

DOS MEIOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS ENTRE AS PARTES.

JOSÉ DA SILVA PACHECO

SUMÁRIO: 1 — Introdução. 2 — Do aspecto histórico do tema em nosso País. 3 — Da enorme influência de Carnelutti e de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, no desenvolvimento do sistema 4 — Do tema em nosso País, desde meados do Século passado. 5 — Do assunto, sob o aspecto legislativo, após a Constituição de 1.988. 6 — Da recente tese sobre a matéria. 7 — Consideração final.

1 — Introdução

Após as discussões e estudos, advindos, principalmente, nas últimas décadas do século passado e no curso na primeira década deste, os meios de solução dos conflitos são: a autotutela — que é, desde logo, afastada por ser um meio egoísta de solução de conflitos, só admitida em hipóteses excepcionais —, a autocomposição, obtida pelos próprios litigantes, espontaneamente ou incentivados por mecanismos predipostos para esse fim, e a heterocomposição, praticada pelo Estado, no exercício de sua atividade jurisdicional, assim como pela arbitragem.

Considera-se autotutela, a imposição da solução por uma das partes envolvidas; a autocomposição a prevenção ou solução do litígio por consenso entre as partes, podendo ser endoprocessual ou extraprocessual. Na primeira hipótese, extingue o processo com resolução do mérito (art.. 269, incisos II, III e V do CPC).

Entre os mecanismos que têm em vista a autocomposição, destacam-se a negociação, mediação e conciliação. Esta pode ser judicial ou extrajudicial, consistindo na atividade desenvolvida para incentivar, facilitar e auxiliar as partes a se autocompor.

Vamos, em seguida, tecer algumas ligeiras considerações sobre esse tema que se encontra, atualmente, na ordem do dia, em nosso país.

2 — Do aspecto histórico do tema, em nosso país

Historicamente, tanto no âmbito constitucional quanto no processual, o enfoque da autocomposição, conciliação ou reconciliação das partes tem passado por diversas fases como adiante assinalaremos.

Na primeira fase, era a conciliação prévia uma formalidade necessária e obrigatória de todos os processos, com apenas algumas exceções. A primeira Constituição do Império do Brasil, de 1824 determinava, expressamente, em seu art. 161, que sem se fazer constar que se tinha intentado o meio de reconciliação, não se começaria processo algum.

O Regulamento n. 737, de 25 de novembro de 1850, dispunha, em seu art. 23, que nenhuma causa comercial seria proposta em juízo contencioso, sem que, previamente, se tivesse tentado o meio de conciliação por ato judicial ou por comparecimento voluntário das partes. Excepcionavam-se as causas derivadas de papéis de crédito endossados e as causas em que as partes não pudessem transigir, conforme o disposto nos parágrafos do art. 23 do Reg. n. 737, de 1850, que fazia referência aos arts. 23, 309, 310, 838 e 856 do Código Comercial, de 1850.

Nos termos do art. 24 do Reg. n. 737, podia ser intentada a conciliação, perante qualquer juiz de paz, onde o réu fosse encontrado, ainda que não fosse na freguezia de seu domicílio.

Na segunda fase, proclamada a República, a primeira constituição republicana não reproduziu o dispositivo do art. 161 da primitiva Carta imperial, e o Decreto Federal n. 359, de 26 de abril de 1890, aboliu, em seu art. 1º, a conciliação como formalidade preliminar ou essencial para serem intentadas ou prosseguirem as ações cíveis e comerciais. Contudo, nesse mesmo dispositivo, ficou ressalvado “às partes que estivessem na livre administração de seus bens e aos seus procuradores legalmente autorizados, a faculdade de porem termo à causa em qualquer estado e instância, por desistência, confissão ou transação, nos casos em que fosse admissível e mediante escritura pública, termo nos autos, ou compromisso que sujeitasse os pontos controvertidos a juízo arbitral”. Abolida, pois, a obrigatoriedade da conciliação preliminar, que prevalecia na primeira fase, passou ela a ser meramente facultativa. O Código de Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo (Lei n. 2.421, de 14.01.1930), ao cuidar dos processos preparatórios, preventivos e incidentes,

regulou a conciliação, nos arts. 368 a 371. Consoante o estabelecido no referido art. 368, “as pessoas capazes de transigir, que se apresentassem voluntariamente perante qualquer juiz de paz, declarando que desejavam conciliar-se, em matéria suscetível de transação, eram admitidas a expor verbalmente o caso, dar explicações e provas e fazer propostas e contrapropostas para a solução da dúvida”. Do ocorrido era lavrado um termo circunstanciado assinado pelo juiz de paz, pelas partes e por duas testemunhas, termo esse que tinha força de sentença (art. 371 CPC ESP).

Na Bahia, a Lei de Organização Judiciária, de 1915, atribuída, no art. 36, § 2º, ao juiz de paz, conciliar as partes que espontaneamente a ele recorressem.

Embora fossem omissos os demais códigos estaduais, Lopes da Costa esclarecia que, em alguns estados, “o juiz de paz permaneceu durante algum tempo para, voluntariamente procurado pelos interessados, levá-los a compor amigavelmente a divergência que os separasse” (Manual Elementar de Direito Processual Civil, revisto por Sálvio de Figueiredo Teixeira, pág. 22; idem, Direito Processual Civil brasileiro, vol. I, págs. 76 e 77).

3 — Da enorme influência de Carnelutti e Niceto Alcalá-Zamora y Castillo sobre o tema

Na terceira década do Século passado, Francesco Carnelutti, quando professor universitário de Milão, tratou da autocomposição da lide, entre os equivalentes jurisdicionais (Sistema de Diritto Processuale Civile, Padova, 1936, vol. I, n. 55).

Nicetto Alcalá-Zamora y Castillo, no México, brindado por Carnelutti com o termo *autocomposição*, brindou-nos com a sua obra publicada em 1947 e 1970, em que considerou, explicitamente, o processo, a autocomposição e autodefesa, como as três possíveis formas de solução dos litígios. Nessa obra, sustentou o seguinte: 1º) que a autodefesa, que combina a parcialidade e o egoísmo, aparece, desde o primeiro momento, como uma solução deficiente e perigosa, e daí resulta que explícita ou implicitamente, os ordenamentos jurídicos dos estados a proíbam como regra, ainda que a consintam em situações excepcionais, e ainda que sujeitas a processo ulterior para declarar a sua licitude no caso concreto; 2º) que a autocomposição, antes ou depois de surgido o processo, parece à primeira vista, senão a melhor das três, uma fórmula satisfatória, especialmente por sua economia de custo; 3º) o processo se apresenta como o meio que maiores possibilidades oferece de dar solução justa e pacífica ao conflito, não obstante seja a mais demorada e custosa.

4 — Do tema em nosso país, desde meados do século passado

Em nosso país, desde meados do século passado, principalmente em suas últimas décadas, vêm os processualistas admitindo novos meios alternativos de composição dos litígios.

Embora persista a enérgica repulsa à autodefesa ou autotutela, que facilita a satisfação do mais forte ou astuto, a lei a permite em casos excepcionais.

A autocomposição, todavia, vem sendo admitida como legítimo meio alternativo de solução dos conflitos. Como salientam Antonio Carlos de Araujo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Dinamarco, “sendo disponível o interesse material, admite-se a autocomposição em qualquer de suas formas clássicas: transição, submissão, desistência (e qualquer uma delas pode ser processual ou extraprocessual). Em todas as hipóteses, surge um novo preceito jurídico concreto, nascido da vontade das partes (ou de uma delas) e que irá validamente substituir aquela vontade da lei que ordinariamente derivada do encontro dos fatos concretos com a norma abstrata contida no direito objetivo” (*Teoria Geral do Processo*, Malheiros editores, pág. 30).

A conciliação prévia extrajudicial e a conciliação endoprocessual, atualmente são não só defendidas pelos juristas, mas também, expressamente admitidas pelo nosso ordenamento jurídico. São consultáveis sobre o assunto, entre outros, Antonio Scarance, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Magalhães Gomes e Luiz Flavio Gomes, in *Juizados especiais criminais*, SP, RT, 1999; Ada Pellegrini Grinover, *Novas Tendências do Direito Processual*, Forense Universitária, Rio, 1990; Walter Ceneviva, *Conciliação no processo Civil brasileiro* (Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira) SP, Saraiva, 1996.

5 — Do assunto, sob o aspecto legislativo, após a Constituição de 1988

A Constituição Federal, de 1988, após a Emenda Constitucional n. 45, de 2004, determina, em seu art. 98, que a União, no Distrito Federal e nos territórios e os Estados criem: I — juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivos mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; II — justiça de paz, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de

quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação. No § 1º desse artigo, ficou assentado que a lei federal disporá sobre a criação de juzizados especiais no âmbito da justiça federal, e no § 2º que as custas e emolumentos serão destinados exclusivamente ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da justiça. No Ato das Disposições constitucionais transitórias ficou expresso, em seu art. 30, que a legislação, ao criar a justiça de paz manterá os atuais juizes de paz até a posse dos novos titulares.

A Lei n. 9.099, de 1995, regulou: I — o Juzizado Especial Cível para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, tais como as de valor não excedente a quarenta salários mínimos; as enumeradas pelo art. 275 do CPC; a ação de despejo para uso próprio, e as ações possessórias sobre bens imóveis de pequeno valor (arts. 3º a 59); II — os Juzizados Especiais criminais para a conciliação, o julgamento e a execução de infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência. Consoante o disposto no art. 61 dessa lei, com a redação da Lei n. 11.313, de 2006, consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos cumulada ou não com multa.

A Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001, dispôs sobre a instituição dos Juzizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito de justiça federal, aos quais se aplica, no que não conflitar com esta, a Lei n. 9.099/95.

O processo, nos juzizados especiais, deve orientar-se pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a transação ou a conciliação (art. 2º da Lei n. 9.099/95).

A Lei n. 11.340, de 07.08.2.006 dispõe sobre os juzizados de violência doméstica e familiar contra a mulher.

6 — Da recente tese sobre a matéria

Em 2007, a Editora Forense publicou a obra *Fundamentos da Mediação e da Conciliação* de Petrônio Calmon, com a qual conquistou ele o doutoramento na Faculdade de direito da Universidade de São Paulo.

Ada Pellegrini Grinover, ao apresentar essa obra manifestou-se com entusiasmo sobretudo pela forma completa, exauriente e inovadora com que é tratada. Ao justificar o seu entusiasmo, disse que ele derivava: “em primeiro

lugar, porque o autor coloca a autocomposição na Teoria Geral do Processo, cuidando do instituto tanto no processo civil como no processo penal. Em segundo lugar porque justifica a revitalização do instituto não apenas à luz da crise da justiça, na ótica de um instrumento capaz de evitar ou de encurtar o processo, mas sobretudo por sua função pacificadora, muito superior à pacificação obtida pela sentença autoritativa do juiz, que deixará sempre uma das partes — e freqüentemente ambas — descontente com o resultado do processo. Nesse ponto, a justiça consensual é mais eficaz, inclusive em relação à arbitragem — forma de heterocomposição — em que a única diferença com o resultado obtido pela atividade judiciária reside na figura do árbitro, que é um particular *Last but not least*, porque a autocomposição e seu resultado — a transação, a submissão ou a renúncia — são corretamente enquadrados fora dos esquemas negociais do direito privado, inserindo-se no amplo quadro da política judiciária: e tanto é assim que a finalidade última do trabalho, é a formulação de uma proposta de política nacional de incentivo aos mecanismos para a obtenção da autocomposição”. Nessa visão, diz a Prof. Ada Pellegrini Grinover, “Não resta dúvida de que a autocomposição com seus diversos mecanismos, se enquadra no direito processual, o qual tem como objetivo maior a solução de conflitos derivados de crises do direito material. Mas é a primeira vez que ela é analisada, paralelamente, no processo civil e no processo penal, com a sistematização dos mecanismos aptos à sua obtenção” .

A referida tese identifica a autocomposição dentre os meios de solução dos conflitos e sistematiza os mecanismos para sua obtenção. Nesse exercício, destaca sua natural amplitude, pois “assim como a teoria geral do processo cuida do direito processual civil e penal, neles identificando alicerces comuns, o mesmo ocorre com o estudo da autocomposição, que deve ser realizado, considerando suas dimensões civil e penal” (ob. cit., pág. 4).

Nas palavras do autor, a diretriz da referida tese “é o estudo dos conceitos gerais da autocomposição, para fundamentar corretamente o estudo dos mecanismos, para sua obtenção. Propõe-se a valorização do acordo conforme antiga orientação doutrinária (renúncia, transação e submissão) e a sistematização dos mecanismos, aprofundando o conhecimento em especial da negociação, mediação e conciliação, admitindo-se esses três mecanismos tanto para todos os tipos de conflitos, pois determinar em face de qual bem pode haver proibição ao direito de dispor é matéria do direito material e não processual. Propõe-se, finalmente, a criação de uma Política nacional de incentivo aos mecanismos para a obtenção da autocomposição” (ob. cit., págs. 11 e 12).

De um modo geral, na primeira parte da referida tese, cuida-se do conflito e restauração da paz social, dos meios de solução dos conflitos, da tutela

jurisdicional, da autocomposição e dos possíveis resultados da autocomposição, assim como de suas conseqüências.

Na segunda parte, são examinados os mecanismos para obter a autocomposição, detendo-se em capítulos específicos, dedicados à negociação, mediação e conciliação, às experiências estrangeiras (capítulo XV, págs. 173 a 219) e experiências no Brasil (cap. XVI, pág. 221 e segs.).

Na terceira parte, trata-se da aplicação na área penal dos referidos mecanismos de autocomposição, com o destaque das experiências nos Estados Unidos, Itália e Brasil, embora com modelos distintos.

Na quarta parte, defende uma Política Nacional de incentivo à autocomposição civil e penal, em capítulos específicos sobre propostas preliminares, a responsabilidade pela formulação e aplicação da Política, a definição das responsabilidades, a Política de incentivo à autocomposição e sua inter-relação com a arbitragem, a aspectos específicos da autocomposição penal.

Resumidamente, Petrônio Calmon, nesse notável trabalho, divide a exposição, em quatro partes, sendo a primeira dedicada ao conflito e aos meios de solução, inclusive os meios alternativos de solução. Nessa parte, examina, minuciosamente, a autocomposição, conceituando-a e especificando-a (cap. V), os possíveis resultados (cap. VI), as suas conseqüências (cap. VII). Na segunda parte, cuida dos mecanismos para a obtenção da autocomposição (cap. VIII), a negociação (cap. IX); a mediação (cap. X), a mediação paraprocessual (cap. XI), a conciliação (cap. XII), os mecanismos e a pacificação social (cap. XIII), os mecanismos e os direitos fundamentais (cap. XIV), as experiências estrangeiras (cap. XV), as experiências no Brasil (cap. XVI). Na terceira parte, focaliza a aplicação desses mecanismos na área penal (Capítulos XVII, XVIII, XIX e XX). Na parte IV, trata de uma política nacional de incentivo à autocomposição civil e penal (Capítulos XXI, XXII, XXIII, XXIV, XXV e XXVI).

Como destaca Ada Pellegrini Grinover, “a defesa da aplicação irrestrita da autocomposição e de seus mecanismos ao campo penal não descarta a questão das garantias constitucionais do devido processo legal nem impede que se considerem aspectos específicos, o que se faz na terceira parte do trabalho em que são também analisadas as experiências nos Estados Unidos, na Itália e no Brasil, com seus modelos distintos mas visando os mesmos objetivos.”

7 — Consideração final

Complementando o que expusemos nesta revista, em seu nº 6, de 1.994, a respeito “Da efetividade do processo e da conciliação prévia ou endoproc-

sual”, salientando que, no final do século XX e do segundo milênio, sob o impacto de intenso movimento universal, impunha-se alentar e intensificar os estudos com vista a dar fluência ao processo para atingir seus fins, com a adoção não só das técnicas condizentes ao seu aperfeiçoamento, mas sobretudo de alternativas solucionantes, apraz-nos ressaltar, agora, com o mesmo entusiasmo da eminente professora Ada Pellegrini Grinover, a metódica, oportuna e inovadora tese de Petrônio Calmon sobre os “Fundamentos da Mediação e da Conciliação”, que merece destaque, pelo que nela contem, em todos os círculos jurídicos do país.

Assim, como é exposto, com simplicidade e objetividade, nessa obra, “aquilo que era tradicional (atividade judicial estatal) passa a ser apenas um dos meios possíveis (de obter a solução dos conflitos ou a pacificação social). Aquilo que era alternativo passa a ser mais um meio adequado (para a solução dos conflitos ou a pacificação social)”.