na medida em que os poucos que convivem tem origem homogênea, a terra é usada em conjunto e não há tendência subgrupos. Não há instituições formais, como leis, polícia e tratados, para solucionar conflitos dentro do bando e entre os bandos. Os conflitos, nessas estruturas sociais de menor complexidade, são resolvidos diretamente entre os interessados, que, na sua maioria, são unidos por vínculos familiares e, por isso, são conhecidos.

Nas tribos a solução de conflitos se torna mais complexa tendo em vista que envolvem mais indivíduos, mas, ainda assim, segundo Diamond, quase todos os envolvidos são parentes consanguíneos ou por afinidade, ou ambos. Esses laços de parentesco interligando todos os membros da tribo tornam desnecessárias polícia, leis e outras instituições usadas na solução de conflitos das sociedades maiores.

“Cerca de 7.500 anos atrás, com o aparecimento das tribos centralizadas, as pessoas tiveram que aprender, pela primeira vez na história, como encontrar-se regularmente com estranhos sem tentar matá-los. Parte da solução desse problema representou para uma pessoa, o chefe, o exercício do monopólio sobre o direito de usar a força. Em contraste com o homem-grande de uma tribo acéfala, o chefe ocupava um posto reconhecido, preenchido por direito hereditário. Em vez da anarquia descentralizada de uma reunião na aldeia, o chefe era uma autoridade centralizada permanente, tomava todas as decisões importantes e monopolizava informações cruciais (como, por exemplo, qual era a ameaça tramada secretamente por um chefe vizinho, ou que colheita os deuses supostamente haviam prometido)”¹¹.

Quanto mais complexas as organizações, a solução de conflitos internos se torna cada vez mais formalizada por leis, um poder judiciário e a polícia. A formação de um estado, além de possibilitar ferramentas mais complexas para os conflitos internos, assegura a segurança dos seus indivíduos, colocando-os em condição de superioridade com relação aos bandos e tribos. Estados, além de superiores em popula-

¹⁰ HARARI, Yuval Noah. *Sapiens – Uma breve história da humanidade*, p.262.

¹¹ DIAMOND, Jared. *Armas, germes e aço: os destinos das sociedades*, p. 264.

ção, são mais eficientes quanto ao uso de recursos, tomada de decisões centralizadas e ao sentimento de união, como o patriotismo.

O agrupamento numeroso que deixar a solução dos conflitos a critério de seus membros tende a ser exterminado. Grandes sociedades, que tenham milhares de indivíduos, somente se desenvolverem se houver uma autoridade centralizada, que monopolize a força e oriente a forma como as disputas são resolvidas.

2 - OS DIREITOS NATURAIS E A TEORIA DO CONFLITO

Os direitos naturais estão na origem e na solução de todos os conflitos. O conceito de justiça é uma construção concretizada na resolução em que todos os envolvidos se sintam adequadamente atendidos. Vitória, derrota, certo, errado, bom, ruim, são julgamentos que podem vir tanto de quem os vivencia, como daqueles eleitos para interferir no conflito e solucioná-lo. A justiça natural, dos gregos, consiste na existência de um direito comum. Atribui-se a Platão a frase *“a justiça - consiste, simplesmente em dizer a verdade e devolver a cada um, o que lhe foi tomado”*.

A justiça natural tem origem no estado da natureza mas decorre do convívio social. A intuição decorrente do senso comum não dispensa a preparação das partes e daqueles que as auxiliarão para que o resultado final seja orientado à melhor utilidade para as partes. Até a guerra pode ser justa, *“Justum enim est bellum quibus necessarium, et pia arma ubi nulla nisi armis spes est”*, em tradução literal: Justa, na verdade, é a guerra, quando necessária, e piedosa são as armas quando só nelas reside a esperança.

Em sentido lato, conflito, que deriva da expressão em latim *conflictus*, significa embate, luta, discussão, desavença, guerra, luta, combate, colisão, choque. O homem, enquanto ser social, precisa conviver em grupos, onde, inevitavelmente, terá que se relacionar com outros indivíduos. Nos diversos relacionamentos desenvolvidos em sociedade é inevitável que surjam divergências de pensamento ou interesses entre pessoas ou grupos que se relacionam.

Desde os primórdios a humanidade se relaciona através de conflitos, a princípio lidando apenas com direitos naturais e, atualmente, com naturais, positivos, coletivos, difusos, individuais homogêneos, heterogêneos e outros.

Samuel Pufendorf, em *Os Deveres do Homem e do Cidadão*, destaca que não existe maior adequação com *“as Leis da Natureza do que a mútua Paz dos*

Homens um com o outro”¹². Noberto Bobbio conceituou o conflito como uma “fonte de interação entre indivíduos, grupos, organizações e coletividades que implica choques para o acesso e a distribuição de recursos escassos”¹³.

Quem nunca discutiu com um familiar, ou um colega de trabalho? Que sindicato, associação ou cooperativa nunca teve que sugerir ou promover uma greve ou passeata para representar os interesses de seus associados? E, por fim, que Estado ou Nação chegou à paz sem antes ter enfrentado guerras ou revoltas populares?

Vários tipos de tensões ou questões estão abrangidos dentro do conceito de conflito, entretanto, para um melhor estudo do tema é imprescindível que se esclareça que nem todo conflito é nocivo. O que pode ser prejudicial, na verdade, é a forma como é conduzido pelos partícipes. Muitas vezes é comum que a solução aplicada em determinado conflito leve ao agravamento da disputa. Como exemplo, pode-se citar o fim da Primeira Guerra Mundial, quando, após a capitulação da Alemanha, foram impostas ao povo alemão uma série de limitações econômicas e territoriais. Na ocasião, apesar de a guerra ter sido resolvida, as relações entre alemães, franceses e ingleses não foram pacificadas, mas sim acirradas, tanto que, poucos anos depois, um novo conflito bélico se instaurou em solo europeu.

Cada vez mais se destaca no cenário nacional e internacional a ideia de que os conflitos podem ser avaliados e conduzidos sobre um enfoque estratégico, podendo o fenômeno, portanto, antes de ser confrontado *in concreto*, ser objeto de análise e planejamento.

A resolução de disputas não fica mitigada à análise puramente quantitativa, baseada na barganha posicional, como acontece quando os envolvidos discutem acerca do bem e do mal, ou sobre o certo e errado. Com isso, passam a ser mais valorizados os interesses, as opções e os critérios objetivos de solução, que, inseridos em planos de ação, com metas e objetivos, servem de auxílio na busca de resultados de ganhos mútuos. É sob a ótica da negociação fundada em princípios que têm se debruçado os pesquisadores e profissionais da área de conflitos que, preocupados com a crise de eficiência por que passa o Estado, seja no desempenho da atividade de segurança pública ou através do Poder Judiciário, vêm desenvolvendo e aplicando outras maneiras, extraprocessuais, de pacificação social.

¹² PUFENDORF, Samuel. *Os deveres do homem e do cidadão de acordo com as leis do direito natural*, p.353.

¹³ BOBBIO, N. et al. (Org.) *Dicionário de Política*. 2v, p. 225.

Isto significa que, diferente de outrora, o conflito deixa de ser um mal a ser extirpado e evitado, para tornar-se objeto de estudos específicos, ganhando, desse modo, a condição de centro das atenções de profissionais que hodiernamente enfrentam situações conflituosas nos mais variados campos do conhecimento, como psicólogos, médicos, historiadores, cientistas políticos e advogados, entre outros.

Ao invés de simplesmente ser enfrentado depois de instaurado, o conflito, agora, além de ser analisado quanto aos seus efeitos e consequências, também é visto quanto às suas causas, ou seja, além da solução, tornou-se também possível a prevenção de futuras disputas.

É comum a afirmativa de que o direito estabelece o “dever ser”, mediante a estipulação de normas de conduta e sanções, que tendem a possibilitar a convivência pacífica em grupos. Portanto, sob a alegação de proteção da sociedade, não são poucos os pensam o conflitos como um mal a ser resolvido.

Entretanto, embora o direito sempre tenha lidado com conflitos, faz muito pouco tempo que os juristas passaram a entender que esse é um objeto merecedor de reflexões mais profundas, já que, como visto, a existência de divergências é inerente a todos os grupos sociais.

Desse modo, chegou-se ao entendimento de que simplesmente buscar extinguir os conflitos, ao argumento de que a sociedade harmônica seria aquela em que não há tensões ou divergências, além de ser uma tarefa irrealizável, pode ser visto como uma medida temerária, uma vez que há pontos positivos em toda situação conflituosa.

Através desta nova linha de pensamento que doutrinadores processualistas civis pátrios, entre eles os professores Adda Pellegrine Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, têm atentado para, nos dizeres do notável jurista italiano Mauro Cappelletti, o surgimento da Terceira Onda Renovatória do Processo Civil.

“Informa Cappelletti, no ensaio escrito em co-autoria com Bryant Garth, que o movimento pelo acesso à justiça constitui um aspecto central do moderno Estado Social, ou welfare State; nos países ocidentais, esse movimento tem transparecido em três fases [ou ondas], iniciadas em 1965: A primeira onda constituiu na assistência jurídica [superação dos obstáculos decorrentes da pobreza]; a segunda diz respeito às reformas necessárias para a legitimação à tutela dos interesses difusos, especialmente os respeitantes aos consumidores e os pertinentes à higidez ambiental; e a terceira onda traduz-se em múltiplas tentativas com vistas à obtenção de fins diversos, entre os quais: a) procedimentos mais acessíveis, simples e racionais, mais econômicos, eficientes e adequados a certos tipos de conflitos; b) promoção de uma

espécie de justiça coexistencial, baseada na conciliação e no critério de equidade social distributiva; c] criação de formas de justiça mais acessível e participativa, atraindo a ela membros dos grupos sociais e buscando a superação da excessiva burocratização”¹⁴.

Enquanto que a primeira onda renovatória teria se ocupado da representação legal dos pobres, ampliando a oportunidade de acesso à Justiça, e a segunda da tutela dos interesses difusos ou coletivos, em prol dos consumidores ou do meio ambiente, por exemplo, na terceira onda renovatória, vivida nos dias atuais, a preocupação está na simplificação das formas se atingir a Justiça.

Este terceiro momento de renovação processual teve início concreto com a criação dos juízos de pequenas causas, e, hoje, se destaca na divulgação e no desenvolvimento de métodos alternativos, em relação ao Poder Judiciário, de resolução ou administração de contendas, como a negociação, a mediação e a arbitragem.

O acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, não se confunde com a prestação jurisdicional, nem com a solução de conflitos através da heterocomposição, intermediada pela sentença, é a única forma para a resolução de disputas. Nesse sentido, o art. 1º, parágrafo único, da Resolução 125/2010, do CNJ, explica que:

“Aos órgãos judiciários incumbe, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão”.

Humberto Theodor Júnior, em comentários ao 3º, do Código de Processo Civil enfatiza o seguinte:

“Ao mesmo tempo em que o legislador assegura o acesso irrestrito à justiça, preconiza também as virtudes da solução consensual dos conflitos, atribuindo ao Estado o encargo de promover essa prática pacificador, sempre que possível (NCPC, art. 3º, § 2º). Nessa linha de política pública, recomenda que ‘a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial’ (NCPC, art. 3º, § 3º)”¹⁵.

Em sintonia com o atual conceito de acesso à Justiça, o atual Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015, atualizou a utilização do processo judicial com a prática de métodos autocompositivos. Segundo o art. 334, do CPC, o novo rito empre-

¹⁴ DINAMARCO, Candido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, p 274.

¹⁵ THEODOR JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, p. 77.

gado ao procedimento comum, aplicável à maioria das demandas, passa a exigir a realização da audiência de conciliação e mediação, antes da instauração do debate jurídico. A vontade das partes, assessorada pelo conciliador ou mediador, ganha relevo ao lado da sentença, como forma de resolução do conflito.

2. Autocomposição e Direitos Naturais No Código De Processo Civil De 2015

É coerente afirmar que os direitos naturais podem ser tutelados pela autocomposição e que, entre as possibilidades para a autocomposição, o processo judicial é uma via eficaz. A cultura da sentença é evidente em nossa sociedade. Segundo os resultados expostos no Relatório Justiça em Números 2016, divulgado em outubro de 2016 pelo CNJ, 27 milhões de casos novos chegaram ao Judiciário em 2015. Todos esses novos processos foram somados aos 74 milhões que não foram encerrados no ano anterior.

Apesar de todos os esforços, nenhuma medida será eficaz, se a resolução do conflito não contar o consenso dos envolvidos. Esse consenso, ou aceitação, pode tanto vir da autoridade, como das próprias partes.

Samuel Pufendorf enfatiza que a força vinculante do pacto - *juramento*, entre os cidadãos pode ser tão eficaz quanto uma excelente sentença.

“Todos os Homens concordam na Opinião de que um Juramento dá uma grande Confirmação adicional a todas as Afirmações e àquelas Ações que dependem de nosso Discurso. Um juramento é uma Afirmação Religiosa pela qual dispensamos a Clemência Divina ou invocamos sobre nós a Ira de Deus se não estivermos dizendo a Verdade. (...).

Ora, a Finalidade e a Utilidade de um Juramento são principalmente o seguinte: Obrigar os Homens a falar a Verdade de modo mais firme, ou a cumprir suas Promessas e Contratos por Temor ao Ente Divino, que é infinitamente Sábio e Poderoso; cuja Vingança eles invocam sobre si mesmos quando Joram (...)”¹⁶.

À luz do que já há muito é dito, o Judiciário pode, sem risco de lesar o direito de acesso à jurisdição, compartilhar a resolução dos conflitos com as partes. Buscar novas metodologias, apoiadas em políticas públicas, programas, projetos, prazos, enfim, estratégias.

A Resolução 125 de 2010, do CNJ, é apontada como um embrião das mudanças implementadas nos últimos anos. A Emenda Constitucional 45, conheci-

¹⁶ PUFENDORF, Samuel. *Os deveres do homem e do cidadão de acordo com as leis do direito natural*, p. 191.

da como Reforma do Poder Judiciário, aparelhou a estrutura de todos os tribunais do país, através da obrigatoriedade de órgãos com natureza permanente. Desde então, projetos pilotos, pioneiros, mas muitas vezes precários e sujeitos a interesses políticos ou pessoais, foram substituídos por uma política Judiciária Nacional, com vista à boa qualidade dos serviços e à disseminação da cultura de pacificação social.

De 2010 até os dias atuais muito se produziu na área das práticas autocompositivas. Foram criados Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Núcleos), coordenados por magistrados e compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores. Estes núcleos, por sua vez, ficaram com a incumbência de coordenar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Centros ou Cejuscs), onde são realizadas as sessões e audiências de conciliação e mediação.

2015 pode ser considerado como o ápice dessa caminhada. Com a promulgação das Leis 13.105 em março, 13.129 em maio e 13.140 em junho, o processo civil aceitou a mediação e conciliação como etapas do procedimento ordinário, a mediação passou a contar com sua própria lei e a arbitragem ganhou novas aplicações, merecendo destaque a possibilidade de utilização de árbitros para processos envolvendo pessoas jurídicas de direito público.

Entre as expectativas sobre o novo Código de Processo está simplificar e agilizar os processos judiciais, através da implementação de formas autocompositivas, estimulando a cooperação, o acordo e a negociação. Nesse contexto, o intérprete autêntico da nova norma processual, fez questão de destacar, já na exposição de motivos, sua preferência pela autocomposição:

“Pretendeu-se converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado. Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação. Entendeu-se que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz”¹⁷.

Essa predileção pela autocomposição é nítida, da leitura do art. 334, § 8º, do CPC, que considera a ausência, injustificada, à audiência de conciliação “*ato atentatório à dignidade da justiça*”, suscetível a multa de até 2% da vantagem

¹⁷ COMISSÃO DE JURISTAS RESPONSÁVEL PELA ELABORAÇÃO DE ANTEPROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: Anteprojeto. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

econômica pretendida ou do valor da causa. A negociação é reconhecida como ferramenta, quando o art. 166, § 3º, evidencia que *“admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição”*.

Referida postura reflete uma nova visão para o Poder Judiciário, que deixa de ter o monopólio da pacificação social, compreendendo que pode compartilhar a função pacificadora com a própria comunidade, que, por sua vez, passa a ter maior autonomia e responsabilidades na condução do processo. Trata-se de um grande passo na busca de uma sociedade mais madura, onde os indivíduos, antes de provocar o serviço judiciário, tentam resolver suas disputas.

Segundo o novel diploma, a conciliação passa a ter maior aplicação em questões de natureza cível, consumeristas. O conciliador, diferente do mediador, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo, expressamente, vedada qualquer conduta que constranja as partes ou as intimide, para forçar a conciliação. A mediação terá larga aplicação em questões de família, onde os litigantes desenvolvem vínculos anteriores à instauração do processo, cabendo ao mediador tentar restabelecer a comunicação e auxiliar a construção, pelos interessados, de soluções consensuais de benefícios mútuos.

Segundo consta do art. 139, inciso V, do CPC, entre os deveres e poderes do juiz está o de promover, a qualquer tempo, a autocomposição, agindo, de preferência, com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais. O art. 190, amplia as hipóteses de autocomposição, possibilitando que as partes busquem o consensualismo sobre o rito processual, dispondo sobre *“mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”*.

Ou seja, além da possibilidade de transações que versem sobre o objeto da demanda, os litigantes podem definir quais serão e como serão controlados os prazos, se haverá produção de provas, recursos, etc.

A abrangência das negociações ocorridas no curso do processo judicial podem, inclusive, abranger questões e sujeitos não integrantes da relação processual. Nesse sentido, o art. 515, § 2º, é expresso ao esclarecer que *“A autocomposição judicial pode envolver sujeito estranho ao processo e versar sobre relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo”*.

Ao tempo em que o Código de 1973 tratava apenas do papel do conciliador, o atual, no art. 149, indica tanto o conciliador como o mediador judicial, entre os auxiliares da Justiça, juntamente com o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial

de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, o partidor, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias.

De forma ratificar a preferência pela solução consensual, o legislador reformista incluiu no CPC o art. 154, onde consta que incumbe ao oficial de justiça certificar eventual proposta de autocomposição apresentada por qualquer das partes. De acordo com o parágrafo único, se for feita proposta de transação, a parte contrária deverá ser intimada para manifestar-se, no prazo de cinco dias. Comprovando a autonomia entre a via negociada e o processo judicial, a proposta de autocomposição não suspende o andamento regular da ação, e o silêncio equivale da parte contrária equivale à recusa. Ou seja, não havendo consenso, o processo prossegue sem necessidade de uma resposta formal, do destinatário da proposta de acordo.

Em sintonia com as diretrizes constantes da Resolução 125/2010, CNJ, o novel diploma processual prevê a criação dos centros judiciários de solução consensual de conflitos (CEJUSCs), responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

Consta do Código que a conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. Isso significa que a utilização de qualquer método para-processual não impede a continuidade da ação judicial, que as partes devem ser auxiliadas por terceiro desinteressado, respeitada a vontade das partes, a confidencialidade dos atos, e, com prevalência, da oralidade e informalidade.

Conforme consta do art. 166, § 1º e 2º, são confidenciais as informações produzidas no curso do procedimento, de forma que conciliador, mediador não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação. Além disto, segundo art. 172, conciliador e o mediador são impedidos, pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuaram, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes.

Enquanto que o CPC de 1973, no art. 447, limitava a audiência de conciliação para litígios envolvendo direitos patrimoniais de caráter privado, o vigente Código possibilita a realização de audiência de conciliação, para casos em que não tiver havido vínculo anterior entre as partes, e de mediação, para casos em que houver relação anterior entre as partes (art. 165, §§2º e 3º).

Poderão ser realizadas várias audiências de conciliação ou mediação, com intervalo não superior a 2 meses (art. 331, § 2º), que cabe ao autor, na inicial, e ao réu, na contestação, mencionar se há interesse em transacionar (§ 5º), bem como que o não comparecimento injustificado consistirá em ato atentatório à dignidade da justiça, sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa (§ 8º).

CONCLUSÃO

Ao término do presente estudo, a resposta encontrada é positiva em vários pontos, mas preocupante em outros. O estímulo à autocomposição é muito mais um resgate de conceitos e práticas muito anteriores ao que comumente são chamados de métodos alternativos. Em tempos remotos, antes de existir o Judiciário, a tutela dos direitos não era feita com base em códigos, leis. A concretização dos direitos naturais, portanto, não está atrelada ao processo judicial, nem tão pouco exige que sempre exista a intervenção de terceiros.

A oportunidade de escolher qual o método para solução dos conflitos é um caminho para a tutela de direitos naturais relacionados ao acesso à Justiça. A autocomposição possibilita a tutela dos direitos naturais, positivados ou não. Estimular a cultura do acordo, não importa em ofensa ao direito à prestação jurisdicional, na medida em que o Poder Judiciário continua, por determinação constitucional, o guardião maior da Ordem Jurídica. O implemento da mediação e da conciliação é uma inovação que, certamente, aproximará, através do vínculo da cooperação, partes, advogados, juízes, promotores e demais agentes que atuam na solução questões, judiciais e extrajudiciais.

São positivas as ações adotadas com vistas ao estímulo de práticas autocompositivas. Além da inserção da mediação e da conciliação como etapas do processo civil comum, tanto o Setor Público como o Privado têm demonstrado interesse em participar da recente onda conciliatória. Programas desempenhados no âmbito dos Tribunais de Justiça são destaque tanto pela inovação como pelos resultados. Justiça Comunitária e Justiça Restaurativa são bons exemplos que as técnicas para a autocomposição podem se expandir para outros tipos de conflitos.

A Semana Nacional da Conciliação tem a capacidade de mobilizar, anualmente, todos os tribunais, que devem selecionar os processos que tenham possibilidade de acordo. Conforme dados fornecidos pelo CNJ, em 2016, nas Justiças estaduais, Federal e Trabalhista, foram realizadas 274.183 audiências, tendo sido homolo-

gados 130.022 acordo, equivalente a 47.42%, que somados chegaram a R\$ 1.272.993.341,86.

Em 2016, pela primeira vez, na 12ª edição do Relatório Justiça em Números, o CNJ divulgou o quantitativo de processos resolvidos por acordo, em mediações ou conciliações. O índice médio ficou bem abaixo da Semana Nacional, em 11%, mas o número total de acordos é bastante significativo, já que foram 27,2 milhões de processos extintos por sentenças homologatórias¹⁸.



A expectativa é que o índice seja influenciado pelo novo Código de Processo Civil que exige a audiência de conciliação ou mediação antes mesmo da contestação. Ainda assim os números são impressionantes e, por isso, precisam ser divulgados e estudados.

A evolução das práticas autocompositivas, ao lado do direito processual, depende de outras respostas e dados, para que com o tempo possamos chegar ao consenso quanto ao seu verdadeiro alcance.

A começar pela obrigatoriedade, ou voluntariedade, da audiência de conciliação e mediação. A doutrina ainda não é uniforme, e a jurisprudência não teve tempo para se posicionar, se a audiência é obrigatória e sobre em que circunstâncias ela pode ser dispensada. Alexandre Câmara é firme no sentido que “basta que uma das partes manifeste sua intenção de não participar da audiência (...) para que esta não possa ser realizada”¹⁹. Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, em sentido contrário, já entendem que “a realização da audiência não é obrigatória, mas sua supressão depende de manifestação expressa dos dois polos da demanda”²⁰.

¹⁸ <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83676-relatorio-justica-em-numeros-traz-indice-de-conciliacao-pela-1-vez> (acessado em 10/7/2017, 21:00)

¹⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*, p. 201.

²⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil: cognição jurisdicional*, vol. 2, p. 129.

Além de divergências doutrinárias, outros dados estatísticos, como o índice de conciliação, devem ser coletados. Qual a quantidade de acordos que precisam ser exigidos através de cumprimento de sentença? Quem são os conciliadores e mediadores? Qual a formação, remuneração e motivações de quem atua na área? Como são feitos os trabalhos no setor privado? E muitas outras perguntas ainda terão que respondidas, catalogadas e processadas.

Certo que, se é uma onda como dito por Cappelletti, temos pela frente um tsunami. Atentar para as vantagens e benefícios, aprimorar os mecanismos e capacitar os agentes são medidas que devem ser implementadas com seriedade. O trilho está traçado e agora, com o novo Código de Processo Civil e a Lei da Mediação, pavimentado. Todos, cidadãos, juristas, agentes públicos e privados podem optar por surfar ou afundar com essa gigante onda.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ALTHUSIUS, Joahnes. *Política*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003.
2. BOBBIO, N. et al. (Org.) *Dicionário de política*. Brasília: Editora UnB, 2007.
3. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.
4. COMISSÃO DE JURISTAS RESPONSÁVEL PELA ELABORAÇÃO DE ANTE-PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. *Código de Processo Civil: anteprojeto*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.
5. DIAMOND, Jared. *Armas, germes e aço: os destinos das sociedades*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2013.
6. DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
7. DINAMARCO, Candido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores.
8. HARARI, Yuval Noah. *Sapiens: Uma breve história da humanidade*. 14ª ed. Porto Alegre: L&pm, 2016.
9. PUFENDORF, Samuel. *Os deveres do homem e do cidadão de acordo com as leis do direito natural*. Rio de Janeiro: Topbooks.
10. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. VirtualBooks. Formato: e-book/rb, Código: RCM, ed. eletrônica: Ridendo Castigat Mores, 2002, Trad. Rolando Roque da Silva.

11. THEODOR JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 57 ed. Rio de Janeiro: Forense.
12. WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil: cognição jurisdicional*, vol. 2. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.