

A VEZ DAS SOLUÇÕES CONSENSUAIS DE CONFLITOS E O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA

Felipe Kirchner¹

“O conflito é luz e sombra, perigo e oportunidade, estabilidade e mudança, fortaleza ou debilidade, o impulso para avançar e o obstáculo que se opõe. Todos os conflitos contém a semente da criação ou da destruição.”

Sun Tzu - A Arte da Guerra

RESUMO: O presente estudo visa apresentar o paradigma normativo do Novo Código de Processo Civil acerca dos métodos de solução consensual de conflitos, enfocando as técnicas da mediação e da conciliação, e enfatizando, ainda, o papel da Defensoria Pública enquanto Instituição de Estado onde a tarefa de priorização dos modelos não adversariais pode alcançar seu real potencial, realizando as promessas normativas de um processo civil mais eficiente e de realização de uma justiça efetiva e substancial.

PALAVRAS-CHAVE: Soluções Consensuais de Conflitos. Métodos Não Adversariais. Mediação. Conciliação. Defensoria Pública. Acesso à Justiça.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O CPC/15 e a Prioridade dos Métodos de Solução Consensual de Conflitos. 2.1 A Problemática do Acesso à Justiça e sua Evolução Histórica. 2.2 Os Métodos de Solução Consensual de Conflitos na Nova Codificação Processual Civil. 3. O Papel da Defensoria Pública na Promoção dos Métodos de Solução Consensual de Conflitos. 3.1 O Movimento de Acesso à Justiça: da justiça gratuita ao sistema da assistência jurídica integral. 3.2 O Protagonismo da Defensoria Pública no Estado Democrático de Direito. 3.3 O Assistido da Defensoria Pública: a

¹ Mestre em Direito Privado pela UFRGS. Defensor Público do Estado do Rio Grande do Sul, Dirigente do Núcleo de Defesa do Consumidor e de Tutelas Coletivas (NUDECONTU), Presidente do Conselho Estadual de Defesa do Consumidor do Estado do Rio Grande do Sul (CEDECON). Professor Universitário na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS)

(re)significação dos conceitos de hipossuficiência e necessidade por meio da dimensão existencial e normativa dos termos. 3.4 A Legitimação da Defensoria Pública em sua Missão de Acesso à Justiça: a erosão dos filtros subjetivos e a legitimação pela defesa de valores. 3.5 A Aplicação dos Métodos de Solução Consensual de Conflitos pela Defensoria Pública. 3.6 As Experiências Práticas da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul na seara da Resolução Consensual dos Conflitos. 4. Conclusão. 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Conflitos pessoais reverberam na sociedade e as Instituições de Estado captam isso em diversos momentos de sua evolução. O contato pode se dar no início ou quando a disputa já passou por diversas instâncias da sociedade (pessoal e familiar) ou do próprio Estado (Polícia, Defensoria Pública, Judiciário, etc.). Contudo, se a chegada da demanda ao sistema estatal demonstra a incapacidade do cidadão na solução de seus próprios problemas, o Estado recorrer primariamente ao Poder Judiciário certamente também é uma forma de incapacidade na gestão dos serviços públicos, os quais devem estar voltados, sempre que possível, ao exame do conflito originário e à devolução do poder de decisão às pessoas, como propõem os processos de resolução não adversativa de disputas.

A partir desta reflexão inicial, o presente ensaio visa apresentar a visão do Novo Código de Processo Civil (CPC/15) em relação aos métodos de solução consensual de conflitos² – em especial a mediação e a conciliação –,

² Os mecanismos de solução de conflitos pela via não adversativa – denominados "métodos de RAD" (Resolução Adequada/Amigável de Disputas) – trazem consigo duas nomenclaturas muito usuais, mas que se mostram inadequadas para classificar ou denominar as técnicas de mediação e conciliação no atual contexto. A primeira diz com a pecha de "meios alternativos", eis que as soluções consensuais de conflitos não podem mais ser chamados de vias alternativas, pois alternativa deveria ser a opção pela jurisdição processual, a qual deveria ficar restrita às situações onde os métodos consensuais tenham falhado, devendo-se reconhecer que a jurisdição não é capaz de dar solução adequada a certos tipos de conflito (FULLER, Lon. In: *The Forms and Limits of Adjudication*. N. 92, *Harvard Law Review*, 1978, p. 353). Terminologicamente, sinala-se que originalmente a sigla RAD representava "Resolução Alternativa de Disputas", enfatizando o caráter de subsidiariedade dos métodos em face do julgamento pelo Judiciário. Porém, a sigla atualmente refere-se à "Resolução Adequada/Amigável de Disputas", denotado a escolha consciente por um método de resolução de conflitos (BASTOS, Simone de Almeida Ribeiro; CORRÊA, Marcelo Girade; PASSANI, Andrezza Gaglionone. OLIVEIRA, Igor Lima Goettenauer de (Org.). In: *Resolução de Conflitos para Representantes de Empresa*. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 2014, p. 24). A segunda designação diz com a denominação de métodos extrajudiciais, eis que mediação e conciliação se constituem em técnicas a serem aplicadas tanto extrajudicialmente quanto no âmbito do processo judicial. Assim, melhor seria trocar as expressões "alternativo" e "extrajudicial" pelo termo "adequado", pois a escolha pela modalidade de resolução depende da adequação de cada técnica em relação às peculiaridades do conflito, sabendo-se que à medida que se sucedem os diversos mecanismos em aproximação à intervenção de terceiros – em critério crescente tem-se a negociação, a mediação, a conciliação, a arbitragem e a judicialização – aumenta-se o formalismo, se acima a litigiosidade e o processo tende a se tornar mais duradouro (NETO, Francisco Maia. In: *Arbitragem: a solução extrajudicial de conflitos*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 20).

o que desde já depende da contextualização da priorização das técnicas não adversativas, na condição de novo paradigma normativo que será aqui delineado,³ perante o atual contexto, de massificação das relações econômicas, de despersonalização das relações sociais (até mesmo as afetivas) e de judicialização crescente dos conflitos.⁴

Cumprido reconhecer que o cenário supramencionado deriva e se encontra imerso em uma cultura da litigância, que assola não apenas o cidadão, que com espantosa naturalidade abdica da tarefa de resolver seus próprios conflitos e transfere o poder decisório sobre sua vida a terceiros (v.g. Juiz), mas principalmente os operadores jurídicos,⁵ treinados desde os bancos acadêmicos para litigarem e derrotarem (processual ou dialeticamente) a parte adversa, esta comumente reconhecida como sendo o “adversário”, em nítida visão de um paradigma centrado na consequência ganha-perde.⁶

O crescente movimento da judicialização dos conflitos⁷ é um fenômeno multifatorial, dentro dos quais, sem qualquer pretensão exaustiva, se destacam os seguintes aspectos:⁸ (i) ambiência cultural focada na procura judiciário para resolução das lides;⁹ (ii) facilitação estrutural da judicialização;¹⁰

³ Entende-se como sendo uma novidade da nova codificação perante o aprofundamento das regras relativas as técnicas autocompositivas e ao reconhecimento do contexto social e da cultura de litigância. Contudo, uma leitura acurada do CPC/73 já indicava a priorização da conciliação, conforme se infere das regras dos artigos 125, 277, 331, 447 a 449 da codificação processual, bem como de outras disposições sistêmicas, do que é exemplo as disposições da Lei 9.099/95.

⁴ Dentre as três formas tradicionais de solução das controvérsias - autodefesa, autocomposição e heterocomposição – o estudo se centra na análise das técnicas autocompositivas, estabelecendo e parametrizando os argumentos que culminaram na posição normativa da nova codificação em privilegiar esta opção em detrimento das medidas adversativas e heterocompositivas.

⁵ As técnicas autocompositivas são desafiadoras por natureza, eis que seu domínio compreende processos multidisciplinares, já que a mediação e a conciliação incorporam aportes de diversas áreas do conhecimento humano, tais como: direito, psicologia, filosofia, marketing, comunicação, negociação, antropologia, sociologia, etc. O estudo desta seara importa, portanto, em um mergulho para fora da técnica e das metodologias a que o Direito foi confinado pelos pensamentos liberais e cartesianos.

⁶ A cadeira de “Processo Civil I” historicamente inicia com a visão do processo, e não com uma análise do conflito social e da forma pela qual o mesmo pode ser compreendido e tratado extrajudicialmente. São raras as faculdades (e os professores) que enfocam as técnicas de solução consensual dos conflitos em suas especificidades. O resultado disso é a formação de um exército de operadores jurídicos não instruídos nas técnicas negociais e que naturalmente buscarão a judicialização como única via possível para resolver os problemas jurídicos que chegam ao seu conhecimento no contexto de seu mister profissional. A questão é tão profunda e arraigada que os profissionais hoje sequer enxergam a existência de um “mercado” para a atuação negociada, entendendo que seus “honorários” dependem do processo e, conseqüentemente, do embate adversativo.

⁷ Conforme consta no Relatório “Justiça em Números”, lançado em 2013 pelo Conselho Nacional de Justiça, neste ano foram propostos 28 milhões de novos casos judiciais, o que representa um incremento de 8,4% de processos ajuizados em comparação com o ano de 2012. O quantitativo de processos paralisados chegou a 64 milhões, o que representa a incrível cifra de um processo judicial para cada três brasileiros.

⁸ Sinala-se que o recorte deste ensaio, que prioriza uma análise normativa e está centrado na atividade das instituições que compõe o sistema de justiça, impede uma análise minuciosa das razões sociológicas, econômicas, antropológicas e psicológicas da mencionada vertente cultural adversativa.

⁹ SOARES JÚNIOR, Jarbas (Org.); GAVRONSKI, Alexandre Amaral; ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano; ALMEIDA, Gregório Assagra de; OLIVEIRA, Igor Lima Goettenauer de; BADINI, Luciano; BELTRAME, Martha

(iii) sobrecarga de trabalho dos profissionais do direito (v.g. Defensores Públicos e Juizes), impeditiva da destinação de tempo para atividades de mediação e conciliação;¹¹ (iv) falta de estruturação dos órgãos para os processos de solução negociada, em termos de condições materiais e de pessoal (número e capacitação de agentes); (v) incentivo para a litigância pelos grandes demandados (v.g. Estado e grandes fornecedores),¹² tendo em vista a demora do processo e o baixo valor das condenações; (vi) viés estatal interventivo que mitiga a autodeterminação e a autonomia do cidadão, não o reconhecendo como protagonista na condução de sua vida e de suas relações e como sujeito capaz pela tomada de decisões e de ser responsável por estas e por suas consequências;¹³ (vii) ausência histórica de políticas públicas voltadas à resolução consensual dos conflitos,¹⁴ sendo predominante o mecanismo da solução adjudicada por meio da sentença judicial;¹⁵ (viii) interesses corporativos que se centram na figura monopolística dos

Silva; ROMANO, Michel Betenjane; MORAES, Paulo Valério Dal Pai; BORGES, Vladimir da Matta Gonçalves. In: Manual de Negociação e Mediação para Membros do Ministério Público. 1ª Ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2014, p. 84-85.

¹⁰ Isto ocorre, exemplificativamente, com os Juizados Especiais Cíveis, onde até mesmo a presença de representante legal é dispensada na maioria das demandas. É evidente que esta iniciativa não se constitui em fator negativo se considerado isoladamente, eis que as medidas de facilitação do acesso ao Poder Judiciário concretizam a garantia constitucional do acesso a justiça, como será visto neste ensaio. Contudo, tais medidas podem se mostrar desastrosas, como ocorre com a instalação do Juizado Especial da Fazenda Pública (JEFP) na área da saúde (Lei 12.153/09), o que impedirá a “filtração”, pela Defensoria Pública, dos casos onde a judicialização se faz (des)necessária, acabando com iniciativas já estruturadas de resolução extrajudicial destes conflitos, projetos que serão examinados em oportunidade própria.

¹¹ Como refere Humberto Dalla Bernardina de Pinho, a mediação é um trabalho artesanal, uma vez que cada caso é único e, por isso, demanda tempo, estudo e análise aprofundada do conflito sob os mais diversos ângulos, sendo que o facilitador deve se inserir no contexto emocional e psicológico das questões envolvidas, buscando os interesses por trás das posições externas assumidas, desvelando as motivações ocultas das partes (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; DURCO, Karol. In: A Mediação e a Solução dos Conflitos no Estado Democrático de Direito: o “Juiz Hermes” e a nova dimensão da função jurisdicional. Disponível em: <<http://www.humbertodalla.pro.br>> Acesso em: 03.05.2015).

¹² Segundo dados do Relatório do CNJ sobre os 100 maiores litigantes do país (Conselho Nacional de Justiça. In: 100 Maiores Litigantes. 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf> Acesso em: 21.04.2015), o Estado e os órgãos da administração indireta ocupam as 6 primeiras posições do ranking. Dos 92 milhões de processos existentes, 51% são do Estado (administração direta e indireta das esferas federal, estaduais e municipais), 38% do sistema financeiro e 6% das telecomunicações, o que soma 95% do volume total de procedimentos, contra apenas 5% de todos os demais litigantes. Assim, são as grandes corporações que estão em juízo. Apenas o Estado do Rio Grande do Sul movimentou 4,24% do volume total de feitos. Em termos de compromisso ético com a resolutividade das demandas, verifica-se que o setor público federal ocupa o pólo ativo em 33% das demandas e o pólo passivo em 67%, enquanto para o setor público estadual os percentuais são, respectivamente de 28% e 72%, para a telefonia de 22% a 78% e para os bancos de 45% a 55%. Assim, verifica-se que os maiores litigantes são mais acionados judicialmente do que ingressam com processos, o que indica, potencialmente, uma dificuldade ou falta de compromisso com a resolução extrajudicial dos conflitos.

¹³ Veja-se que os termos “negócio” e “negociar”, etimologicamente, significa “negar o ócio”, indicando uma atuação proativa, o que constitui a essência dos processos de resolução consensual de conflitos.

¹⁴ Acerca da Mediação envolvendo políticas públicas: SOUZA, Luciane Moessa de; Igor Lima Goettenauer de (Org.). In: Resolução Consensual de Conflitos Coletivos Envolvendo Políticas Públicas. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 2014.

¹⁵ WATANABE, Kazuo. In: Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação. In: YARCHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoidede (Org.). Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover, São Paulo: DPJ, 2005, p. 689.

operadores jurídicos, relegando o cidadão envolvido no conflito (seus interesses e perspectivas) a figuração secundária no ato de aplicação do Direito; (ix) dificuldade do Direito – enquanto ciência ainda não liberta dos matizes positivistas que secularmente conformaram seu viés contemporâneo – e de seus operadores¹⁶ em privilegiar as circunstancialidades e a concreção dos conflitos sociais, o que relega as ações, emoções e percepções que conformam o conflito social a pressupostos secundários da narrativa que forma o Nomos jurídico e as decisões judicializadas.¹⁷

Em face destes fatores, para a maioria dos atores ainda é mais vantajoso ou mais fácil a via da judicialização do conflito, razão pela qual a atividade dos profissionais se centra no cumprimento de prazos judiciais, deixando de lado (sequer em nível secundário, na maioria das situações) as atividades não litigiosas. Sinala-se que a maioria destes fatores não desaparecerão apenas pela edição da nova codificação civil, o que denota que o caminho para a consolidação dos meios não adversativos de solução de conflitos ainda é longo e tortuoso.

¹⁶ Sabe-se que o Brasil disputa com os Estados Unidos a liderança mundial em quantidade de profissionais do Direito, possuindo 357 advogados por 100 mil habitantes, contra 372 pela mesma quantidade populacional nos EUA. Apenas no Estado de São Paulo existem aproximadamente oito vezes mais advogados do que no Japão, país que possui uma população três vezes maior que o Estado brasileiro (WATANABE, Kazuo. In: Modalidade de Mediação. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/movimento-pela-conciliacao/arquivos/artigo4_kasuo.pdf>. Acesso em: 10.04.2015). Contudo, estes dados não indicam que no país asiático haja menos conflituosidade, mas sim que no Japão os meios informais de controle social estão mais estruturados. Ressalta-se, ainda, que o processo de formação de "operadores do direito" (e não de juristas) se traduz em uma inequívoca mercantilização do ensino jurídico, o que é facilmente percebido quando se verifica que o Brasil tem mais faculdades de Direito do que todos os demais países do mundo juntos: 1.240 cursos superiores em território nacional e 1.100 no resto do planeta, conforme dados de 2010. (BASTOS; CORRÊA; PASSANI; OLIVEIRA; 2014, p. 16; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. In: Brasil, Sozinho, tem mais Faculdades de Direito que Todos os Países. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/20734/brasil-sozinho-tem-mais-faculdades-de-direito-que-todos-os-paises>> Acesso em: 21.04.2015).

¹⁷ Pretendendo regular os existenciais da vida humana (v.g.: nascimento, morte, relações afetivas, etc.), o Direito se apropria da riqueza dos fatos sociais (por serem constituídos e moldados pelos sonhos, esperanças, dramas, tragédias, culpas e esforços feitos e desfeitos na experiência sociocultural dos seres humanos), procurando (re)construir a realidade por intermédio de uma linguagem (discurso jurídico) pobre por ser meramente normativa e dedutivista, limitando as possibilidades da condição social conforme certos padrões (descompasso entre o campo jurídico e o social), o que alija da atividade hermenêutica determinadas circunstâncias fáticas que são imprescindíveis à correta análise da questão. Nesse sentido a lição de Ben-Hur Rava: *"Na verdade os conflitos que se produzem estão na cena social, portanto fora do espectro linguístico, mas que são trazidos para o interior da ciência e da dogmática jurídica, como forma de relativizar este mesmo conflito, dissimulando a tensão e amalgamando os comportamentos através de um 'discurso jurídico oficial', que 'aparentemente' não apresenta contradições e, muito menos, fissuras. (...) A linguagem e, mais especificamente, a linguagem jurídica está a serviço do status quo do Estado e do poder, que usam o direito como uma espécie de adaptador social da realidade às suas finalidades ideologizadas que se apresentam escondidas ou reprimidas"* (RAVA, Ben-Hur. A Crise do Direito e do Estado como Crise Hermenêutica. In: Revista da Associação dos Juizes do Estado do Rio Grande do Sul (AJURIS), n. 101, mar. 2006, p. 31-32). Refere Boaventura de Sousa Santos que a mediação é capaz de subverter a separação entre o conflito processado e o conflito real, a qual domina a estrutura processual do direito estatal, sendo a principal responsável pela superficialização da conflituosidade social na sua expressão jurídica (SANTOS, Boaventura de Souza. In: O Discurso e o Poder. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 23). No mesmo sentido, Elídio Resta refere que a mediação e a conciliação tem o poder de "desmanchar a lide" (RESTA, Eligio. In: O Direito Fraternal. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004, p. 119).

Assim, contra a hegemonia do processo clássico, de índole adversarial, os métodos consensuais buscam os seguintes benefícios aos sujeitos envolvidos:¹⁸ (i) facilitação da comunicação; (ii) fomento e preservação de relações continuadas (em nível pessoal, social, profissional e/ou comercial); (iii) orientação, informação e educação dos envolvidos; (iv) prevenção da ocorrência de novos conflitos; (v) visão de alteridade que legitima os interesses do outro; (vi) soluções que geram ganhos mútuos e expansão dos ganhos pessoais; (vii) maior controle sobre o resultado final da disputa; (viii) estímulo a soluções geradas pelos próprios agentes (empoderamento); (ix) adoção de soluções criativas que vão além do que seria possível obter perante o Judiciário; (x) contexto em que tanto as questões jurídicas como as "não-jurídicas" podem ser simultaneamente resolvidas; (xi) visão positiva do conflito, como sendo situação permissiva de crescimento pessoal (caráter pedagógico);¹⁹ (xii) fuga da possibilidade de criação de precedente judicial desfavorável a seus interesses; (xiii) manutenção da confidencialidade sobre a disputa.

Desta feita, a presente análise dos métodos de solução consensual parte do reconhecimento dos benefícios advindos de sua priorização em nível sistêmico e institucional. Dentre os pontos positivos, destacam-se: (i) combate a judicialização de demandas; (ii) superação da cultura da litigância e do paradigma ganhador-perdedor; (iii) celeridade dos procedimentos; (iv) cumprimento mais efetivo dos acordos e soluções alcançadas;²⁰ (v) custos mais acessíveis para as partes e entidades promotoras;²¹ (vi) decisões (potencialmente) proferidas por especialistas.

Para análise da perspectiva do CPC/15 acerca dos métodos de solução consensual de conflitos serão feitos dois recortes. O primeiro é o enfoque da mediação e da conciliação dentre as técnicas abordadas, não adentrando no exame da arbitragem, posto que esta se constitui em

¹⁸ AZEVEDO, André Gomma (Org.). In: Manual de Mediação Judicial. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 2013.

¹⁹ DEUTSCH, Morton. In: The Resolution of Conflict: constructive and deconstructive processes. New Haven: Yale University Press, 1973.

²⁰ Como refere Lúcia Fátima Barreira Dias Vargas, na mediação o “*acordo é vinculativo, não por ter a imperatividade da sentença, mas porque foi obtido pelas partes e será tanto mais respeitado quanto mais estas se empenharem em alcançá-lo*” (VARGAS, Lúcia Fátima Barreira Dias. In: Julgados de Paz e Mediação: uma nova face da justiça. Almedina: Coimbra, 2006. p. 58).

²¹ O estudo intitulado “Custo das Empresas para Litigar Judicialmente”, que analisou a demonstração financeira de 7.485 sociedades empresárias— as quais estão presentes em 83% das ações que tramitam no país —, demonstrou que o comprometimento das finanças destas com processos judiciais chega a quase 2% do que faturam em um ano, o que em 2012 representou a cifra de R\$ 110,96 bilhões (VALOR ECONÔMICO. In: Gasto de Empresas com Processos Chega a R\$ 110 bi. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/3418112/gasto-de-empresas-com-processos-chega-r-110-bi#ixzz2sMpMByph>> Acesso em: 17.04.2015). Os processos judiciais representam, ainda, um alto custo para o Estado e para cada litigante individual, ainda que não haja massificadamente.

modalidade adversativa.²² Os métodos escolhidos buscam a solução consensual e dialogada para resolver o conflito, diferenciando-se especialmente quanto à medida de intervenção do facilitador, sendo o mediador não interventivo e sem poder decisório,²³ enquanto o conciliador promove mais interferências na busca, encorajamento e facilitação da resolução de conflitos e na estruturação da decisão.²⁴ Outra diferença digna de destaque está no fato de que a mediação não se centra na realização de um acordo, mas na resolução das desavenças entre os envolvidos, diferentemente da conciliação, onde a realização do acordo é o objetivo maior. Aqui se optou por modalidades que conduzam as partes ao reexame do conflito e a tomada de decisão, e que não visem apenas "resolver" uma situação pontual, mas modificar atitudes visando impedir e diminuir a reincidência do conflito, e onde não exista a repetição do modelo adversarial do processo judicial.²⁵

A segunda verticalização se dá quanto ao sujeito promotor da solução consensual. Neste ensaio se irá focar o papel da Defensoria Pública, apresentando-a como a Instituição de Estado onde esta tarefa deve ser

²² Não se desconhece a existência de outros meios extrajudiciais de solução de conflitos, tais como, exemplificativamente: (i) *rente-a-judge*; (ii) *baseball arbitration*; (iii) *high-low arbitration*; (iv) *mini-trial*; (v) *early neutral evaluation*; (vi) *neutral fact-finding*; (vii) *disputes resolution board (DRB)*; (viii) *consensus build*. MOTTA JUNIOR, Aldemar de Miranda; VASCONCELOS, Carlos Eduardo de; FALECK, Diego; ORLANDO, Fabioli; MAIA NETO, Francisco; DORNELLES, Ricardo; PELAJO, Samantha. In: Manual de Mediação de Conflitos para Advogados, Escrito por Advogados. 1^a Ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2014, p. 30-35.

²³ WARAT, Luis Alberto. In: O Ofício do Mediador, Florianópolis: Habitus, 2001, p. 76-77; BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. In: Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição. 3^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Se para muitos se tratam de espécies do gênero negociação (enquanto métodos que aplicam técnicas negociais), a mediação e a conciliação se diferenciam daquela justamente pela presença do terceiro mediador, que terá como função primordial auxiliar as partes a resolver seu conflito. (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. In: O Novo CPC e a Mediação: reflexões e ponderações. Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/o_novo_cpc_e_a_mediacao.pdf> acesso em: 20.04.2015, p. 9).

²⁴ Em termos de adequação dos métodos, entende-se que mediação é a proposta mais autêntica em termos das pretensões dos métodos de resolução extrajudicial, no sentido de mais qualificadamente promover o reexame do conflito e a tomada de decisão pelas partes. Contudo, a conciliação se torna modalidade mais eficiente quando consideradas algumas peculiaridades, como a relação de custo e benefício (em termos monetários, de tempo, etc.) de processos de solução de conflitos utilizados de maneira massificada, e em áreas onde as partes são desiguais, como o caso da resolução de conflitos de consumo, onde as assimetrias e vulnerabilidades (v.g. técnicas e informacionais) são melhor compensadas por um conciliador, que agirá de forma mais interventiva.

²⁵ Dentre as principais diferenças entre as técnicas de mediação e conciliação, destaca-se que: (i) na conciliação as partes mantêm uma postura adversarial de defesa de suas posições, enquanto a mediação convida as partes a atuar de maneira colaborativa e a pensar soluções inclusivas que satisfaçam todos os envolvidos no conflito; (ii) o conciliador pode orientar as partes juridicamente, conduta vetada para o mediador; (iii) o conciliador pode oferecer sugestões para o acordo, enquanto o mediador, zelando pela autonomia e protagonismo dos mediandos, se abstém de efetuar sugestões; (iv) a conciliação objetiva o acordo, enquanto a mediação foca primariamente na melhoria da relação entre as pessoas envolvidas no conflito; (v) a conciliação se volta para o passado na busca por analisar culpabilidades, enquanto a mediação tem o olhar voltado para o futuro, lidando com o conflito de modo a prevenir novas interações negativas (KIRCHNER, Felipe; ROSENBLATT, Ana; BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro; CAVALCANTI, Ricardo Russel Brandão; OLIVEIRA, Igor Lima Goettenauer de (Org.). In: Manual de Mediação para a Defensoria Pública. 1a Ed. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 2014).

realizada prioritariamente e onde os modelos não adversariais podem alcançar seu real potencial de salvar o processo civil da autofagia para o qual ruma a passos largos. Sendo a grande porta de entrada da população ao sistema de justiça, compete a esta instituição o primeiro e adequado encaminhamento do conflito para um método não adversativo.

A vinculação entre a Defensoria Pública e os meios de resolução consensual de conflitos é ontológica e umbilical. Analisar tais técnicas implica em falar, necessariamente, da garantia fundamental do acesso à justiça, prevista no artigo 5º, inciso LXXIV, da CRFB/88, o que torna necessária a contextualização do papel da Defensoria Pública no processo de estabelecimento dos meios alternativos à solução judicial dos conflitos sociais. Esta vinculação temática decorre não apenas do fato de que a Instituição foi criada constitucionalmente para a concretização da garantia do acesso à justiça, mas também porque nasceu vocacionada para este mister, como demonstra o imperativo legal de suas atribuições, previstas no artigo 4º, inciso II, da Lei Complementar 80/94 (com a redação dada pela LC 132/09). Esta norma é uma decorrência lógica do sistema da assistência integral previsto constitucionalmente (artigos 5º, LXXIV e 134, da CRFB/88), sendo natural a atuação do Defensor Público na condição de mediador e de conciliador. Assim, a escolha pela análise da atividade da Defensoria Pública não é aleatória. Se a pretensão de resolução não adversativa de conflitos é novidade para outras carreiras,²⁶ não é para a Defensoria Pública, a qual nasceu sob o signo do viés consensual, aspecto natural para uma Instituição estruturada durante o movimento de democratização do país.

A Instituição e seus agentes e servidores se encontram em um lócus privilegiado devido à proximidade com a sociedade e com os conflitos sociais, razão pela qual dentre as Instituições que compõe o sistema de justiça nenhuma melhor do que a Defensoria Pública para entender os anseios dos necessitados e da sociedade, em especial aquela que padece dos diversos matizes de vulnerabilidade social. Contudo, a consecução da tarefa de alcançar um paradigma favorável ao uso da mediação pelos Defensores Públicos importa na desconstrução de alguns dos preconceitos que permeiam o discurso jurídico, principalmente acerca das possibilidades e dos limites de atuação da Defensoria Pública. O desafio aqui lançado é o de incentivar na Defensoria Pública uma necessária postura ativa na resolução consensual

²⁶ A atuação de diversas carreiras ainda se dá pelo viés da imposição de vontades, em processos adversativos construídos sob a ótica da coerção, o que atende a natureza repressora do Estado, construída secularmente. Menciona-se que até mesmo a nomenclatura dos institutos utilizados atende a esta ótica da exclusão negocial. Exemplo disso é a denominação do acordo realizado em âmbito coletivo que nasceu historicamente sob a influência do Ministério Público (hoje utilizado pelos demais entes legitimados, como a Defensoria Pública), nominado de Termo de Ajustamento de Conduta, com o ideal de que a concessão feita pelo compromissário é de adequação a uma vontade estabelecida pelo proponente, e não um real e efetivo acordo de vontades visando à pacificação do conflito social transindividual.

dos conflitos, mesmo não sendo ela a titular dos direitos objetos da composição em nível individual ou coletivo.²⁷

Na intersecção dos temas aqui tratados, o ensaio enforçará a perspectiva de que cabe à Defensoria Pública, no desempenho da sua função constitucional, democratizar o acesso aos instrumentos não adversativos de resolução de conflitos. *Se democratizar o processo e universalizar o acesso à Justiça e a jurisdição* são missões de todos os setores, deve-se reconhecer que só poderão ser efetivamente cumpridos pelo Estado com a participação proativa e engajada da Defensoria Pública.

Importante referir, ainda, que em termos de limitação de análise este estudo não adentrará nos meandros das técnicas envolvidas nos processos de negociação,²⁸ na estrutura necessária a sua implementação,²⁹ nas peculiaridades necessárias a atividade do mediador e do conciliador³⁰ e no exame próprio da principiologia que conforma as soluções consensuais de conflitos.

Por fim, destaca-se a importância de reduzir o excesso de judicialização e de fomentar uma cultura em torno da resolução dos conflitos pelo diálogo e pelo consenso.³¹ Pode parecer estranho que dentre as inúmeras inovações e

²⁷ Este ensaio não irá diferenciar a atuação na seara da defesa individual e coletiva pela Defensoria Pública, no que respeita a utilização das soluções consensuais. Sobre o tema indicam-se os estudos de Alexandre Gavronski (GAVRONSKI, Alexandre Amaral. In: *Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010; GAVRONSKI, Alexandre Amaral. In: *Tutela Coletiva: visão geral e atuação extrajudicial*. Brasília: ESMPU, 2006), os quais, apesar de centrados na atuação do Ministério Público, apresentam os desafios do legitimado extraordinário nesta vertente da defesa dos direitos transindividuais.

²⁸ Sobre o tema, sugere-se a leitura da obra clássica de Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton, onde apresentado o Programa de Negociação da Escola de Direito de Harvard, cujos princípios estruturaram originariamente o processo de mediação, recebendo posterior aporte de diversas áreas do conhecimento, gerando novas linhas de mediação (FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce: In: *Como Chegar ao Sim: a negociação de acordos sem concessões*. Rio de Janeiro: Imago, 2005). Independentemente da escola, os princípios de Harvard (separar as pessoas do problema; focar nos interesses e não nas posições; criar opções de ganhos mútuos; e utilizar critérios objetivos) são valiosas ferramentas que se colocam à disposição do mediador. No mesmo sentido: MOORE, Christopher. In: *O Processo de Mediação*. Porto Alegre, Ed. Artes Médicas, 1998.

²⁹ Embora os métodos de solução não adversativas se constituam em procedimentos mais flexíveis e menos rigorosos quando comparado ao processo judicial tradicional, demandam organização, estrutura lógica e procedimentos próprios, a serem adotados em conformidade com seus objetivos e as peculiaridades do caso em exame. ORLANDO, Fabíola; In: *Manual de Mediação de Conflitos para Advogados*, Escrito por Advogados. 1ª Ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2014, p. 76.

³⁰ Sobre o tópico, destaca-se a necessidade de um perfil adequado que congregue a postura de agente de transformação e as características de liderança, carisma e perícia (FIORELLI, José Osmir; Fiorelli, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Olivé. In: *Mediação e Solução de Conflitos*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 158-159), mantendo em equilíbrio as ferramentas de comunicação e negociação com o trabalho emocional e a prática efetiva (MOTTA JÚNIOR; VASCONCELOS; FALECK; ORLANDO; MAIA NETO; DORNELLES; PELAJO; 2014, p. 70).

³¹ A legitimidade de qualquer solução autocompositiva depende da formação de um *consenso válido*, o qual apenas se constitui perante entendimento livre e informado, sem vícios na formação da vontade (v.g. erro, dolo, coação ou fraude), o que macula qualquer solução alcançada por autocomposição (por nulidade ou anulabilidade).

avanços do CPC/15 tenha sido escolhido para análise os métodos de solução consensual e não adversativos de conflitos. Contudo, este estranhamento somente se verificaria perante o pré-conceito e a concepção equivocada da primazia da forma adversativa de solução de controvérsias. A proposta de análise se deve, sobretudo, a visão de que o futuro do processo civil está fora e para além do processo, não sendo demasiada a conclusão (pautada desde já) de que a utilização de meios consensuais de solução de conflitos é a principal solução para a atual situação de crise do sistema de justiça.

2 O CPC/15 E A PRIORIDADE DOS MÉTODOS DE SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS

2.1 A PROBLEMÁTICA DO ACESSO À JUSTIÇA E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Adentrando na problemática em exame, inicialmente cumpre tecer breves considerações acerca da garantia do acesso à justiça, fio condutor e elemento de ligação entre os temas aqui tratados: priorização das soluções consensuais de conflitos e o papel da Defensoria Pública.³²

A importância da temática é destacada por Capelletti, para quem “a titularidade de direitos é destituída de sentido na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação”, razão pela qual “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.³³ A partir desta reflexão, propõe-se uma análise inicial sobre o posicionamento histórico da problemática do acesso à justiça, a fim de que se perceba a atualidade do tema e sua intersecção com a busca pela facilitação do uso de meios extrajudiciais de resolução de conflitos.

Em um breve recorte histórico centrado nas diferentes visões de Estado nascidas após a Revolução Francesa – já sob o signo do Direito Contemporâneo, matizado pela influência dos pensamentos liberal e cartesiano e pela evolução da massificação e da despersonalização das relações sociais, traços marcantes das relações socioeconômicas no sistema capitalista –, pode-se analisar que, no *Estado Liberal*, o protagonismo das ações estava com o Poder Legislativo, na condição de responsável pela concretização dos atributos inerentes ao regime democrático, por meio da previsão de direitos até então inexistentes, em especial para grupos sociais

³² A relação dos temas restou reconhecida no discurso político quando da assinatura do I Pacto Republicano em 2004, onde assumido pelos poderes o compromisso com “Defensoria Pública e Acesso à Justiça”, elencados conjuntamente não de maneira aleatória.

³³ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. In: Acesso à Justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 11-12.

incluídos por meio da cláusula da igualdade formal.³⁴ Como ao Estado cabia apenas garantir a titularidade formal dos direitos, o acesso à justiça não se apresentava como sendo uma problemática significativa. Já no período do *Estado Social* ganha prevalência a atuação do Poder Executivo, uma vez que a sociedade passou a exigir medidas concretas do “governo” para a concretização dos direitos sociais já positivados nas cartas constitucionais (ex. saúde, educação, trabalho, lazer, moradia, segurança, etc.).³⁵ No entanto, no contexto do *Estado Democrático de Direito*, o protagonismo se volta ao Poder Judiciário e, conseqüentemente, as Instituições autônomas que compõe o sistema de justiça, como é o caso da Defensoria Pública.³⁶

A razão desta virada centra-se, em grande medida, na insuficiência das políticas públicas e na inserção da realização de uma justiça substantiva no conteúdo normativo teleológico dos textos constitucionais, do que é um ótimo exemplo o viés programático da Carta Magna de 1988 que, sem sombra de dúvidas, agregou ao discurso político (e jurídico) um componente revolucionário de transformação do *status quo* nacional (artigos 1º e 3º da CRFB/88), o que se coaduna com o caráter naturalmente ideológico da atuação da Defensoria Pública. Essas circunstâncias levaram os Poderes e as Instituições ligadas à administração da justiça a desempenharem um papel atuante na concretização das políticas públicas, o que encurtou severamente as fronteiras entre a Política e o Direito, redundando no que foi chamado de movimento de judicialização da política, referente ao deslocamento do centro

³⁴ Parte desta tarefa estava em incluir diversos “sujeitos de direitos” que não se encontravam reconhecidos no ordenamento, mas que passaram a titularizar direitos em razão da cláusula da isonomia, que em sua dimensão formal apregoou que a igualdade de todos perante a lei. Esta nova realidade normativa conduz a duas interessantes questões. Primeiro que a igualdade e a inclusão não eram “problemas” a serem enfrentados juridicamente, pois nos períodos históricos anteriores de nossa família romano-germânica (direito romano, medieval e moderno) a desigualdade era pressuposto do sistema, e não algo a ser combatido. A segunda é que a inclusão normativa da igualdade formal (responsável pela inclusão de diversos sujeitos na esfera de proteção jurídica) trouxe consigo a desvantagem de abstração do sujeito de direitos, categoria que passou a ser constituída silogística e dedutivamente (a noção de “pessoa” e de “sujeito de direitos” atreladas, respectivamente aos institutos da personalidade jurídica e da capacidade civil, previstas nos artigos 2º e 5º do Código Civil), e não topicamente como até então, onde as circunstancialidades da pessoa influenciavam na atribuição de capacidade (raciocínio fundado no princípio do particularismo, representativo do status do indivíduo na sociedade). Contudo, hoje se observa um retorno a análise tópica, com a adoção do paradigma da igualdade material, do que são exemplos os diversos diplomas legais protetivos das vulnerabilidades sociais e organizacionais (v.g. Estatuto do Idoso, Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei Maria da Penha, Código do Consumidor, etc.). Assim, embora todos sejam iguais, alguns são tratados de forma diferenciada pelo sistema jurídico, tendo em vista as supramencionadas vicissitudes individuais. Sobre o processo narrativo que culminou na abstração da noção jurídica de pessoa: MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para Consentir e Esterilização de Mulheres Tornadas Incapazes pelo Uso de Drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Leticia Ludwig (Org.). Bioética e Responsabilidade. Rio de Janeiro: Forense, p. 299-346, 2009.

³⁵ Refere Cappelletti que o acesso à justiça passou a ser concebido como o direito de acesso substancial ao Judiciário para a proteção de direitos individuais e sociais no contexto do *welfare state* (CAPPELLETTI; GARTH; 1988, p. 9-11).

³⁶ Importante mencionar que, juntamente com a Defensoria Pública, ocupam a condição de essencialidade à administração da justiça a atividade do Ministério Público (artigo 127), da Advocacia Privada (artigo 133) e da Advocacia Pública, ainda que sem a expressa referência nos artigos 131 e 132 da Constituição Federal.

de decisão dos Poderes Legislativo e Executivo para o plano da jurisdição constitucional. Como a jurisdição assume o papel de efetivadora do “estado de bem estar social” (tem direitos efetivos apenas quem consegue acessar a justiça), a questão do acesso à realização de direitos torna-se importante para a caracterização de uma verdadeira democracia, ganhando enorme relevância em nível político e social.

Assim, a partir da segunda metade do Século XX, a questão central do Direito se deslocou da preocupação com a efetivação de direitos para a efetividade da tutela prestada pelo Estado,³⁷ a partir do que o Direito passou a ser visto não mais pela ótica dos seus “produtores”, mas sim pela perspectiva dos seus “consumidores” dos serviços jurisdicionais, principalmente dos “necessitados”, que carecem da ordem constituída para alcançar um status digno de cidadania.³⁸ Uma atuação voltada a concretizar o acesso à justiça, a proteger os interesses individuais e coletivos e a buscar a efetividade da tutela jurisdicional tem pautado a atuação da Defensoria Pública em todo o Brasil, que trata desta temática como sendo de fundamental importância. Nessa perspectiva, a garantia fundamental do acesso à justiça ganha contornos mais abrangentes.

Como se sabe, esse valor constitucional possui dois significados.³⁹ O primeiro, mais restrito, entende o acesso ao Poder Judiciário como sendo a garantia constitucional de que “a lei não excluirá da apreciação do judiciário lesão ou ameaça de direito” (artigo 5º, XXXV). Já o segundo, mais amplo e

³⁷ Como refere Bobbio, o desafio do sistema jurídico já não era o de prever ou fundamentar direitos, mas sim o de “impedir que, apesar de solenes declarações, eles sejam continuamente violados” (BOBBIO, Norberto. In: A Era do Direito. Rio de Janeiro: Campos, 1992, p. 24-25).

³⁸ No que concerne à dificuldade dos “necessitados” acessarem a jurisdição, Boaventura dos Santos Souza refere que as populações de baixa renda hesitam mais que as classes economicamente abastadas em recorrer aos tribunais. As razões apontadas pelo sociólogo português são a desconfiança em relação aos serviços advocatícios que eram prestados por profissionais com pouca experiência e mal remunerados (fator superado com o recente processo de estruturação das Defensorias Públicas no Brasil), uma situação generalizada de dependência e insegurança que produz o temor de represálias ao ato de recorrer-se aos tribunais (algo muito comum no Brasil no que concerne à Justiça Trabalhista, onde os empregados possuem o temor de não mais conseguirem emprego após processarem seus antigos empregadores) e o fato de que o reconhecimento do problema como jurídico e o desejo de recorrer aos tribunais para resolvê-lo não seria suficiente para que a iniciativa de fato seja tomada (SANTOS, Boaventura dos Souza. In: Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. Porto: Afrontamento, 1994).

³⁹ Antônio Herman Benjamin endossa essa dupla caracterização, entendendo existir uma visão mais ampla voltada à tutela de direitos ou interesses violados por meio de mecanismos jurídicos variados (tais como a mediação e a conciliação), o que equivaleria ao acesso “a uma ordem jurídica justa (inimiga dos desequilíbrios e destituída de presunção de igualdade), conhecida (social e individualmente reconhecida) e implementável (efetiva), contemplando e combinando, a um só tempo, um rol apropriado de direitos, acesso aos tribunais, acesso a mecanismos alternativos (principalmente os preventivos), estando os sujeitos titulares plenamente conscientes de seus direitos e habilitados, material e psicologicamente a exercê-los, mediante a superação das barreiras objetivas e subjetivas” (BENJAMIN, Antônio Herman. A Insurreição da Aldeia Global Contra o Processo Civil Clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor In: MILARÉ, Édís (coord.). Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 - reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 74-75).

abrangente, entende o acesso à justiça como o alcance e concretização de uma determinada ordem de valores constitucionais e fundamentais, paradigma adotado pelas Defensorias Públicas. Nessa última perspectiva a garantia em exame passa a dizer com o acesso a todo instrumento legítimo de proteção e de efetivação de direitos (individuais e coletivos), o que inclui mecanismos jurisdicionais e extrajurisdicionais em nível nacional e internacional.⁴⁰

Nessa visão abrangente o acesso à justiça passa a objetivar a inclusão do cidadão que está à margem do sistema e, sob o prisma da autocomposição, estimular, difundir e educar⁴¹ o sujeito a melhor resolver conflitos por meio de ações comunicativas, ciente de que a garantia constitucional abrange não apenas a prevenção e a reparação de direitos, mas a realização de soluções negociadas e o fomento da mobilização da sociedade para que possa participar ativamente tanto dos procedimentos de resolução de disputas como de seus resultados.

Assim, a problemática ora em exame não se restringe ao acesso, mas também à efetividade da justiça, abarcando não apenas o mencionado acesso do cidadão ao sistema de justiça, mas também (e, quiçá, principalmente) a qualidade material e temporal de “saída” destas estruturas, o que engloba questões como a duração razoável dos procedimentos e processos e a efetividade das tutelas, pautas que conformam os métodos consensuais.⁴² Aqui se está falando da necessidade de existência e de construção de mecanismos justos e eficientes que possibilitem o resultado adequado e tempestivo da experiência jurídica.

É especialmente em razão destes entendimentos e objetivos que a Defensoria Pública vem privilegiando a via da resolução extrajudicial dos conflitos sociais que chegam às suas portas, viés fortalecido pela nova

⁴⁰ SOARES JÚNIOR; GAVRONSKI; ARLÉ; ALMEIDA; OLIVEIRA; BADINI; BELTRAME; ROMANO; MORAES; BORGES; 2014, p. 45.

⁴¹ Sobre o papel da educação como elemento civilizatório e de concretização da cidadania da população vulnerável indica-se a obra dos Defensores Públicos Arion Escorsin de Godoy e Domingos Barroso da Costa, para quem a educação e a informação se constituem em objetivos centrais da Defensoria Pública, necessários a consecução das suas demais missões, uma vez que a consciência dos direitos é condição necessária ao exercício da autonomia e dos direitos que os assistidos titularizam, razão pela qual o Defensor Público deve reordenar a sua tarefa cotidiana, libertando-se do monopólio das lides burocráticas para alcançar o seu papel enquanto agente político que é diferente dos demais porque constitucionalmente vocacionado à transformação social (COSTA, Domingos Barroso da; GODOY, Arion Escorsin de. In: Educação em Direitos e Defensoria Pública: cidadania, democracia, atuação nos processos de transformação política, social e subjetiva. Curitiba: Juruá, 2014).

⁴² Refere José Eduardo Cardozo que “a concepção democrática do Direito impõe a união entre teoria e práxis, entre teoria e resultado, entre Direito e sua efetividade material. Os modelos teóricos explicativos devem atentar para esse binômio: Direito-efetividade” (CARDOZO, José Eduardo. O Acesso à Justiça no Brasil: desafios e perspectivas. In: Manual de Boas Práticas de Acesso à Justiça: Mercosul e Estados associados. Brasília: Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, 2012, p. 44-53).

codificação processual civil, como se passa a demonstrar.

2.2 OS MÉTODOS DE SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS NA NOVA CODIFICAÇÃO PROCESSUAL CIVIL

Iniciando a análise dos meandros da nova codificação processual civil a partir de uma perspectiva política, salienta-se que a receptividade normativa e a priorização dos métodos autocompositivos de resoluções de controvérsias foram metas estabelecidas no II Pacto Republicano firmado em abril de 2009 pelos Presidentes dos três poderes da República. Dentre os objetivos estabelecidos, destaca-se o de aprimoramento da prestação jurisdicional pela prevenção de conflitos, para cuja realização todos os Poderes assumiram o compromisso de *“fortalecer a mediação e a conciliação, estimulando a resolução de conflitos por meios autocompositivos, voltados à maior pacificação social e menor judicialização”*. Isso institui a necessidade das políticas públicas (de iniciativas legislativas, judiciárias e administrativas) instaurarem um novo paradigma jurídico centrado em um processo mais informal, negocial e participativo.

A segunda perspectiva prefacial de exame passa pela breve análise⁴³ dos preceitos axio-deontológicos que conformam o regramento do CPC/15. Esta verificação deriva do reconhecimento de que os princípios de caracterizam como (i) mandamentos nucleares, alicerces e disposições fundamentais de um sistema;⁴⁴ (ii) padrões que devem ser observados porque se constituem em exigência de justiça, de equidade ou de dimensões variadas da moralidade;⁴⁵ ou (iii) verdades ou razões fundamentais que servem de garantia a um conjunto de juízos e conceitos relativos a dada porção da realidade.⁴⁶

Contudo, o principal fundamento para a análise dos princípios encontra-se no reconhecimento de que estas normas conformam os juízos de dever-ser concretizados pelas regras (as quais se passará posteriormente a

⁴³ Aqui pretende-se contextualizar o regramento acerca dos métodos de solução consensual de conflitos no contexto dos princípios do CPC/15, não se pretendendo efetivar um exame singular ou exaustivo de cada preceito.

⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. In: Curso de Direito Administrativo. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 747-748. Juarez Freitas defende os princípios como sendo *“diretrizes basilares do sistema jurídico, que se traduzem como disposições hierarquicamente superiores, do ponto de vista axiológico, às normas estritas (regras) e aos próprios valores (mais genéricos e indeterminados), sendo linhas mestras de acordo com as quais guiar-se-á o intérprete quando se defrontar com as antinomias jurídicas.”* (FREITAS, Juarez. In: A Interpretação Sistemática do Direito. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 56). Sobre a polissemia do termo: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. In: Direito Constitucional do Trabalho. V. 1, São Paulo: LTr, 2001, p. 73-74.

⁴⁵ DWORKIN, Ronald. In: Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

⁴⁶ REALE, Miguel. In: Filosofia do Direito. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 60.

examinar),⁴⁷ uma vez que se constituem em “*mandados de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas.*”⁴⁸

Enquanto mandados de otimização, os princípios detêm natureza deontológica, eis que se situam no plano do dever-ser, embora constituam-se em pautas axiológicas, eis que incorporam os valores ao Direito, fazendo a transferência do plano do *ser* (melhor) para o *dever-ser* (comportamento devido). Nessa passagem, ordenam prescritivamente que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes (peculiaridades do caso concreto), constituindo-se em verdadeiros mandamentos elásticos do próprio Direito, pois caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus, diferentemente do que ocorre com as regras. Assim, os princípios possuem a relevante função de definir a abertura e os limites do sistema,⁴⁹ aproximando o *ser* e o *dever-ser* que edificam o ordenamento⁵⁰, detendo, portanto, uma capacidade diretiva do sistema, onde se vislumbra uma atuação programática.

Dito isso, destaca-se que o CPC/15 foi normatizado com base em uma principiologia muito próxima das novas codificações brasileiras, do que são exemplos a Constituição Federal e o Código Civil,⁵¹ os quais promoveram um distanciamento dos vetores do individualismo e do patrimonialismo por meio de uma visão antropocêntrica do fenômeno jurídico, pela qual é alcançada a dimensão existencial da pessoa e a dimensão ética do Direito.

Esta nova vertente da ordem jurídica é construída por meio da adoção

⁴⁷ Embora se constituam em diretrizes basilares do sistema jurídico já na sua dimensão do *devido* (*dever-ser*), os princípios possuem uma baixa determinabilidade quando comparados com as regras, eis que não indicam claramente comportamentos e sanções, ou seja, as soluções não estão preconcebidas em seu enunciado, que é aberto em termos de hipótese e consequência de incidência da norma jurídica.

⁴⁸ ALEXY, Robert. In: Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 86. Em concepção próxima, Karl Larenz, em oposição à idéia de *conceito*, define os princípios como sendo “*uma pauta aberta, carecida de concretização, e só plenamente apreensível nas suas concretizações (...)* *directivas de normação jurídica que, em virtude de sua própria força de convicção, podem justificar resoluções jurídicas*” (LARENZ, Karl. In: Metodologia da Ciência do Direito. 2. ed. Lisboa: Calouste, 1989, p. 200 e 577). Em distinção relevante (pois parte dos preceitos analisados possui natureza ambivalente, como por exemplo a boa-fé), ainda que breve, os valores constituem em *mandados de definição*, uma vez que definem o conteúdo das demais normas (princípios e regras). Enquanto os valores se situam no plano axiológico (*mundo do ser*) ou princípios se encontram no plano deontológico (*mundo do dever-ser*) (ALEXY, 1997, p. 141, 147; CANARIS, Claus-Wilhelm. In: Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. Lisboa: Calouste, 1989, p. 86-87). Vale dizer: as pautas axiológicas dos valores devem ser traduzidas em pautas de *dever-ser* pelo Direito por meio dos princípios (como primeira espécie normativa de passagem) e das regras (como norma última definidora de *dever-ser*). Assim, o *ser* dos valores é incorporado ao Direito pelos princípios, cujas pautas de *dever-ser* (definição de comportamentos) é definitivamente concretizado pelas regras.

⁴⁹ LARENZ, 1989. p. 595; FREITAS, 2002. p. 144.

⁵⁰ FREITAS, 2002. p. 157.

⁵¹ MARTINS-COSTA, Judith. O Novo Código Civil Brasileiro: em busca da ‘Ética da Situação’. In: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, v. 20, p. 211-260, 2001.

de determinados vetores. O primeiro a ser destacado é a diretriz da socialidade⁵² (solidarismo jurídico), que veio a modificar o pilar do individualismo por meio da prevalência dos interesses coletivos sobre os particulares, sem que sejam desconsiderados os valores inerentes à pessoa e os direitos subjetivos de natureza individual.⁵³ Deste paradigma resulta a chamada socialização dos modelos jurídicos, a qual impõe novo conteúdo aos institutos jurídicos⁵⁴ e a revisão das figuras e dos papéis desempenhados pelo sujeito em seu cotidiano (v.g. proprietário, contratante, empresário, pai e testador) e no âmbito processual (ex. autor, réu, recorrente, interveniente, etc.), onde sujeitos que ocupam os polos da relação passam a ser vistos não mais como adversários, mas como parceiros que estão em busca de algo em comum, que é a decisão judicial eficiente e justa, a qual somente será alcançada por meio da atitude colaborativa e leal de todos os atores processuais. Se a função social dos contratos, da empresa e da propriedade constituem a expressão da socialidade no Direito Privado,⁵⁵ os princípios da eficiência, da celeridade e da efetividade do contraditório consubstanciam este vetor no âmbito da codificação processual.⁵⁶

A segunda diretriz é a eticidade, por meio da qual o sistema abandona a inércia axiológica que, no paradigma oitocentista, o levou a abdicar de questionamentos éticos acerca das normas e do exercício de direitos subjetivos, em razão do formalismo advindo do positivismo jurídico. Esta concepção traz consigo a repersonalização do Direito, tanto quanto ao posicionamento do ser humano como fonte dos demais valores (visão antropocêntrica), quanto pela superação do formalismo jurídico por meio da prevalência dos critérios éticos sobre os formais no plano normativo⁵⁷ e hermenêutico.⁵⁸ No âmbito do processo civil constituem expressão da

⁵² BETTI, Emilio. In: *Interpretação da Lei e dos Atos Jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 355; REALE, Miguel. In: *O projeto do novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999; MARTINS-COSTA, Judith. In: *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 247; MIRAGEM, Bruno. In: *Diretrizes Interpretativas da Função Social do Contrato*. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 56. p. 22-45, out/dez 2005, p. 28.

⁵³ Miguel Reale chega a afirmar que “se não houve a vitória do socialismo, houve o triunfo da socialidade” (REALE, 1999, p. 7). A partir da noção de eticidade as normas jurídicas deixam de serem consideradas um dado prévio para se tornarem elementos construídos no processo histórico e social, que se perfaz sob o jugo da cultura, remetendo à chamada ética da situação (MARTINS-COSTA, 2000, p. 247).

⁵⁴ Essa perspectiva pode ser referenciada com a instituição do abuso de direito pelo artigo 187 do CC, o qual contamina toda a ordem jurídica, inclusive os institutos processuais.

⁵⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *Novas Reflexões Sobre o Princípio da Função Social dos Contratos*. In: *Estudos de Direito do Consumidor*: separata. n. 7. Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, 2005, p. 51.

⁵⁶ Artigos 1º, 3º ao 7º, do CPC/15.

⁵⁷ No âmbito civilista, a eticidade é consubstanciada, exemplificativamente, nas seguintes disposições da codificação: (i) adoção da técnica legislativa das normas abertas (conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais); (ii) previsão dos direitos da personalidade; (iii) institutos como o estado de perigo, lesão e onerosidade excessiva (artigos 156, 157 e 478 do CC); (iv) princípios como o do equilíbrio econômico dos contratos; (v) interpretação dos negócios jurídicos conforme a boa-fé objetiva (artigo 113 do CC).

⁵⁸ Aqui se adota o paradigma pelo qual a hermenêutica passa a ser considerada como sendo um processo unitário envolvendo compreensão, interpretação e aplicação (GADAMER, Hans-Georg. In: *Verdade e Método*:

eticidade os princípios da boa-fé, da cooperação e da paridade de tratamento.⁵⁹

É em razão da adoção destes vetores que a nova codificação processual civil, em seu artigo 8º, determina a aplicação judicial do ordenamento jurídico atendendo-se aos fins sociais e às exigências do bem comum com resguardo dos seus valores, princípios (ex. dignidade da pessoa humana, legalidade, publicidade e eficiência) e postulados (v.g. proporcionalidade e razoabilidade).

Contudo, não obstante esta virada, parte significativa dos operadores jurídicos brasileiros continuam indelevelmente mergulhados em seus hábitos, num conjunto de crenças, práticas e pré-juízos arraigados a um paradigma oitocentista, como se tais fossem verdadeiros dogmas, fazendo com que permaneçam reféns da cotidianidade, que se traduz na expressão *como sempre o direito tem sido*,⁶⁰ o que resta por impedir a necessária releitura do fenômeno jurídico. Este é o risco que corre a nova codificação, a qual, apesar de impor um novo padrão ético-normativo, pode vir a ficar refém da aplicação inadequada de seus dispositivos. Apesar das normas processuais terem sido substancialmente alteradas em face da nova axiologia, podem continuar sendo aplicadas sob o viés adversativo tradicional da cultura jurídica do CPC/73.

Não sendo pretensão deste estudo esgotar o exame dos princípios do CPC/15 elencados nos artigos 1º e 3º ao 7º, cabe mencionar aqueles mais afetos à prática e a normatização das soluções consensuais de conflitos,

traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. v. 1, 7 ed., Petrópolis: Vozes, 2005, p. 406-407; GADAMER, Hans-Georg. In: Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. v. 2, 2 ed., Petrópolis: Vozes, 2004, p. 131). Eros Roberto Grau aponta que a separação entre interpretação e aplicação em duas etapas distintas decorre da equivocada concepção da primeira (interpretação) como mera operação de subsunção: texto (lei ou contrato) como premissa maior (produto de uma interpretação *in abstracto*) e pressupostos de fato (ação conforme ou não conforme ao texto normativo) como premissa menor (produto da aplicação ou de uma interpretação *in concreto*) (GRAU, Eros. In: Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 31, 87-88, 91 e 105). Porém, mesmo a chamada interpretação *in abstracto* envolve, necessariamente, a consideração de fatos, pois como refere Larenz, “*toda a aplicação da lei já é uma interpretação e o achamento do direito não é nunca um trabalho de subsunção*” (LARENZ, 1989, p. 163 e 333). Na verdade o intérprete somente discerne o sentido a partir e em virtude de um determinado caso, consistindo a interpretação exatamente na concreção da diretriz normativa (lei e contrato) em determinada hipótese fática, isto é, na sua aplicação. A partir desta *teoria da práxis da aplicação do direito* (que será ainda enfrentada neste tópico) a atividade interpretativa pode ser entendida como componente de uma produção prática, pois associa, em um amálgama hermenêutico, os planos dos elementos normativos (direito) e dos elementos reais ou empíricos (realidade) (ESSER, Josef. In: Precompreensione e Scelta del Metodo nel Processo di Individualizazione de Diritto, Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1983, p. 1; HESSE, Konrad. In: Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998, p. 62; LARENZ, 1989, p. 292; MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. In: Interpretação e Integração dos Negócios Jurídicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 109 e 111).

⁵⁹ Artigos 1º, 3º ao 7º, do CPC/15.

⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. In: Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 38.

quais sejam, a razoável duração para a solução integral do mérito, a boa-fé objetiva, a cooperação, a paridade de tratamento e a efetividade do contraditório. Aplicados na forma da já mencionada regra do artigo 8º, os vetores axiológicos impõem uma nova visão do processo e do comportamento exigido das partes.

O procedimento passa a ser visto ainda mais pelo seu aspecto instrumental e próximo do direito material que se pretende realizar. No que respeita as partes que compõe o processo, a norma não mais os enxerga pelo viés abstrato, impondo uma visão concreta dos sujeitos no alcance das pretensões de paridade de tratamento e de efetividade do contraditório, o que depende da compensação das desigualdades fáticas. Ademais, como já salientado, a codificação processual enxerga autor e réu como parceiros que buscam uma decisão judicial eficiente e justa, abandonando o viés adversativo, individualista e não cooperativo que permeava o CPC/73, impondo deveres de cooperação, lealdade e probidade.

Nesse contexto, natural a previsão do artigo 3º, o qual estabelece a obrigatoriedade de promoção da conciliação, da mediação e de outros métodos de solução consensual de conflitos pelo Estado,⁶¹ e seu estímulo por todos os atores do processo (Defensores Públicos, Juizes, Advogados e Membros do Ministério Público), inclusive no curso do processo judicial. E para a concretização deste desiderato, a nova codificação estrutura o rito processual focado na pretensão de resolução não adversativa do conflito social,⁶² o que na maioria das situações se mostra a via mais adequada.⁶³ Em

⁶¹ Menciona-se a regra do artigo 42 do CPC/15, a qual possibilita às partes instituírem juízo arbitral.

⁶² A análise deste ensaio se centra no novo regramento do CPC/15, mas cabe destacar as normatizações e propostas existentes. A Resolução 125/10 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) já garantia *o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade?*, prevendo o *incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação?*. Os grandes objetivos da resolução são: (i) disseminar a cultura da pacificação social e estimular a prestação de serviços compositivos de qualidade; (ii) incentivar os tribunais a se organizarem e planejarem programas amplos de autocomposição; (iii) reafirmar a função do CNJ como agente apoiador da implantação de políticas públicas. Em termos práticos, a Resolução determinou que os Tribunais apresentassem organização interna voltada para a autocomposição dos conflitos, determinando a criação de "Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos", com a incumbência de desenvolver a política judiciária local, e de "Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania", com o intuito de realizar as sessões de conciliação e de mediação e apoiar os demais órgãos jurisdicionais nessa tarefa. A disposição normativa trata, ainda, da capacitação dos conciliadores e mediadores e apresenta um Código de Ética que disciplina os princípios de atuação e as regras de conduta desses profissionais. Em termos de regulamentação, destaca-se, ainda, o Modelo de Mediação e o Código de Ética do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA) e o Código de Ética do Fórum Nacional de Mediação (FONAME). Menciona-se, por fim, a existência do Projeto de Lei (PL) 7.169/14, o qual dispõe sobre a mediação entre particulares e sobre a composição de conflitos no âmbito da Administração Pública, o qual está com Substitutivo já aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, apresentado em 07/04/2015 (Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1198886>> Acesso em: 11.04.2015).

verdade, a grande novidade da nova codificação foi a de introduzir a mediação e a conciliação judicial como alternativa para a resolução de disputas já no âmbito do Judiciário, perseguindo este desiderado com afinco em todos os momentos do procedimento judicializado.

Inicialmente, cumpre frisar que o CPC/15 não define ou conceitua os procedimentos de mediação e conciliação.⁶⁴ Contudo, em seu artigo 165, parágrafos 2º e 3º, se filia aos entendimentos doutrinários ao posicionar o mediador como figura não interventiva e sem poder decisório, e o conciliador como facilitador que realiza interferências na busca e encorajamento da resolução de conflitos e na estruturação da decisão. Ademais, ao referir que o processo de mediação visa à compreensão das questões e dos interesses em conflito e o restabelecimento da comunicação, enfatiza que esta técnica não se centra primariamente na realização de um acordo, mas na resolução das desavenças entre os envolvidos, diferentemente do que ocorre na conciliação.

Já no que se refere à escolha da técnica a ser utilizada, o CPC/15 define que a mediação deve ser aplicada preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, priorizando a conciliação nos casos em que não houver este vínculo preexistente.⁶⁵

Sobre o tema, importante referir a liberdade concedida as partes para a conformação do procedimento, por meio dos seguintes preceitos normativos: (i) *princípio da liberdade das técnicas*, pelo qual é admitida “a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição”;⁶⁶ (ii) *princípio da liberdade das formas ou do procedimento*, o qual determina que “a mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais”;⁶⁷ (iii) *princípio da livre escolha do facilitador*, por meio do qual “as partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador (e) o

⁶³ A adequação do método é questão de primeira ordem. Ocorre que as consequências construtivas ou destrutivas dos conflitos derivam da maneira pela qual as partes envolvidas o administram, sendo fundamental a eleição do método mais adequado à resolução de cada situação conflituosa, o que depende da quantificação de diversas variáveis tais como as relações envolvidas, o estágio do conflito, a disponibilidade das partes, etc (KIRCHNER; ROSENBLATT; BARBOSA; CAVALCANTI; GOETTENAUER; 2014).

⁶⁴ Já o PL 7.169/14, em seu artigo 1º, parágrafo único, define a mediação como sendo “a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.” Enfatizando a técnica, e não a figura do facilitador, a Diretiva 52/2008 do Conselho da União Européia e o *Uniform Mediation Act* definem mediação como sendo o processo estruturado no qual duas ou mais partes em litígio tentam, voluntariamente, alcançar por si mesmas um acordo sobre a resolução de seu litígio, com a ajuda de um mediador. Contudo, como estabelece Humberto Dalla Bernardina de Pinho, a “mediação é muito mais um conjunto de técnicas, experiências e hábitos culturais, que vão se estabelecendo na comunidade, do que uma definição teórica” (PINHO, 2015, p. 7), pensamento que remete ao ensinamento de Luis Alberto Warat, para quem o objetivo da mediação não seria o acordo, mas a mudança das pessoas e seus sentimentos (WARAT, 2001, p. 31).

⁶⁵ Artigo 165 parágrafos 2º e 3º, do CPC/15.

⁶⁶ Artigo 166, parágrafo 3º, do CPC/15.

⁶⁷ Artigo 166, parágrafo 4º, do CPC/15.

mediador”;⁶⁸ (iv) *princípio da livre escolha do órgão*, o determina que “as partes podem escolher, de comum acordo, (...) a câmara privada de conciliação e de mediação”;⁶⁹ (v) *princípio da inexistência de monopólio estatal*, uma vez que a existência de centros judiciários de solução consensual de conflitos vinculadas aos Tribunais não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais (como a Defensoria Pública), a câmaras privadas de conciliação e mediação ou realizadas por intermédio de profissionais independentes.⁷⁰

Adentrando no campo axiológico, o artigo 166 do CPC/15 institui a principiologia própria que rege os procedimentos de conciliação e de mediação, estabelecendo que as técnicas são informadas pelos seguintes preceitos, aqui analisados sumariamente: (i) a *independência* se refere a necessidade do facilitador não possuir vínculos (de amizade, trabalho ou parentesco) com as partes envolvidas, embora os partícipes detenham autonomia para desconsiderar a existência destas circunstâncias, mantendo o mediador ou o conciliador; (ii) a *imparcialidade* diz com a postura de neutralidade do facilitador durante o procedimento, de modo a assegurar aos participantes o tratamento equitativo, isento e neutro, em um ambiente pautado pela inexistência de favoritismos, preferências ou pré-conceitos; (iii) a *autonomia da vontade* indica que a atividade de mediação e de conciliação pressupõe a autodeterminação de pessoas capazes que devem exercer igual liberdade de pensamentos e ações, fazendo com que o facilitador se abstenha de tomar decisões pelos envolvidos ou de impor o acordo, mesmo no papel de conciliador; (iv) a *confidencialidade* diz com o compromisso de sigilo sobre todas as informações obtidas nas etapas consensuais, razão pela qual tudo que for desvelado durante o procedimento (v.g. dados, necessidades, sentimentos) não pode ser utilizado em qualquer outro ambiente, salvo mediante autorização expressa das partes;⁷¹ (v) a *oralidade* determina o uso da linguagem comum, evitando-se o linguajar técnico, o que denota que as partes são os reais protagonistas do procedimento, mesmo quando assistidos por Defensor Público ou Advogado; (vi) a *informalidade* se refere a flexibilidade na condução do processo e à desnecessidade deste ser documentado, exceção feita ao termo inicial e final do procedimento, onde será registrado o resultado obtido, sendo que as demais anotações efetuadas

⁶⁸ Artigo 168 do CPC/15.

⁶⁹ Artigo 168 do CPC/15.

⁷⁰ Artigo 175 do CPC/15. Relevante mencionar que as práticas negociais, de mediação e de conciliação não são monopólio dos técnicos, cabendo a concretização da facilitação consensual por todos aqueles que as partes destinarem esta tarefa, o que pode ocorrer no caso de um amigo em comum ou parente a quem as partes depositem confiança, credibilidade e apreço.

⁷¹ Em face deste preceito, o mediador e o conciliador não podem ser testemunhas do caso ou atuar como representante dos envolvidos em qualquer hipótese. Nesse sentido a regra do artigo 166, parágrafos 1º e 2º do CPC/15.

devem ser preferencialmente destruídas; (vii) a *decisão informada* se refere ao dever do facilitador de verificar se as partes envolvidas estão apropriadas das informações suficientes (com relação aos aspectos jurídicos, técnicos e fáticos) à tomada de decisões conscientes e razoáveis – busca-se que as partes tomem decisões qualificadas, as quais só existem por meio de uma reflexão necessária –, sendo possível a suspensão das sessões em caso de necessidade de suplementação das informações existentes ou de representação adequada (por Defensor Público ou Advogado).⁷²

Passando à análise das normas previstas na Parte Geral do CPC/15, menciona-se que a principal inovação trazida foi quanto à abertura do procedimento, a qual não mais ocorre com a necessidade do litígio, mas com a pretensão da resolução consensual. Nesse sentido, o artigo 319, inciso VII, determina que já na petição inicial o autor deverá indicar a opção pela realização ou não da audiência de conciliação ou de mediação.⁷³ Em face desta regra e da priorização da forma de solução consensual do conflito, entende-se pela necessidade de justificativa da parte que opta pela não realização deste ato. Contudo, cabe salientar que, não obstante a posição inicial do autor, o ato somente não será realizado se também o réu manifestar expressamente o desinteresse na composição consensual ou, ainda, quando o caso não admitir a autocomposição, nos termos do artigo 334, parágrafo 4º, incisos I e II, do CPC/15.

Como regramento geral o novo código institui, em seu artigo 335, que o prazo para o oferecimento da contestação tem como termo inicial a data da audiência de conciliação ou de mediação ou do protocolo do pedido de seu cancelamento pelo réu. Assim, o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação, e apenas em não havendo autocomposição começa a fluir o prazo para contestação. Nesse mesmo sentido as normas dos procedimentos da tutela antecipada e da tutela cautelar requeridas em caráter antecedente, conformem previsto, respectivamente, no artigo 303, incisos II e III, e no artigo 308, parágrafos 3º e 4º.

Em termos de estruturação geral da audiência de conciliação ou de

⁷² O PL 7.169/14, que dispõe sobre a mediação, em seu artigo 2º, elenca, ainda, os princípios da isonomia, da boa-fé e da busca do consenso. Sem pretensão de exaustividade, a doutrina indica, ainda, a conformação das atividade negocial pelos seguintes princípios: (i) voluntariedade; (ii) igualdade e diferença; (iii) confiança; (iv) equilíbrio; (v) não resistência ou não adversariedade; (vi) vinculação ao atendimento do interesse; (vii) autoridade dos mediadores; (viii) flexibilidade (MORAES, Paulo Valério Dal Pai; CORRÊA DE MORAES, Márcia Amaral. In: A Negociação Ética para Agentes Públicos e Advogados. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 89-126; SANTOS, Ricardo Goretti. In: Manual de Mediação de Conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2012, p. 144-145).

⁷³ Embora as técnicas necessitem da adesão voluntária das partes (concordância na adoção do meio de solução de conflitos), sabe-se que o uso dos mecanismos consensuais pode ocorrer (i) pela vontade das partes, (ii) por força de lei ou (iii) por determinação judicial (REUBEN, Richard. In: Constitutional Gravity: a unitary theory of alternative dispute resolution and public civil justice, UCLA L. Rev., vol. 47, p. 971-972).

mediação,⁷⁴ o artigo 334 estabelece sua realização com designação em prazo mínimo de 30 dias e citação do réu com pelo menos 20 dias de antecedência. Contudo, para a realização do ato o juiz deve tomar duas decisões. A primeira diz com o cabimento ou descabimento da técnica autocompositiva, nos termos do artigo 334, parágrafo 4º, inciso II, tendo em vista a natureza e as peculiaridades do caso concreto. Havendo possibilidade, compete ao magistrado definir a modalidade e a técnica a ser utilizada (mediação ou conciliação), para o que devem ser quantificadas as peculiaridades do caso, a opinião das partes (as quais também podem se manifestar acerca deste pormenor) e a existência ou inexistência de vínculo anterior entre as partes,⁷⁵ não se desconhecendo que a decisão também passará pela análise as condições estruturais do órgão jurisdicional onde tramita o processo.

Para realização da audiência – a qual pode se realizar na forma presencial ou por meio eletrônico⁷⁶ – o código menciona a presença do conciliador ou mediador, embora a participação destes não seja considerada obrigatória.⁷⁷ Diferentemente ocorre com a representação das partes, eis que o CPC/15 determina o seu acompanhamento por Defensores Públicos ou Advogados,⁷⁸ prevendo, ainda, a possibilidade da parte constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e/ou transigir.⁷⁹

O CPC/15 cuida, também, do estabelecimento de tempo mínimo para possibilitar a efetiva mediação ou conciliação das partes, definindo que a pauta das audiências será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de 20 minutos entre o início de uma e o início da seguinte,⁸⁰ disposição que teleologicamente almeja evitar que o ato se constitua em uma instância

⁷⁴ Dois regramentos ínsitos na parte especial do CPC/15 merecem especial atenção. O primeiro diz com o procedimento de manutenção e da reintegração de posse, onde no artigo 565 está determinado que, “no litígio coletivo pela posse de imóvel, quando o esbulho ou a turbação afirmado na petição inicial houver ocorrido há mais de ano e dia, o juiz, antes de apreciar o pedido de concessão da medida liminar, deverá designar audiência de mediação, a realizar-se em até 30 (trinta) dias”, bem como que “concedida a liminar, se essa não for executada no prazo de 1 (um) ano, a contar da data de distribuição, caberá ao juiz designar audiência de mediação” (parágrafo 1º). O segundo se refere as ações de família, para as quais o artigo 694 determina que “todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação”; sendo prevista, ainda, a possibilidade de suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar (artigo 694, parágrafo único) e a citação do réu para comparecimento à audiência de mediação e conciliação (artigo 695), a qual pode dividir-se em tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual, sem prejuízo de providências jurisdicionais para evitar o perecimento do direito em exame (artigo 696).

⁷⁵ Artigo 165 parágrafos 2º e 3º, do CPC/15.

⁷⁶ Artigo 334, parágrafo 7º, do CPC/15.

⁷⁷ Artigo 334, parágrafo 1º, do CPC/15.

⁷⁸ Artigo 334, parágrafo 9º, do CPC/15.

⁷⁹ Artigo 334, parágrafo 10, do CPC/15.

⁸⁰ Artigo 334, parágrafo 12, do CPC/15.

meramente burocrática e formal.⁸¹ Em verdade o prazo já deve ser fixado com base nas circunstancialidades do caso (complexidade do conflito, número de participantes, etc.), as quais podem desde já indicar a necessidade de um tempo maior para a realização da audiência. Deve-se reconhecer, contudo, que o prazo mínimo fixado se constitui, na maioria dos casos, em tempo exíguo para a realização dos atos de conciliação e, principalmente, de mediação. Assim, a codificação processual prevê, em caso de necessidade, a realização de mais de uma sessão para a concretização do acordo ou do consenso.⁸²

Como o CPC/15 determina que o ato não será realizado se ambas as partes expressamente manifestarem desinteresse na composição consensual,⁸³ o autor deve indicar a desnecessidade da composição na petição inicial e o réu em petição apresentada com até 10 dias de antecedência da audiência.⁸⁴ Em havendo litisconsórcio, o desinteresse deve ser manifestado por todos os litisconsortes, sendo que a existência de algum interessado determina a realização do ato.

No que respeita a atuação da Defensoria Pública, tem-se que a aplicação do disposto no artigo 334, parágrafo 3º, que prevê a possibilidade de intimação do autor para a audiência na pessoa de seu advogado,⁸⁵ deve ser conformada com a regra do artigo 186, parágrafo 2º, a qual determina que *"a requerimento da Defensoria Pública, o juiz determinará a intimação pessoal da parte patrocinada quando o ato processual depender de providência ou informação que somente por ela possa ser realizada ou prestada"*,⁸⁶ o que

⁸¹ Como se percebe no cotidiano forense, em especial nos Juizados Especiais Cíveis, onde as audiências de conciliação usualmente iniciam e terminam mecanicamente mediante um único questionamento às partes: *"tem acordo?"*

⁸² Artigo 334, parágrafo 2º, do CPC/15.

⁸³ Artigo 334, parágrafo 4º, inciso I, do CPC/15.

⁸⁴ Artigo 334, parágrafo 5º, do CPC/15.

⁸⁵ O artigo 186, parágrafo 1º, do CPC/15, institui a garantia da intimação pessoal do defensor público, o que não se constitui em novidade, eis que esta garantia já se encontrava prevista nos incisos I dos artigos 44, 89 e 128, todos da LC 80/94. A remissão da regra mencionada ao artigo 183, parágrafo 1º, permite que a intimação pessoal ocorra *"por carga, remessa ou meio eletrônico"*. Sendo a carga e a remessa dos autos meios de intimação pessoal próprios, surge a celeuma quanto ao meio eletrônico, uma vez que a Lei 11.419/06, que dispõe sobre a informatização do processo judicial, permite a intimação ficta (artigo 4º, § 3º). Não se desconhecendo entendimentos e decisões em contrário, defende-se que o cumprimento da garantia da intimação pessoal dos Defensores Públicos somente se concretiza com a efetiva consulta eletrônica ao teor da intimação pelo agente, não se admitindo a forma ficta, tanto porque esta não concretiza a cientificação pessoal, quanto pelo fato de que a LC 80/94 garante a entrega dos autos com vista, impelindo a ciência a efetiva do conteúdo processual.

⁸⁶ Menciona-se que esta norma não se trata de benefício, mas antes vem a conformar uma necessidade prática, pois existe dificuldade de comunicação com parcela significativa dos assistidos, os quais, com muita frequência, trocam de domicílio e de instrumentos de contato (ex. telefone e endereço eletrônico) sem a competente comunicação à Instituição. Assim, a regra obstaculiza que o ônus para a realização do ato seja transferido ao Defensor Público que, como dito, em muitas situações se vê impossibilitado de atender a determinação judicial pela impossibilidade de contato com a parte assistida. Contudo, entende-se que o requerimento formulado pelo Defensor Público, para que haja intimação pessoal da parte, deve ser formulado com parcimônia, eis que deve ficar restrito as hipóteses em que haja uma efetiva impossibilidade de

inequivocamente se aplica a situação em exame.

Importante mencionar que o direito a realização do ato não deve ser utilizado pelas partes com a finalidade de procrastinar o andamento do processo, tendo em vista os preceitos da boa-fé objetiva e da cooperação, os quais impõe uma conduta pautada na lealdade processual. Evidenciado o intuito de truncar o andamento do procedimento, cabe ao magistrado sancionar tal comportamento.

Havendo apazamento da audiência de conciliação ou de mediação, o não comparecimento injustificado do autor ou do réu é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será punido com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.⁸⁷

Em termos de resultado, o CPC/15 determina que a autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença,⁸⁸ tornando-se título executivo judicial passível de execução imediata em caso de descumprimento.

Cabe frisar, ainda, que a priorização da conciliação e da mediação não se resume à audiência de conciliação ou de mediação, pois a resolução do conflito pelos métodos de solução consensual deve ser oportunizado a todo momento e em todos os atos processuais. Nesse sentido, o artigo 359 determina que, instalada a audiência de instrução e julgamento, *"o juiz deve tentar conciliar as partes, independentemente do emprego anterior de outros métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação e a arbitragem."*

Contudo, o CPC/15 não se limita a estabelecer o regramento procedimental dos métodos de solução consensual dos conflitos, adentrando também na esfera da institucionalização das estruturas necessárias para este mister. Nesse sentido, para além da situação específica da mediação e da conciliação no âmbito administrativo,⁸⁹ o código estabelece a obrigatoriedade dos tribunais criarem centros judiciários de solução consensual de conflitos – com organização definida por cada Tribunal, levando em consideração as peculiaridades locais, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça

comunicação com a parte assistida pelos meios ordinários (v.g. telefone e endereço eletrônico). Dito de outra forma, a regra do artigo 186, parágrafo 2º, do CPC/15, não se constitui em regra genérica a ser aplicada preventivamente a todos os atos judiciais.

⁸⁷ Artigo 334, parágrafo 8º, do CPC/15.

⁸⁸ Artigo 334, parágrafo 11, do CPC/15.

⁸⁹ O artigo 174, assim determina: *"a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta."*

–, os quais serão responsáveis tanto pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, quanto pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.⁹⁰

Ademais, a nova codificação estabelece que tanto os facilitadores (conciliadores e mediadores) quanto os órgãos (aqui englobando as estruturas particulares como as câmaras privadas de conciliação e mediação)⁹¹ podem ser inscritos em cadastro nacional e em cadastro de Tribunal, mantendo-se rol de profissionais habilitados⁹² com indicação de sua respectiva área profissional.⁹³ A mencionada inscrição depende⁹⁴ de capacitação mínima alcançada por meio de curso realizado por entidade credenciada,⁹⁵ e servirá para a formação de lista a ser utilizada na distribuição dos casos, estruturada com base nas diversas áreas de especialização profissional.⁹⁶

Contudo, não é obrigatória a inscrição dos facilitadores no cadastro supramencionado, eis que o artigo 168, parágrafo 1º, do CPC/15, estabelece que *“o conciliador ou mediador escolhido pelas partes poderá ou não estar cadastrado no tribunal”*. Tendo sendo instituída a liberalidade das partes escolherem seus facilitadores, a norma preferiu não restringir a escolha a cadastramento prévio, o que limitaria as possibilidades das partes, implicando

⁹⁰ Artigo 165 do CPC/15.

⁹¹ Importante mencionar que o artigo 175 do CPC/15 determina que o regramento sobre os centros judiciários de solução consensual de conflitos (artigos 165 a 174 do novo código processual) *“não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica”*, determinando, ainda, a aplicação subsidiária das regras da nova lei de processo civil às câmaras privadas de conciliação e mediação.

⁹² As hipóteses de exclusão do cadastro de conciliadores e mediadores se encontram previstas no artigo 173 do CPC/15.

⁹³ Artigo 167 do CPC/15. Em regra polêmica – vislumbrando-se possível ofensa ao princípio constitucional da livre iniciativa – o artigo 169, parágrafo 2º, estabelece que *“os tribunais determinarão o percentual de audiências não remuneradas que deverão ser suportadas pelas câmaras privadas de conciliação e mediação, com o fim de atender aos processos em que deferida gratuidade da justiça, como contrapartida de seu credenciamento.”*

⁹⁴ Menciona-se que a inscrição poderá ser precedida de concurso público quando o tribunal optar pela criação de quadro próprio de conciliadores e mediadores (artigo 167, parágrafos 2º e 6º, do CPC/15).

⁹⁵ Conforme parâmetros curriculares definidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça, conforme regra do artigo 167, parágrafo 2º, do CPC/15.

⁹⁶ Artigo 167, parágrafos 1º e 2º. O CPC/15 prevê, ainda, que no cadastro dos conciliadores e dos mediadores constará todos os dados relevantes para a sua atuação (ex. número de processos de que participou, sucesso ou insucesso da atividade, matéria sobre a qual versou a controvérsia), os quais deverão ser classificados e publicados anualmente. Sobre esta necessidade de “ranqueamento”, assim se posiciona Humberto Dalla Bernardina Pinho: *“É digno de elogio esse dispositivo por criar uma forma de controle externo do trabalho do mediador, bem como dar mais transparência a seu ofício. Por outro lado, é preciso que não permitamos certos exageros. Não se pode chegar ao extremo de ranquear os mediadores, baseando-se apenas em premissas numéricas. Um mediador que faz 5 acordos numa semana pode não ser tão eficiente assim. Aquele que faz apenas uma, pode alcançar níveis mais profundos de comprometimento e de conscientização entre as partes envolvidas. Da mesma forma, um mediador que tem um ranking de participação em 10 mediações, tendo alcançado o acordo em todas, pode não ser tão eficiente assim. É possível que tenha enfrentado casos em que as partes já tivessem uma pré-disposição ao acordo ou mesmo que o ‘nó a ser desatado não estivesse tão apertado’. Me preocupa muito a ideia do apego às estatísticas e a busca frenética de resultados rápidos. Esses conceitos são absolutamente incompatíveis com a mediação.”* (PINHO, 2015, p. 14-15).

em alguns casos na perda de confiabilidade no procedimento. Porém, inexistindo acordo quanto à escolha, haverá distribuição entre os facilitadores cadastrados no registro do Tribunal, observada a respectiva formação e a necessidade de designação de mais de um mediador ou conciliador.⁹⁷

Quanto à atividade do conciliador e do mediador, cumpre frisar, ainda, que o código processual estabelece regras acerca do seu impedimento e suspeição,⁹⁸ impossibilidade temporária para o exercício da função,⁹⁹ e prazo para que possa assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes envolvidas em atividade onde atuaram.¹⁰⁰

Posicionado o tema na interseção com a garantia do acesso a justiça, e analisadas as regras da nova codificação processual acerca dos métodos de solução consensual de conflitos, cumpre iniciar o exame do papel da Defensoria Pública na promoção dos métodos não adversativos.

3 O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NA PROMOÇÃO DOS MÉTODOS DE SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS

Analisada a priorização dos métodos de solução consensual de conflitos pelo CPC/15, os quais passam a ser obrigatoriamente promovidos pelo Estado e estimulados por todos os atores, inclusive no curso do processo judicial (artigo 3º), passa-se ao exame do papel da Defensoria Pública na concretização deste desiderato, reconhecendo-se, desde já, a convergência da disposição processual com a lei orgânica da Instituição, a qual não apenas determina o estímulo à prática não adversativa, mas condiciona como função institucional a promoção prioritária da solução extrajudicial dos litígios, para o que a Defensoria Pública já nasceu vocacionada (artigo 4º, inciso II, da LC 80/94).

3.1 O MOVIMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA: DA JUSTIÇA GRATUITA AO SISTEMA DA ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL

Na análise do papel da Defensoria Pública na promoção dos métodos de solução consensual de conflitos inicia-se novamente pela conexão do tema com a problemática do acesso à justiça.

Devido a sua importância, hoje se verifica, em escala global, um irrefreável movimento de busca pela concretização do acesso à justiça, de cujas experiências se extrai o sucesso da experiência latino-americana de

⁹⁷ Artigo 168, parágrafos 2º e 3º, do CPC/15.

⁹⁸ Artigos 170 e 173, inciso II, do CPC/15.

⁹⁹ Artigo 171 do CPC/15.

¹⁰⁰ O prazo de um ano está estabelecido no artigo 172 do CPC/15.

Defensorias Públicas e o modelo constitucional adotado no Brasil de constituição de uma Instituição de Estado autônoma e vocacionada ao acesso à justiça. O direito à assistência jurídica, na condição de corolário da garantia do acesso à justiça, decorre tanto de uma gama de direitos constitucionais (v.g. dignidade da pessoa humana e isonomia), quanto dos próprios fundamentos e objetivos fundamentais da República (artigos 1º e 3º).

Sobre o tema, imperioso mencionar o paradigma teórico desenvolvido por Mauro Capelletti e Bryant Garth, no clássico “Acesso à Justiça”¹⁰¹, no qual foram apresentadas as três ondas renovatórias da sistemática processual civil. Esse paradigma teórico identifica um primeiro movimento relacionado à estruturação institucional de meios para o acesso, um segundo relativo à proteção aos interesses difusos da nova sociedade de massas¹⁰², e um terceiro vinculado à busca pela efetividade da tutela jurisdicional,¹⁰³ etapas verificadas de maneira bastante marcante no cenário nacional.

Neste momento do estudo interessa verificar a consolidação da primeira onda renovatória, que vai da criação do instituto da *justiça gratuita* pela Lei 1.060/50 (mero direito à gratuidade das custas e despesas processuais) até a consolidação dos sistemas de assistência. O primeiro destes é a *assistência judiciária*, que compreende as diversas organizações estatais e paraestatais que garantem a indicação de advogados aos pobres (ex. serviços de assistência universitários e convênios com a Ordem dos Advogados do Brasil), sistema que foi sucedido pela *assistência jurídica*, que abarca a atividade anterior, mas agrega serviços jurídicos não relacionados ao processo (ex. orientação e composição extrajudicial de conflitos). Porém, este primeiro movimento somente se conclui com a consolidação do sistema da *assistência jurídica integral*, havida com a criação da Defensoria Pública, carreira de Estado compromissada institucionalmente com a questão do

¹⁰¹ CAPPELLETTI, GARTH, 1988.

¹⁰² A *segunda onda renovatória* diz com a proteção aos interesses difusos da nova sociedade de massas, derivados de uma realidade socioeconômica que demonstrou que até mesmo os institutos relativos à assistência jurídica (provenientes da primeira onda) eram insuficientes. Ocorre que a fragmentação dos conflitos desencoraja a busca individual da reparação, havendo uma inequívoca necessidade de criação de instrumentos de proteção coletiva. Esta vertente está bem representada no Brasil na edição das Leis ns.º 7.347/85 e 8.078/90 e da Lei Complementar n.º 80/94, as quais inserem a proteção dos interesses difusos no processo civil, em uma tentativa (ainda incipiente) de superação das suas bases individualistas.

¹⁰³ A busca pela efetivação das técnicas consensuais de resolução de conflitos se situa no âmbito da *terceira onda renovatória*, voltada à busca pela efetividade da tutela jurisdicional e a simplificação dos procedimentos. A título complementar, destaca-se que, no âmbito do processo civil brasileiro, este movimento é verificado na implementação dos Juizados Especiais pelas Leis 9.099/95 e 10.259/01 e nas diversas reformas internas que promoveram a consolidação da instrumentalidade das formas, a reaproximação entre direito material e processual e a criação dos institutos das tutelas de urgência e inibitórias. Já no plano constitucional, cabe mencionar a previsão do princípio constitucional da eficiência (artigo 37) e a normatização da garantia fundamental da celeridade processual (artigo 5º, inciso LXXVIII).

acesso à justiça, e não apenas com o acesso formal ao Poder Judiciário.¹⁰⁴

Assim, os sistemas de assistência se sobrepõem, no sentido de que o florescimento de uma forma mais nova e eficiente – tal como a assistência jurídica integral prestada pela Defensoria Pública – não acaba com os sistemas anteriores (assistência judiciária e jurídica), os quais continuam existindo dentro de uma perspectiva limitada. Nesse sentido a existência da figura do advogado dativo, hoje admissível apenas nas situações em que a Defensoria Pública não se encontra estruturada, por força da regra do artigo 4º, parágrafo 5º, da LC 80/94, e do princípio do defensor público natural, previsto no art. 4º-A, inciso IV, da mesma legislação.¹⁰⁵

Contudo, a sobreposição dos sistemas, que em grande medida é natural e desejável, provoca uma série de leituras equivocadas da garantia constitucional do acesso à justiça,¹⁰⁶ o que ocorre, exemplificativamente, com a concretização do sistema da assistência jurídica integral centrada nos paradigmas do instituto da justiça gratuita da Lei 1.060/50.¹⁰⁷ Esta imprecisão traz consequências indesejáveis na práxis jurídica, como ocorre com entendimentos de que a Defensoria Pública só atua quando o assistido é beneficiário da gratuidade da justiça, alcançando ainda a própria configuração do cidadão assistido pela Defensoria Pública, problemática que será enfrentada em oportunidade própria e que redundará na definição de quem poderá passar pelos serviços de mediação e de conciliação propostas e mantidos pela Instituição.¹⁰⁸

¹⁰⁴ Importante mencionar que aqui se está enfocando um pequeno viés dos serviços da advocacia privada, que é a atuação *pro bono* ou a institucionalização acadêmica destes serviços, sendo de todo evidente que a representação por meio de advogado particular consubstancia integralmente a cláusula geral do acesso à justiça.

¹⁰⁵ O Defensor Dativo garante apenas o acesso ao Poder Judiciário, enquanto o Defensor Público garante ao seu assistido, e à sociedade representada coletivamente, o mais amplo acesso à justiça. Vislumbrando o processo criminal, Luigi Ferrajoli refere que a defesa dativa e o gratuito patrocínio não passam de “*simulacros de defesa*”, visto que “*inidônea a garantir efetividade ao direito de defesa*”, razão pela qual deve-se reconhecer “*o caráter de direito fundamental e, assim, universal do direito de defesa: cuja atuação, justamente porque se trata de um direito fundamental, não pode ser confiada à lógica de mercado como se fosse um direito patrimonial*” (FERRAJOLI, Luigi. In: Os Fundamentos Teóricos da Defesa Pública. No Prelo, 2009. Texto utilizado na palestra proferida no Estado do Rio Grande do Sul em novembro de 2009, promovida pela Fundação Escola Superior da Defensoria Pública [FESDEP] e Escola Superior da Advocacia [ESA]).

¹⁰⁶ Nesse viés, a garantia constitucional do acesso à justiça depende da análise sistemática dos incisos XXXV e LXXIV do artigo 5º, com a disposição do artigo 134, todos da CRFB/88, pois apenas esta apreensão sistêmica abarca o projeto constitucional programático de 1988.

¹⁰⁷ Exemplo disso está na regra do artigo 565, § 2º, do CPC/15, a qual estabelece o chamamento da Defensoria Pública para comparecimento à audiência de mediação nos litígios coletivos pela posse de imóveis “*sempre que houver parte beneficiária de gratuidade da justiça*”. Para além de ser salutar o comparecimento da Instituição em litígios coletivos de índole nitidamente social, na condição de ente com legitimação extraordinária para propositura de ações e medidas transindividuais e Instituição que vela pela vulnerabilidade social no contexto da luta pela moradia e terra, o liame de vinculação estabelecido na norma não foi o mais feliz, uma vez que a simples concessão do benefício da gratuidade da justiça não induz a participação da Defensoria Pública.

¹⁰⁸ Esta se trata de questão relevante, pois são inúmeras as situações em que sujeitos não vulneráveis do ponto de vista econômico seriam elencados no processo de resolução consensual.

3.2 O PROTAGONISMO DA DEFENSORIA PÚBLICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O artigo 134 da CRFB/88 e o artigo 1º da LC 80/94 determinam que “a Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados”.

O recorte de análise deste ensaio se dá na inserção da Instituição no Estado Democrático de Direito sob o viés da garantia do acesso à justiça, mais especificamente em suas funções atinentes à resolução consensual dos conflitos. Contudo, vale ressaltar que a Lei Complementar n.º 132/09 promoveu uma verdadeira reestruturação não apenas na organização interna das Defensorias Públicas, mas também da estrutura do Estado Brasileiro.¹⁰⁹

Em termos de sua constituição, sinala-se que a Defensoria Pública possui como característica se constituir em: (i) expressão e instrumento do regime democrático; (ii) instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado; (iii) instituição autônoma (sem vinculação e dependência hierárquica, com orçamento próprio e com iniciativa de lei em alguns Estados). A partir desta conformação, surgem três grandes missões e atribuições: (i) promoção dos direitos humanos; (ii) assistência jurídica individual (nos âmbitos judicial e extrajudicial); (iii) representação coletiva da sociedade (nos âmbitos judicial e extrajudicial).

Dessa inserção (até mesmo simbólica) surge um novo ideal utópico para o Estado Democrático de Direito: o Estado que se construí historicamente como um verdadeiro Inquisidor, agora deve se transformar, também, em um Estado Defensor, que sirva como freio e contrapeso (*checks and balances*) às situações de violação e de violência estatal e de promoção dos Direitos Humanos.¹¹⁰ O projeto normativo é de construção de um Estado que não se limite a acusar e julgar os seus cidadãos, mas que efetivamente os enxergue, acolha, entenda, proteja e defenda. A consecução desta tarefa depende de uma visão de alteridade (olhar para o *alter*, suas circunstâncias e

¹⁰⁹ Como refere Rafael Vinheiro Monteiro Barbosa, “a teoria da proibição de insuficiência (*Untermaßverbotstheorie*), cunhada por Claus-Wilhelm Canaris e originária do direito alemão, estatui que a obrigação de proteção dos direitos fundamentais (*gundrechtliche Schutzpflicht*) impõe ao Estado o dever de editar as regras e técnicas aptas a garantir a sua eficácia mínima. Sendo assim, passou a ser ônus do Estado viabilizar à população desprovida de recursos a garantia de acesso à Justiça, impedindo que a insuficiência financeira e as vulnerabilidades organizacionais se transformem num óbice intransponível ao cidadão carente” (KIRCHNER; ROSENBLATT; BARBOSA; CAVALCANTI; GOETTENAUER; 2014).

¹¹⁰ Esta afirmação não quer obscurecer o fato de que a Defensoria Pública, enquanto Instituição de Estado que presta serviço público fundamental, pode se constituir, também, em violadora dos Direitos Humanos de seus assistidos, principalmente quando apresenta deficiência na prestação de seus serviços.

interesses),¹¹¹ o que é ponto primordial para a consecução de qualquer medida de resolução de conflitos sob a ótica não adversarial.

Se a Defensoria Pública não poderia existir em um Estado totalitário e violador de Direitos Humanos (e nisso percebe-se que a Instituição é fruto e se encontra em estado de dependência da consolidação dos ideais democráticos), deve ser reconhecido que não existe democracia legítima sem uma Defensoria Pública consolidada, forte e atuante.¹¹² Não é por outra razão que o artigo 3º-A da LC 80/94 (com a redação dada pela LC 132/09) traz os seguintes objetivos da Defensoria Pública: (i) primazia da dignidade da pessoa humana; (ii) afirmação do Estado Democrático de Direito; (iii) prevalência e efetividade dos Direitos Humanos; (iv) garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.¹¹³

Se a concretização do acesso à justiça e da realização dos Direitos Humanos deva ser tarefa de todas as estruturas de Estado, o legislador não se imiscuiu em definir tal responsabilidade de forma difusa, mas antes atribuiu esta gigantesca e nobre missão à Defensoria Pública. E o fez bem. Não apenas porque sua tarefa não é acusatória (e, portanto, não chancela, sequer teoricamente, a violência estatal),¹¹⁴ mas porque concretiza as mais basilares ações afirmativas (discriminação positiva) a serem promovidas no âmbito de um Estado Democrático de Direito. E isso é feito atendimento a atendimento, ação a ação, transformando a sociedade de forma pacífica. Todas as atividades que visam a alcançar materialmente um padrão mínimo aceitável de isonomia dependem da inclusão jurídica dos hipossuficientes organizacionais (econômicos, sociais e/ou culturais), em observância ao disposto nos artigos 5º, inciso LXXIV, e 134 da CRFB/88. Conforme o modelo constitucional vigente, a passagem do Estado Brasileiro de um modelo de exclusão social para um modelo que ampare a construção de uma sociedade solidária passa, necessariamente, pela atuação do Defensor Público.

¹¹¹ É simbólico, e cabe ressaltar, que dentre os Poderes (Judiciário) e Instituições autônomas (Ministério Público) que compõe o sistema de justiça, a Defensoria Pública é a única designada pelo gênero feminino.

¹¹² No II Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil, promovido em 2006 pelo Ministério da Justiça e pelo Programa das Nações Unidas pelo Desenvolvimento (PNUD), o então Ministro Marcio Thomaz Bastos refere que *“as instituições sólidas são os instrumentos que as democracias têm para se realizar enquanto tais. E as democracias, para abandonarem o rótulo de democracias formais, se tornando verdadeiras democracias de massas, devem construir instituições que consigam garantir a todos, sem discriminações, os direitos previstos nas constituições democraticamente escritas. (...) Não mais podemos nos preocupar só com o Estado Julgador e com o Estado Acusador, em detrimento do Estado Defensor”* (BRASIL. In: II Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil. Disponível em: <http://www.anadep.org.br/wtkite/downloads/Diag_defensoria_II.pdf> Acesso em: 18.05.2010).

¹¹³ Conforme estabelecem Diogo Esteves e Franklyn Roger Alves Silva, os *“objetivos elencados no art. 3º-A da LC 80/1994 designam os propósitos a serem satisfeitos pela atuação funcional da Defensoria Pública”* (ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. In: Princípios institucionais da Defensoria Pública: de acordo com a EC 74/2013 (Defensoria Pública da União). Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 315).

¹¹⁴ Contudo, cumpre reconhecer que também a Defensoria Pública pode se constituir em instância de violação dos Direitos Humanos, mormente quando se omite na concretização de suas funções institucionais.

É por isso que “a Defensoria Pública, ontologicamente, deve estar mais próxima da sociedade que do próprio Estado, considerado na sua totalidade, do Poder Judiciário, inclusive”¹¹⁵, pois é a Defensoria Pública a voz e a guardiã dos direitos do povo. Nesse sentido o entendimento de Rafael Vinheiro Monteiro Barbosa:

O dever de prestar assistência jurídica gratuita há de ser interpretado de maneira bastante abrangente, significando um compromisso inarredável da instituição no sentido de possibilitar à população carente o acesso efetivo não ao Poder Judiciário simplesmente, mas à Justiça Social e aos direitos sufragados na Carta Constitucional. É por essa razão que a Defensoria Pública está situada na macroestrutura do sistema de direitos e garantias fundamentais, atuando fidedignamente para incluir os excluídos, defender os indefesos, possibilitar o acesso aos direitos projetados na lei constitucional aos dela alijados.¹¹⁶

Possuindo o objetivo de viabilizar aos necessitados o amplo acesso à ordem jurídica justa, as funções da Instituição devem ser interpretadas de forma ampla, abrangendo toda e qualquer atividade de orientação jurídica e de defesa dos interesses dos necessitados, tanto na esfera judicial quanto na esfera administrativa,¹¹⁷ sendo hialino o papel da Instituição no fomento dos métodos de solução consensual de conflitos.

3.3 O ASSISTIDO DA DEFENSORIA PÚBLICA: A (RE)SIGNIFICAÇÃO DOS CONCEITOS DE HIPOSSUFICIÊNCIA E NECESSIDADE POR MEIO DA DIMENSÃO EXISTENCIAL E NORMATIVA DOS TERMOS

Da simples análise do desenvolvimento histórico da estruturação institucional de meios para o acesso à justiça, é facilmente perceptível que o conceito de justiça gratuita não é sinônimo e não conforma o instituto da assistência jurídica integral. Enquanto aquele está focado em questões econômicas e pecuniárias, este não está exclusivamente matizado por estes vetores, fazendo com que a Defensoria Pública preste seus serviços não apenas aos necessitados de recursos financeiros, mas aos necessitados organizacionais.

Cumpre salientar, inicialmente, que o atendimento de indivíduos em situação de vulnerabilidade, independentemente da sua situação econômica, não é novidade para a Defensoria Pública. Já está mais do que sedimentada na praxis forense a atuação da Instituição na *defesa do réu sem advogado na área criminal e na seara da curadoria especial no juízo cível*

¹¹⁵ RÉ, Aluísio lunes Monti Ruggieri. In: Manual do Defensor Público: teoria e prática. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 100.

¹¹⁶ KIRCHNER; ROSENBLATT; BARBOSA; CAVALCANTI; GOETTENAUER; 2014.

¹¹⁷ ESTEVES; SILVA; 2014, p. 333.

independentemente da renda da parte assistida. Assim, a atuação da Instituição já consolidou a diferenciação existente entre necessidade econômica e necessidade jurídica. Assim, aqui se está a falar, apenas, na redesignação deste foco de atendimento, o qual se centra na nova conformação da Instituição e no seu posicionamento em nosso Estado Democrático de Direito, pautas antes analisadas.

Os conceitos constitucionais de “necessidade” e “insuficiência de recursos” (artigos 5º, LXXIV e 134, da CRFB/88), bem como a designação legal de “hipossuficiência” (artigo 4º, VII, da LC 80/94), não promovem uma restrição conceitual à dimensão econômica do indivíduo, o que advém, única e exclusivamente, de uma leitura incorretamente centrada no paradigma da Lei n.º 1.060/50, a qual adota o paradigma econômico por estar historicamente condicionada ao sistema da justiça gratuita, garantidora apenas do direito à gratuidade das custas e despesas processuais. Contudo, como visto, a atuação da Defensoria Pública contempla e concretiza a assistência jurídica integral, a qual não se encontra restrita apenas à proteção dos desvalidos econômicos, ainda mais quando hoje a Instituição está legal e institucionalmente compromissada com a proteção dos Direitos Humanos. Deve-se alcançar o correto significado hermenêutico das expressões por intermédio de uma análise existencial (fática, concreta e situada) da pessoa humana e de sua existência sociocultural.

Cabe repisar, por absolutamente relevante, que a Constituição Federal, em nenhum momento, quando disciplina os termos “necessidade” e “insuficiência de recursos”, os restringe ao viés econômico. Assim, a Carta Magna jamais refere que a atuação da Defensoria Pública está condicionada à orientação dos “necessitados econômicos” ou daqueles que apresentarem “insuficiência de recursos econômicos”, sendo a inexistência de limitação expressa ao viés econômico inequívoca do ponto de vista hermenêutico. O “mutismo” da Constituição¹¹⁸ acerca da vinculação econômica dos conceitos de “necessidade” e “insuficiência de recursos” é hermeneuticamente significante, e não pode ser desprezado. Se a Constituição Federal não restringiu expressamente, descabe ao intérprete fazê-lo.

Ainda que não se admita ter sido essa a intenção (deliberada ou mediata) do legislador constituinte, não se pode pretender colocar na Constituição palavras e proposições que esta não possui.¹¹⁹ No campo da atividade hermenêutica subsiste o que se chama de força vinculante do objeto

¹¹⁸ Expressão cunhada pelo Ministro Ayres Britto no voto lançado na ADIN 3.510.

¹¹⁹ A perspectiva do pertencimento do intérprete ao objeto ou norma interpretada é ponto relativamente pacífico na seara hermenêutica, tanto para a corrente metodológica (BETTI, 2007, p. XLIV; BETTI, Emilio. In: Teoria Generale della Interpretazione. 2 ed., v. 1, Milano: Giuffrè, 1990, p. 305) quanto para a teoria filosófica (GADAMER, 2005, p. 355-358, 385-386 e 472; GADAMER, 2004, p. 331).

interpretado, o qual diz diretamente com o primado do texto normativo.¹²⁰ Em face disso, o intérprete deve exercitar um prudente positivismo¹²¹, pois a declaração legal surge como limite à mutação normativa que deriva da alteração das relações fáticas e axiológicas. O sentido literal possível da norma jurídica (aqui constitucional) surge como limite à interpretação (base semântica possível de significação), detendo uma dupla missão: é ponto de partida para a indagação do sentido e traça, ao mesmo tempo, os limites da atividade interpretativa. O primado do texto indica que uma exegese que não se situe no âmbito do sentido literal possível da norma¹²² já não é propriamente interpretação, mas, sim, modificação de sentido, o que foge à competência do operador jurídico.¹²³

O fato da Constituição Federal não restringir expressamente os conceitos de “necessidade” e “insuficiência de recursos” ao plano econômico não deriva de um “esquecimento” ou “omissão” do legislador constituinte. Em verdade, trata-se de uma deliberada demonstração de que tais conceitos alcançaram a “necessidade” derivada da “insuficiência de recursos” materiais, culturais, sociais, técnicos, étnicos, etc. Ou seja, a Constituição inequivocamente determina a aplicação da noção de hipossuficiência organizacional. Nesse sentido o entendimento da Ilustre Professora Ada Pellegrini Grinover: *“a exegese do texto constitucional, que adota um conceito jurídico indeterminado, autoriza o entendimento de que o termo necessitados abrange não apenas os economicamente necessitados, mas também os necessitados do ponto de vista organizacional, ou seja, os socialmente vulneráveis”*.¹²⁴

Ainda que se entenda que a constituição apenas “permita” a adoção do conceito de hipossuficiência organizacional (sendo inequívoco que o texto constitucional não veda esta leitura), a interpretação ampliativa e extensiva deve ser utilizada em razão da aplicação do princípio da máxima efetividade e eficácia dos direitos fundamentais da assistência jurídica integral (artigo 5º,

¹²⁰ Mesmo em um paradigma hermenêutico abrangente pode-se defender a existência de uma base semântica possível de significação e de um limite semântico intransponível. As expressões e vocábulos formadores da norma jurídica possuem certa expectativa de sentido relacionada com os usos da linguagem e com as definições de direito constitucional, o que se apresenta como limite à atividade interpretativa (LARENZ, 1989, p. 168; ÁVILA, Humberto Bergmann. In: Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 108).

¹²¹ GRAU, 2003, p. 52 e 119; HESSE, 1998, p. 51 e 69-70; HESSE, Konrad. In: A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991, p. 23. Cabe referir que a expressão foi cunhada por Canotilho.

¹²² O sentido literal possível deve ser entendido como sendo *“tudo aquilo que nos termos do uso linguístico que seja de considerar como determinante em concreto (...) pode ainda ser entendido com o que este termo se quer dizer”* (LARENZ, 1989, p. 387-388).

¹²³ LARENZ, 1989, p. 387-388, 444, 517-518.

¹²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. In: Parecer juntado à ADIn 3.943. Prossegue a doutrinadora no mesmo Estudo: *“Ainda que se entenda que a função obrigatória e precípua da Defensoria Pública seja a defesa dos economicamente carentes, o texto constitucional não impede que a Defensoria Pública exerça outras funções, ligadas ao procuratório, estabelecidas em lei.”*

LXXIV, da CRFB/88) e do acesso à justiça (artigo 5º, XXXV, da CRFB/88).¹²⁵ É consenso na doutrina constitucional que a Constituição de 1988 – pródiga no plano axiológico, especialmente ao instituir como fundamento da República a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III) – jamais restringiu a proteção do ser humano à dimensão econômica de sua existência. O olhar do constituinte não estava voltado ao *homo oeconomicus*, mas sim à pessoa no esplendor das vicissitudes sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais de sua existência no contexto individual, familiar, laboral, social e político. Restringir o que não foi restringido pelo constituinte é diminuir a força normativa do texto constitucional.

Dito isso, fica a questão: onde achar elementos para a consubstanciação do conteúdo dos conceitos abertos de “necessidade”, “insuficiência de recursos” e “hipossuficiência”? Certamente se tem fundamento sólido ao se recorrer às normativas internacionais¹²⁶ e ao novo sistema de proteção instituído pela Lei Complementar n.º 132/09, paradigmas que estão sendo utilizados pelos Tribunais Superiores brasileiros, inclusive para ampliar o âmbito de atuação das Instituições de Estado.¹²⁷

Quanto ao sistema internacional, não se teria melhor parâmetro do que as chamadas “100 Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em condição de Vulnerabilidade”, pois, além de se constituir em normativa específica sobre o tema, foi formulada pelo Poder Judiciário durante a XIV edição da Conferência Judicial Ibero-Americana, o que denota o seu caráter de isenção com relação à fala situada deste escrito. Nos itens 3 e 4 se encontra o conceito das pessoas em situação de vulnerabilidade, *in verbis*:

1 - Concepto de las personas en situación de vulnerabilidad:

(3) Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

(4) Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a

¹²⁵ Caberia, ainda, invocar os princípios da maior proteção possível aos interesses lesados e do não retrocesso social.

¹²⁶ A busca pelos ensinamentos das diretrizes internacionais visa alcançar um paradigma consensual em termos mundiais, bem com um viés externo à visão da Defensoria Pública e de seu sistema normativo.

¹²⁷ O conceito de hipossuficiência organizacional e de hipervulnerabilidade é adotado em viés ampliativo nos seguintes julgados: REsp 931.513 (Relator para Acórdão Ministro Herman Benjamin, 1ª Seção, STJ, j. em 25/11/2009, DJe 27/09/2010) e AI 70034602201 (Relator Desembargador Carlos Roberto Lofego Canibal, 1ª Câmara Cível. TJRS, j. em 19.05.2010).

comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico.

Assim, facilmente perceptível que, no entendimento consensual das Cortes Ibero-Americanas, o conceito de hipossuficiência não se restringe ao viés econômico, alcançando as condições sociais, étnicas e culturais dos indivíduos, e abarcando peculiaridades como idade, incapacidade, pertencimento a minorias, gênero, privação de liberdade, etc. Assim, a situação de pobreza do indivíduo ou da coletividade é apenas uma das causas de vulnerabilidade. E quiçá hoje, em uma sociedade de riscos massificados, sequer seja a mais importante ou relevante.

Passando-se a verificar o cenário legislativo interno, percebe-se que, em consonância com o paradigma acima delineado, o artigo 4º, inciso XI, da Lei Complementar 80/94 (com a redação dada pela Lei Complementar n.º 132/09), estabelece como função institucional da Defensoria Pública o exercício da *“defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado”*.

Assim, é de todo evidente que a atuação da Instituição, no atendimento individual ou coletivo de grupos sociais vulneráveis – e também no plano da resolução extrajudicial de conflitos –, não se encontra atrelada ao parâmetro econômico, mas sim ao paradigma tópico, situado e concreto da hipossuficiência organizacional. A inserção deste paradigma na lei orgânica de regência da Defensoria Pública atende a sua missão de promoção dos Direitos Humanos e a dimensão existencial e normativa dos termos constitucionais aqui examinados.¹²⁸

3.4 A LEGITIMAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA EM SUA MISSÃO DE ACESSO À JUSTIÇA: A EROÇÃO DOS FILTROS SUBJETIVOS E A LEGITIMAÇÃO PELA DEFESA DE VALORES

Como refere o Defensor Público José Augusto Garcia, *“mais do que simplesmente alterar disposições específicas, a Lei Complementar 132/09*

¹²⁸ É de todo evidente a necessidade de regulamentação deste novo paradigma de atuação, o que deve ser feito por cada Defensoria Pública enquanto Instituição autônoma, quantificando-se as peculiaridades do atendimento em sua localidade e região, bem como o estágio de estruturação material e pessoal da própria Instituição.

significou a superação definitiva da idade individualista da Defensoria”.¹²⁹ A visão individualista, que impera no cenário jurídico nacional, impede a atuação da Defensoria Pública no viés solidarista. Contudo, os vetores da socialidade¹³⁰ e do solidarismo jurídico, já mencionados, contribuíram fortemente para a objetivação do ordenamento, com a consequente erosão da subjetivação da tutela processual, sendo que os novos matizes do acesso à justiça impuseram compreensão muito mais generosa do fenômeno da necessidade.¹³¹

Isso quer dizer que, na atuação da Defensoria Pública, a identificação subjetiva do assistido perde a antiga transcendência. Primeiro, porque o fenômeno da “necessidade” resta desconectado da absolutização do parâmetro econômico. Segundo, porque a Instituição, na sua nova conformação legal, passa a defender, para além de pessoas, valores constitucionalmente assegurados. Não é por outra razão que a LC 132 instituiu no artigo 3º-A da LC 80/94, como objetivos da Defensoria Pública, a primazia da dignidade da pessoa humana e a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, como antes frisado. Vale dizer: pelo mais absoluto imperativo legal a Instituição passa a atuar no intuito da concretização da dignidade da pessoa humana e na preservação da garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, não estando apenas vinculada às condições da pessoa (viés subjetivo) atendida pela Instituição.

Esta nova conformação torna irrelevante, no que tange à assistência jurídica em muitas situações – em especial na implantação e na aplicação dos métodos consensuais de resolução de conflitos –, o questionamento acerca da situação econômica individual da parte, o que não desvirtua em nada a missão da Defensoria, muito pelo contrário.¹³² Em face deste paradigma, José Augusto Garcia identifica cinco tipos distintos de atuação da Defensoria Pública: (i) proteção de necessitados econômicos; (ii) proteção de necessitados organizacionais; (iii) proteção concomitante de necessitados econômicos e necessitados não econômicos (ex. ação civil pública que tenha como objeto direitos difusos ou processo de mediação ou conciliação que congregue no acordo as duas espécies de indivíduos); (iv) proteção de valores relevantes do ordenamento (ex. defesa do réu sem advogado na área criminal e curadoria especial na área cível); (v) proteção nominal de pessoa não necessitada, mas que repercute em favor de necessitado econômico ou

¹²⁹ SOUSA, José Augusto Garcia de. In: O destino de Gaia e as Funções Constitucionais da Defensoria Pública: ainda faz sentido (sobretudo após a edição da Lei Complementar 132/09) a visão individualista a respeito da Instituição? In: *Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro*. Nº 25. Rio de Janeiro: DPGE, 2012.

¹³⁰ BETTI, 2007, p. 355; REALE, 1999; MARTINS-COSTA, 2000, p. 247.

¹³¹ SOUSA, 2012.

¹³² SOUSA, 2012.

organizacional (ex. representação judicial de casal abastado que visa à adoção de uma criança internada).

As duas últimas situações denotam hipóteses de atuação onde se verifica a erosão do filtro subjetivo de legitimação, com a adoção de defesa de valores. Inúmeras são as hipóteses concretas subsumidas a esta hipótese, mas aqui compete destacar que, na seara da mediação e da conciliação extrajudiciais, a Defensoria Pública se encontra possibilitada de atuar em todas as situações apontadas, independentemente da carência econômica das partes envolvidas no conflito, quando verificada a hipossuficiência organizacional.¹³³ Assim, embora a questão esteja adstrita à disciplina legal de cada Defensoria Pública, não existe óbice legal para a extensão da mediação e da conciliação a todas as formas de atendimento oferecido pela Instituição.

Dito isso, cumpre enfrentar o problema da possibilidade de uso dos meios extrajudiciais envolvendo partes não hipossuficientes sob o viés econômico ou organizacional. Com amparo na doutrina, permite-se a atuação do Defensor Público como agente de resolução consensual ainda que hajam pessoas envolvidas no processo de negociação que não se enquadrem na condição de *assistido*.¹³⁴ Veja-se que solução no sentido inverso implicaria na necessidade de judicializar questão que poderia ser resolvida consensual e extrajudicialmente, em ofensa ao disposto no artigo 4º, inciso II, da Lei Complementar 80/94. Exemplificativamente, deixar-se ia de realizar acordo extrajudicial de divórcio ou de realizar o inventário diretamente em cartório porque uma das partes envolvidas não seria destinatária dos serviços da Instituição, levando a uma judicialização absolutamente desnecessária do conflito.¹³⁵

Esta foi a exata conclusão de Comissão Especial criada pela

¹³³ Na mediação pode haver a proteção concomitante de necessitados econômicos e necessitados não econômicos. Vale dizer: a presença de um indivíduo economicamente hipersuficiente não se constitui em fato impeditivo para que a Defensoria Pública promova o processo de mediação, seja pelo imperativo legal da resolução extrajudicial dos litígios, seja porque no processo a Instituição estaria beneficiando indivíduos necessitados e resguardando valores protegidos pelo ordenamento.

¹³⁴ KIRCHNER; ROSENBLATT; BARBOSA; CAVALCANTI; GOETTENAUER; 2014. No mesmo sentido o entendimento de Diogo Esteves e Franklyn Roger Alves Silva, para quem *“pessoas carentes e necessitadas não podem restar privadas desse importante meio alternativo de resolução de conflitos unicamente pela circunstância de estarem, por um azar do destino, envolvidas com outras mais afortunadas numa mesma situação conflituosa”* (ESTEVES; SILVA; 2014. p. 336-337).

¹³⁵ A mesma lógica é aplicada à tutela coletiva pela Defensoria Pública, onde admitida a ação transindividual que beneficie hipersuficientes como sendo um “efeito colateral positivo” da tutela coletiva dos hipossuficientes, ficando a análise da vulnerabilidade relegada as fases de liquidação ou de execução individual da decisão coletiva, conforme já decidido: REsp 912.849/RS, Relator Ministro José Delgado, STJ, Primeira Turma, julgado em 26/02/2008, DJe 28/04/2008; Apelação Cível n.º 70014404784, Relator Desembargador Araken de Assis, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Julgado em 12/04/2006. Esta mesma visão pode e deve ser aplicada a resolução extrajudicial dos conflitos, o qual pode albergar não hipossuficiente em seu contexto. É evidente, contudo, que na necessidade posterior de judicialização de algum aspecto do acordo consensuado o exame da necessidade organizacional da parte a ser assistida passa a ser naturalmente realizado.

Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul,¹³⁶ a qual assim disciplinou o tema no artigo 5º, parágrafo 8º, da minuta de resolução submetida a apreciação do Conselho Superior da Instituição:¹³⁷ *“havendo possibilidade de solução consensual do conflito, judicial ou extrajudicialmente, o limite previsto no caput (três salários mínimos) será aferido apenas em relação à pessoa física que originariamente procurou o atendimento”*. Assim estaria permitido que a solução consensual abranja todos os indivíduos envolvidos no conflito social.

3.5 A APLICAÇÃO DOS MÉTODOS DE SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS PELA DEFENSORIA PÚBLICA

O Estado Democrático de Direito, no projeto constitucional brasileiro, carece de *“instituições sedimentadas e plenamente atuantes, capazes de garantir e preservar os direitos fundamentais de caráter civil, político e social”*.¹³⁸ Nesse contexto, a idealização e a estruturação da Defensoria Pública tem como objetivo ofertar à sociedade e à cidadania uma instituição dotada do perfil democrático e humanista, apta a dar concretude aos direitos fundamentais, políticos, civis e sociais.

Este é um aspecto importante que vem sendo desenvolvido no presente ensaio, uma vez que as inúmeras desigualdades e vulnerabilidades fáticas (de natureza social, política, étnica, etc.) acabam sendo representadas no plano processual,¹³⁹ fazendo deste um jogo de exclusões, especialmente perante a visão individualista e adversativa do CPC/73, paradigma combatido pelo novo codex processual, como antes mencionado. Esta realidade passa a ser diuturnamente combatida pela Defensoria Pública, porta pela qual a população alijada do acesso formal ao processo terá não apenas o seu ingresso assegurado, mas a certeza de uma “saída” com mais segurança, o que remete a efetividade das soluções processuais. É por meio da Defensoria

¹³⁶ Em breve histórico, foi nomeado pelo Defensor Público-Geral do Estado do Rio Grande do Sul Comissão de Adequação dos Critérios de Atendimento da Defensoria Pública do Estado, por meio da Portaria 204/11, visando readequar o critério de atendimento da Instituição aos novos parâmetros da LC 132/09. Os trabalhos foram concluídos em dezembro de 2012, com o envio de minuta de Resolução que atualmente está sendo apreciada pelo Conselho Superior por meio do Expediente Administrativo n. 001178-30.00/12-5, ainda sem decisão definitiva.

¹³⁷ No mesmo sentido regra ínsita no artigo 6º, parágrafo 3º, referente à regulamentação do atendimento de pessoas jurídicas. Cita-se, ainda, o entendimento de Domingos Barroso da Costa e Arion Escorsin de Godoy, para quem, dentro do paradigma de proteção do vulnerável econômico, a realização da resolução extrajudicial de partes deve ser vista em seu conjunto, podendo em algumas situações ultrapassar o critério de renda fixado por normativa administrativa, por meio da ponderação dos valores envolvidos, o que diz com a realização do acesso à justiça e o respeito ao critério de atendimento (COSTA; GODOY; 2014).

¹³⁸ ALVES, Cleber Francisco; PIMENTA, Marília Gonçalves. In: Acesso à Justiça em Preto e Branco: retratos institucionais da Defensoria Pública. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 27.

¹³⁹ *“Tais direitos para alcançarem efetividade – no caso das populações mais pobres – dependem de que sejam assegurados pelo Estado os mecanismos apropriados que viabilizem o acesso à justiça quando houver lesão ou ameaça de lesão a tais direitos, constitucionalmente assegurados”*. ALVES; PIMENTA; 2004. p. 27.

Pública que a democratização do processo deixa de ser um mero ideal utópico, aproximando-se cada vez mais da realidade, o que se verifica com maior ênfase conforme ocorre a estruturação da Instituição.

Se democratizar o processo e universalizar o acesso à Justiça e a jurisdição são missões de todos os setores, deve-se reconhecer que só poderão ser efetivamente cumpridos pelo Estado com a participação dos Defensores Públicos. E o papel do qual a Defensoria Pública não pode se furtar é o de realizar estes vetores por meio dos métodos de solução consensual de conflitos, exatamente porque está cada vez mais evidente que o processo, como método estatal e ortodoxo, não mais se apresenta como instrumento eficaz para pacificar os interesses em disputa, outorgando justiça e cumprindo a promessa constitucional. Como refere Rafael Vinheiro Monteiro Barbosa, “o antigo e formal processo judicial, oneroso, lento e ineficaz, permite que as soluções dele advindas ainda conservem os resquícios discriminatórios tão enraizados no ambiente social.”¹⁴⁰

Assim, os procedimentos alternativos emergem para suprir essa ineficiência, não se constituindo mais em alternativas, mas em verdadeiras vias necessárias à concretização das promessas axiológicas de eficiência e celeridade na resolução dos conflitos, vetores presentes no texto constitucional e no novo CPC.

Contudo, a utilização destas novas metodologias também carece de democratização. Atualmente se verifica um claro movimento de fuga do processo, conduzida principalmente pelos grandes fornecedores e pela população mais abastada, setores que se utilizam de arbitragem, conciliação, mediação e técnicas de negociação com mais facilidade devido a condição econômica, estrutura e informação. Assim, cabe à Defensoria Pública, no desempenho da sua função constitucional, democratizar o acesso a estes instrumentos. Nessa perspectiva, menciona-se o entendimento do STF, proferido na ADI 2.903, por meio do voto do Relator Ministro Celso de Mello:

A Defensoria Pública, enquanto instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, qualifica-se como instrumento de concretização dos direitos e das liberdades de que são titulares as pessoas carentes e necessitadas. É por essa razão que a Defensoria Pública não pode (e não deve) ser tratada de modo inconsequente pelo Poder Público, pois a proteção jurisdicional de milhões de pessoas – carentes e desassistidas –, que sofrem inaceitável processo de exclusão jurídica e social, depende da adequada organização e da efetiva institucionalização desse órgão do Estado. De nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apoiam – além de desrespeitados pelo Poder Público

¹⁴⁰ KIRCHNER; ROSENBLATT; BARBOSA; CAVALCANTI; GOETTENAUER; 2014.

ou transgredidos por particulares – também deixarem de contar com o suporte e o apoio de um aparato institucional, como aquele proporcionado pela Defensoria Pública, cuja função precípua, por efeito de sua própria vocação constitucional (...), consiste em dar efetividade e expressão concreta, inclusive mediante acesso do lesado à jurisdição do Estado, a esses mesmos direitos (...). Direito a ter direitos: uma prerrogativa básica, que se qualifica como fator de viabilização dos demais direitos e liberdades – Direito essencial que assiste a qualquer pessoa, especialmente àquelas que nada têm e de que tudo necessitam. Prerrogativa fundamental que põe em evidência (...) a significativa importância jurídico-institucional e político-social da Defensoria Pública.¹⁴¹

O momento atual não admite espaço para amadorismo, exigindo profissionalização na aplicação dos meios autocompositivos. O processo de sua consolidação depende de profissionais capacitados¹⁴² e que tenham introjetado a filosofia, a principiologia e a metodologia das propostas negociais, e que saibam identificar os casos que podem ser submetidos a essas técnicas.

É, principalmente, por estas razões que o artigo 4º, inciso II, da LC 80/94, estabelece como função institucional a promoção prioritária da solução extrajudicial dos litígios. Assim, à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação e demais técnicas de composição e administração de conflitos, constitui-se em um verdadeiro poder-dever do órgão defensorial.

Sinala-se que a Instituição nasceu – mediante a edição da sua lei orgânica, ainda em 1994 – sob o signo do viés consensual de resolução dos conflitos sociais. É evidente que a normatização acompanhou o desenvolvimento do tema em âmbito cultural e doutrinário. Originariamente a LC 80/94 elencava como função institucional da Defensoria Pública a promoção da conciliação entre as partes em conflito de interesses em âmbito extrajudicial. Com o advento da LC 132/09, que reformou a Lei Orgânica da Instituição, esta missão foi redefinida. Primeiro porque a resolução consensual passou de possibilidade de atuação para atividade prioritária. Segundo, porque mencionada não apenas a conciliação, mas também a mediação e (para a surpresa de muitos) a arbitragem, para além das demais técnicas de composição e administração de conflitos, elencadas no contexto de processos de negociação. Terceiro, porque a norma compreendeu que esta tarefa não

¹⁴¹ ADI 2.903, Relator Ministro Celso de Mello, Plenário do STF, DJE de 19.9.2008.

¹⁴² Aqui se está a enfatizar o aspecto institucional dos métodos autocompositivos, eis que é de todo evidente que os processos de mediação ou conciliação não são conduzidos apenas por profissionais que passam por treinamentos que desenvolvam competências emocionais, cognitivas, perceptivas, comunicativas, criativas, negociais e de visão crítica, necessárias para a chamada reversão da espiral do conflito. Na realidade cotidiana muitos atuam nessas posições de maneira informal ou intuitiva na busca pela melhoria da comunicação e da relação entre pessoas em conflito nos mais variados ambientes (familiar, profissional, social, etc).

abrange apenas a atuação extrajudicial do Defensor Público, eis que deve ser perseguida em todos os momentos da sua atuação, em âmbito judicial ou extrajudicial, processual ou administrativo.

Estruturando a atuação extrajudicial da Instituição no âmbito da consensualidade, o artigo 4º, parágrafo 4º, da LC 80/94, e o artigo 784, inciso IV, do CPC/15, estabelecem que o instrumento de transação, mediação ou conciliação referendado pelo Defensor Público vale como título executivo extrajudicial, inclusive quando celebrado com pessoa jurídica de direito público.¹⁴³

É meritória e fundamental a atividade processual desenvolvida pelos Defensores Públicos junto ao Poder Judiciário. Porém, a sociedade está a exigir mais da Instituição que, diferentemente de outras carreiras que buscam reaproximação com a população, já se encontra próxima à sociedade pela sua própria identidade institucional forjada em cada atendimento realizado. Impossível ao Defensor Público se “esconder” por detrás de estruturas burocráticas e de formalismos que afastam a população do sistema de justiça, pois seu compromisso é com o povo e a sua atuação é para o povo. A proximidade com a população é conformadora de seu mister, e esta proximidade necessária forja uma visão de alteridade – complementada e restringida pela natural parcialidade do Defensor Público – que é própria dos meios de solução consensual de conflitos.

A potencialidade da utilização da Defensoria Pública está no alcance de uma Justiça que pode ser denominada de *coexistencial*, a qual busca a *resolução da lide com a preservação das relações interpessoais e sociais*, evitando o aprofundamento da conflituosidade, o que se torna imprescindível entre pessoas que tenham que manter o convívio,¹⁴⁴ como ocorre, exemplificativamente, na seara do direito de família, em relações contratuais continuadas no tempo e de trato sucessivo, nas relações de vizinhança, nos vínculos societários e de associação, etc.

Nessas situações torna-se imprescindível entender que o conflito foi constituído no bojo de uma relação e trabalhar as questões de convivência que levaram ao desacordo, enfocando os aspectos subjetivos do conflito e

¹⁴³ Refere-se que é facultado às partes que submetam o acordado à homologação judicial, em hipótese de genuína jurisdição voluntária, a fim de que o acordo adquira o status de título executivo judicial, o que impediria a oposição de embargos, permitindo apenas a apresentação de impugnação. Embora não seja objeto de exame neste ensaio, consigna-se que a sentença arbitral proferida por Defensor Público assume o caráter de título executivo judicial, nos termos do artigo 515, inciso VII, do CPC/15, e artigo 31 da Lei 9.307/96 (Lei de Arbitragem).

¹⁴⁴ SILVA, Adriana dos Santos. In: Acesso à Justiça e Arbitragem. São Paulo: Editora Manole, 2005. p. 88; LIMA, Cláudio Vianna de. In: Arbitragem: a solução. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 21; Apud: KIRCHNER; ROSENBLATT; BARBOSA; CAVALCANTI; GOETTENAUER; 2014.

buscando o *restauração da relação social*, prevenindo novas ocorrências, o que é virtualmente impossível com a judicialização adversativa, que se centra unicamente no conflito aparente, abordando apenas as consequências, sem enfrentamento das suas causas.

Aqui se esta enfocando o uso das técnicas de mediação e conciliação, mas é importante referir que a Defensoria Pública cumpre o papel de resolver o conflito em todas as esferas, como na mera orientação, na educação e na difusão e conscientização dos Direitos Humanos.¹⁴⁵ Os processos e técnicas de negociação trazem ferramenta a ser utilizado pelo Defensor Público e pelos servidores da Instituição em sua prática cotidiana e em todos os momentos de contato com a parte assistida, ainda que não estejam atuando na condição de mediadores ou conciliadores e fora do contexto do processo de mediação ou conciliação propriamente dito, sempre visando o estabelecimento do diálogo e a construção de soluções colaborativas.

É o Defensor Público, por estar mais diretamente em contato com as mazelas sociais que conformam as vulnerabilidades sociais, o agente mais capacitado para o entendimento do conflito, o qual, considerado isoladamente, é um elemento inevitável e inerente à condição humana. Em razão da necessidade social de convivência e das naturais diferenças entre as pessoas, a divergência – entendida processualmente como algo negativo – passa a ser entendida como algo que não é essencialmente negativo ou positivo, pois o que torna o conflito construtivo ou destrutivo para os envolvidos, levando-os para uma situação mais ou menos desejável em termos relacionais, é a *forma com que as partes lidam* com ele. Contudo, o processo judicial invariavelmente fomenta a *escalada do conflito*, pois faz com que as pessoas percebam seus interesses como incompatíveis, assumindo uma postura adversarial mesmo nas situações em que são chamadas a conciliar. Não é incomum chegar-se a uma situação em que a questão que originou a disputa se torna secundária, ficando as pessoas reféns do processo que criaram e onde vencer o outro passa a ser algo mais importante do que resolver o problema.¹⁴⁶

A perspectiva do consenso e da cooperação, pauta axiológica e normativa do CPC/15, incorpora uma abordagem positiva do conflito, compreendendo que este pode funcionar como uma oportunidade de

¹⁴⁵ Nesse sentido o entendimento de Sílvia Roberto Melo Moraes: “*Atua o Defensor Público, nestes casos, com verdadeiro árbitro, esclarecendo as partes de seus direitos e deveres, objetivando uma composição amigável da questão jurídica a ela submetida. Quase sempre a divergência se instaura por completo desconhecimento da lei e após os esclarecimentos prestados pelo Defensor Público, as partes, em geral, buscam uma solução amigável a ser firmada na sua presença. Com isso, evita-se o início de inúmeras ações, desafiando-se o Judiciário e agilizando a composição dos conflitos*” (MORAES, Sílvia Roberto Melo. In: Princípios Institucionais da Defensoria Pública: lei complementar 80, de 12.1.1994 anotada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 25).

¹⁴⁶ KIRCHNER; ROSENBLATT; BARBOSA; CAVALCANTI; GOETTENAUER; 2014.

mudança, de crescimento e de melhoria das relações. Este *processo construtivo* deve ser uma pauta inserida no discurso jurídico, seja qual for o método de solução escolhido para tratar do conflito social, sendo o Defensor Público o ator por excelência para promover esta verdadeira transformação de perspectivas, tornando a norma processual realidade forense.

Atualmente o processo judicial não facilita a comunicação entre as partes que ocupam os polos opostos na demanda e, invariavelmente, obtém sua solução por meio das assertivas do *ganhar-perder* ou *perder-perder*. As características comuns que precisam ser combatidas são: (i) distinção entre *eles* e *nós*, o que afasta autor e réu; (ii) esforços envidados contra a outra parte numa atmosfera de vitória plena ou de derrota total; (iii) parcialidade sobre visão do problema, não se vislumbrando soluções que atendam às necessidades de todas as partes envolvidas no conflito; (iv) conflitos personalizados, o que acirra a disputa interna por meio de subjetivações; (v) partes orientadas e armadas para o conflito.¹⁴⁷

Esforços de oposição a este ambiente adversarial tem se multiplicado no espectro de atuação das Defensorias Públicas, sendo interessante analisar alguns casos de sucesso.

3.6 AS EXPERIÊNCIAS PRÁTICAS DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL NA SEARA DA RESOLUÇÃO CONSENSUAL DOS CONFLITOS

Analisada a atuação da Instituição no plano teórico, importa agora apresentar algumas das ações de sucesso, restringindo-se este exame àquelas desenvolvidas pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul.¹⁴⁸

Nestas experiências podem-se verificar concretamente os benefícios da resolução consensual dos conflitos, comprovando na prática as vantagens elencadas pela doutrina, cabendo destacar: (i) diminuição da litigiosidade entre os atores envolvidos; (ii) redução da judicialização; (iii) realização do direito de forma imediata ou em prazo razoável; (iv) preservação de relações continuadas; (v) educação dos envolvidos e empoderamento; (vi) prevenção da ocorrência de novos conflitos; (vii) soluções que geraram ganhos mútuos;

¹⁴⁷ LERER, Silvío. In: Vamos a Mediar: guía prático de procedimientos, técnicas, herramientas y habilidades para el manejo de conflictos. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011. p. 23. Apud: KIRCHNER; ROSENBLATT; BARBOSA; CAVALCANTI; GOETTENAUER; 2014.

¹⁴⁸ A escolha pela análise da atuação da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul se deve ao caráter situado do autor, que é Defensor no Estado do Rio Grande do Sul, não se desconhecendo que atuações similares são adotadas e replicadas por todas as Defensorias Públicas (KIRCHNER; ROSENBLATT; BARBOSA; CAVALCANTI; GOETTENAUER; 2014, p. 56-57). Cabe referir, ainda, a melhoria dos esforços do setor privado para a tentativa de composição extrajudicial dos conflitos, conforme experiências mencionadas pela doutrina (BASTOS; CORRÉA; PASSANI; OLIVEIRA; 2014, p. 31-32).

(viii) adoção de soluções criativas que foram além do que seria possível obter perante o Judiciário; (ix) soluções que abarcaram os problemas jurídicos e "não-jurídicos".

A primeira atuação a ser destacada diz com as atividades de combate a judicialização do direito à saúde com ênfase nos casos em que buscada a responsabilidade do Sistema Único de Saúde (SUS).¹⁴⁹ Estas ações, que dizem com fornecimento de medicamentos, internações e outras demandas, se avolumam na Defensoria Pública.¹⁵⁰ Em razão desta realidade, e a partir das conclusões da Audiência Pública 04/2009 do STF e da Criação do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde,¹⁵¹ foi assinado um Termo de Cooperação Técnica em 2010, por meio do qual se constituiu uma rede de proteção com diversas entidades.¹⁵²

A partir da criação da rede, a Defensoria Pública implantou a metodologia de trabalho em rede de cooperação e gestão sistêmica nas ações de saúde¹⁵³ em algumas localidades, tais como: Porto Alegre, Pelotas, Passo Fundo, Canela, Santana do Livramento, Três de Maio e Gravataí. Como resultado, e considerando a atividade na Capital, quase noventa por cento dos assistidos atendidos pela Defensoria Pública na área da saúde tem seus conflitos encaminhados em âmbito extrajudicial. No ano de 2012 foram prestados 4.352 atendimentos, com 3.813 soluções extrajudiciais (88%) e 539 ajuizamentos (12%). Em 2013 foram prestados 4.137 atendimentos, com 3.609 soluções extrajudiciais (87%) e 528 ajuizamentos (13%). Já no ano de 2014 foram prestados 4.569 atendimentos, com 3.981 soluções extrajudiciais (87%) e 588 ajuizamentos (13%).¹⁵⁴

¹⁴⁹ A iniciativa se deu pela atuação da Defensora Pública Paula Pinto de Souza, que atualmente dirige o Núcleo de Defesa da Saúde da DPE/RS (NUDS).

¹⁵⁰ São inúmeras as falhas do sistema de gestão da saúde que levavam a uma judicialização endêmica desta questão, cabendo apontar os seguintes fatores: (i) desorganização na atuação dos gestores do SUS; (ii) inexistência de fluxo de regulação sistêmico e organizado no Rio Grande do Sul; (iii) prazo não razoável e sistematizado para distribuição do componente especializado da assistência farmacêutica para as Coordenadorias e Municípios (demora se estendendo por mais de 90 dias); (iv) problemas de estoque na rede básica dos municípios e na rede especial do Estado; (v) falta de informação quando do atendimento do cidadão nos postos e unidades básicas de saúde, onde não há orientação do usuário sobre o encaminhamento adequado ao sistema.

¹⁵¹ O Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde foi criado pela Resolução 107/10 do CNJ e teve como consequência a adoção das seguintes medidas: (i) criação de câmaras técnicas em saúde para apoio dos Magistrados; (ii) cursos de aperfeiçoamento em Direito Sanitário; (iii) criação de Câmaras de Conciliação e de Mediação; (iv) criação dos Comitês Executivos Estaduais.

¹⁵² Dentre as entidades signatárias destaca-se a Defensoria Pública, a Secretaria Estadual da Saúde, a Procuradoria do Estado, o Ministério Público Estadual, a Procuradoria-Regional da União, a Federação das Associações de Municípios do Rio Grande do Sul (FAMURS) e o Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul (CREMERS).

¹⁵³ Menciona-se que alguns Defensores Públicos se especializaram em Direito à Saúde na Escola de Saúde Pública (ESP), vinculada à Secretaria estadual da Saúde, a qual formou outros profissionais que participam da iniciativa, como Magistrados e Procuradores do Estado.

¹⁵⁴ Os dados foram apresentados pela Defensora Pública Paula Pinto de Souza. Refere-se, ainda, que no caso do Rio Grande do Sul os processos são julgados por Vara Especializada (10ª Vara da Fazenda Pública).

Assim, a ação judicial, que em face da inexistência da rede de resolução extrajudicial era a primeira solução adotada, passou a ser utilizada apenas para casos específicos, em especial o requerimento de fármacos fora das listas de fornecimento, com evidência científica e laudo médico apresentados judicialmente, e o caso (ainda recorrente) de ineficiência do sistema (v.g. falta de estoque e problemas nos serviços hospitalares). Nas ações ajuizadas, devido a forma de instrução, houve a dispensa de contestação pela Procuradoria Geral do Estado (PGE/RS) em mais de 30% dos casos. Ademais, a construção do diálogo com a Secretaria Municipal da Saúde resultou na sensível diminuição das filas nas Unidades Básicas de Saúde para consulta com especialistas, as quais para determinadas especialidades (v.g. traumatologia e ortopedia) tinham lista de espera de mais de cinco anos.

Recentemente, o trabalho em rede de cooperação e gestão sistêmica, replicado pelos Defensores Públicos de Gravataí, resultou na assinatura de Termo de Cooperação entre a Instituição e aquela municipalidade. Importante a menção a esta iniciativa porque a partir dela é demonstrado que as soluções não adversativas geram benefício para todos os envolvidos. Nesse sentido, foi registrado pelo Secretário Municipal de Saúde do município que, com a nova forma de atuação da Defensoria Pública, durante o período dezoito meses, a Secretaria economizou R\$ 1,3 milhão de reais, sem que os assistidos tenham deixado de concretizar seus direitos fundamentais. O enfoque principal do Termo de Cooperação, voltado ao combate da drogadição, resultou na diminuição de mais de 90% das internações compulsórias, garantindo-se tratamento eficaz ao usuário e aos familiares na rede de ambulatorial de saúde mental.

A segunda atuação em destaque diz com as iniciativas da Defensoria Pública na área da proteção do consumidor. Nesta área, menciona-se, primariamente, a adesão da Defensoria Pública¹⁵⁵ ao Projeto de Tratamento das Situações de Superendividamento do Consumidor mantido pelo Poder Judiciário do Rio Grande do Sul,¹⁵⁶ o qual visa mediar a renegociação das dívidas com a totalidade dos credores, de forma amigável e condizente com o orçamento familiar da parte assistida, de modo a garantir a subsistência básica (mínimo vital) do núcleo familiar afetado pelo endividamento excessivo.

Em termos de fluxo, a judicialização de demandas revisionais ou de

¹⁵⁵ A gênese da iniciativa se deu pela atuação das Defensoras Públicas Josane de Almeida Heerd, Rafaela Consalter, Cristiano Vieira Heerd e Christine Balbinot, coordenados pela Defensoria Pública Adriana Fagundes Burger.

¹⁵⁶ Para maiores detalhes sobre o projeto, vide: BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz.; LIMA, Clarissa Costa de. In: Adesão ao projeto conciliar é legal – CNJ: Projeto piloto: tratamento das situações de superendividamento do consumidor. In: Revista de Direito do Consumidor, n. 63. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

renegociação foi substituída pelo encaminhamento do consumidor endividado para uma audiência extrajudicial de renegociação, na qual se chegou a 80,39% de acordos exitosos,¹⁵⁷ diminuindo sensivelmente o número de demandas ajuizadas. Contudo, para além deste expressivo resultado, verifica-se o benefício efetivo aos assistidos, uma vez que o ordenamento jurídico nacional não possui instrumentos adequados ao tratamento do superendividamento,¹⁵⁸ o que diminui sensivelmente a obtenção de êxito dos pleitos de renegociação de dívidas pelo processo judicial adversativo.¹⁵⁹ Nesse contexto, refira-se que esta solução é vital para a Instituição, pois o superendividamento, que de forma geral se constitui em um grave problema social - que atinge não apenas a pessoa endividada, mas todo o seu núcleo familiar -, afeta mais gravemente os assistidos da Instituição, que vivem em um limiar de pobreza. Ademais, os benefícios alcançam todas as partes, uma vez que com a renegociação os credores veem maximizada a possibilidade de recebimento de seu crédito, ainda mais quando considerado que a grande maioria dos assistidos do órgão Defensorial não possui patrimônio penhorável.

Ainda na seara da proteção do consumidor, recentemente a Defensoria Pública assinou Termo de Cooperação com a Secretaria Nacional de Proteção do Consumidor (SENACON), vinculada ao Ministério da Justiça (MJ),¹⁶⁰ pelo qual a Instituição aderiu a plataforma tecnológica de informação, interação e compartilhamento de dados chamada de "consumidor.gov.br",¹⁶¹ a qual se constitui em recente e importante serviço público para solução alternativa de conflitos de consumo por meio da internet. Por esta ferramenta se estabelece a interlocução direta entre consumidores e fornecedores, permitindo a veiculação da reclamação e o aguardo da resposta.

A partir desta solução tecnológica, abre-se a possibilidade de os consumidores que procuram a Instituição terem sua lide encaminhada primariamente por meio da plataforma,¹⁶² com a judicialização ficando restrita aos casos em que o fornecedor não apresentou solução adequada. Para além da sua sensível diminuição, verifica-se uma qualificação dos processos

¹⁵⁷ Dados constante no Relatório do Projeto. Disponível em: <http://www.superendividamento.org.br/wb/media/Indice_Porto_Alegre.pdf> Acesso em: 16.04.2015.

¹⁵⁸ Menciona-se que o PLS 283/2012, que trata da atualização do Código de Defesa do Consumidor, dispendo sobre a prevenção do superendividamento.

¹⁵⁹ Sobre o tema: KIRCHNER, Felipe. Os Novos Fatores Teóricos de Imputação e Concretização do Tratamento do Superendividamento de Pessoas Físicas. In: Revista de Direito do Consumidor, n. 65, p. 63-113, jan.-mar. 2008; KIRCHNER, Felipe. A Imposição Judicial da Renegociação e da Cooperação como Soluções Viáveis ao Tratamento do Superendividamento. In: Revista Multijuris, Nº 12, Ano VIII, p. 86-116, Dez. 2013.

¹⁶⁰ A gênese da iniciativa se deu pela atuação do Núcleo de Defesa do Consumidor e de Tutelas Coletivas, dirigido pelo autor deste ensaio.

¹⁶¹ Disponível em: <<https://www.consumidor.gov.br>> Acesso em: 21.04.2015.

¹⁶² Alguns avanços da ferramenta estão sendo discutidos com a SENACON, em especial a criação de campo para que a resposta apresentada pelo fornecedor seja remetida não apenas ao consumidor, mas também ao ser representante legal, que no caso é a Defensoria Pública.

judiciais a serem manejados, não apenas pela existência de uma prova pré-constituída da efetiva pretensão resistida do direito do consumidor assistido, mas também pela possibilidade de redução do conflito, pois parte da pretensão pode ter sido alcançada ao consumidor (ex. substituição do produto sem o acordo sobre as perdas e danos). Embora ainda em fase inicial de implementação, verifica-se a potencialidade extraordinária deste meio. Em apenas seis meses de disponibilização a plataforma já conta com 282 fornecedores cadastrados,¹⁶³ tendo recebido 2.300 reclamações apenas no Rio Grande do Sul, com o expressivo percentual de 90%¹⁶⁴ de acordos exitosos.¹⁶⁵

Ademais, por meio do Termo de Adesão supramencionado a Defensoria Pública ficará como gestora da plataforma no Estado do Rio Grande do Sul,¹⁶⁶ o que permitirá a análise quantitativa e qualitativa das demandas trazidas pela sociedade, possibilitando a verificação dos fornecedores mais reclamados e a atuação preventiva na solução dos danos aos consumidores, inclusive coletivizando as demandas que se mostrarem massificadas. Isso racionalizará e tornará mais eficiente o serviço prestado pela Defensoria Pública, inclusive na seara adversativa.

Outra atividade relevante diz com a criação do "Dia do Consenso" pela Defensoria Pública de Caxias do Sul,¹⁶⁷ visando a resolução não adversativa dos conflitos na área da família. Dos cerca dos 5.000 atendimentos prestados houve a formulação de 748 acordos consensuais na esfera extrajudicial. Contudo, na totalidade dos atendimentos foi trabalhada a facilitação da comunicação das partes e o fomento e preservação das relações continuadas, independentemente da ruptura dos vínculos familiares, prevenindo a ocorrência de novos conflitos.

¹⁶³ Por se tratar de um serviço com ênfase na interatividade direta entre consumidores e fornecedores para redução de conflitos de consumo, a participação dos fornecedores só é permitida àqueles que aderem formalmente, mediante assinatura de termo no qual se comprometem em conhecer, analisar e investir todos os esforços disponíveis para a solução dos problemas apresentados. O consumidor, por sua vez, deve se identificar adequadamente e comprometer-se a apresentar todos os dados e informações relativas à reclamação relatada.

¹⁶⁴ Saliencia-se que não são poucos os fornecedores que alcançaram 100% nos índices de solução, de satisfação e de reclamações respondidas. Ademais, embora disponham do prazo de 10 dias para a resposta, diversos fornecedores alcançaram a média de menos de um dia para a apresentação de sua posição perante o problema relatado pelo consumidor. Disponível em: <<https://www.consumidor.gov.br/pages/indicador/geral/abrir>> Acesso em: 21.04.2015.

¹⁶⁵ Os dados indicam que quanto maior a institucionalização das soluções consensuais, maior é o afastamento dos vetores de informalidade, oralidade e confiabilidade que regem as soluções de mediação e conciliação, sendo menor o índice de obtenção de acordo. No Projeto do Superendividamento tem-se 80,39% de êxito na formulação de acordos, no PROCON/RS o índice é de 82% e nos Juizados Especiais Cíveis do Estado é de apenas 20% de acordos (segundo dados apresentados pela Corregedoria-Geral de Justiça).

¹⁶⁶ De forma pioneira no Brasil, no Estado do Rio Grande do Sul a gestão da plataforma será compartilhada pela Defensoria Pública com o Procon Estadual e o Ministério Público Estadual, constituindo e integrando uma importante rede de atuação conjunta.

¹⁶⁷ A iniciativa se deu pela atuação dos Defensores Públicos Arion Escorsin de Godoy e Domingos Barroso da Costa.

A formatação e a consecução do projeto dependeu da revisão e da reestruturação do paradigma de atendimento prestado pela Defensoria Pública, desde o oferecimento da via consensual logo na recepção do cidadão pela Instituição – enfatizando as vantagens jurídicas, sociais e subjetivas do acordo – até a confecção de peças processuais que evitassem adjetivações ou considerações que possam fomentar ou ampliar o litígio entre as partes, permitindo a solução consensual de diversas situações conflituosas, ainda que com o processo judicial instaurado.

Observou-se, ainda, a potencialidade da solução autocompositiva na prevenção de litígios, o que se deu a partir da constatação de que muitas situações usualmente judicializadas não decorriam de reais conflitos estabelecidos, mas da instabilidade do contexto fático em que se inserem as partes, devido à ausência de diálogo e/ou desconhecimento das possibilidades de solução abertas pelo ordenamento jurídico, bem como dos limites e possibilidades inerentes ao processo judicial.

Outra importante iniciativa de mediação se deu perante o conflito estabelecido com a instalação de Estaleiro em São José do Norte,¹⁶⁸ onde a Defensoria Pública tutelou os direitos da comunidade de pescadores estabelecida no local, em face da chegada do empreendimento de construção de plataformas de exploração de petróleo, o que implicaria na retirada de todos os moradores de suas terras, por meio de recebimento de indenizações irrisórias. Refira-se que se trata de um dos maiores investimentos da história no Rio Grande do Sul (envolvendo 1,2 bilhão de reais), com a geração de até quatro mil empregos diretos e cerca de dez mil empregos indiretos, o que torna necessário a ponderação de todos os interesses envolvidos.

Até a chegada da Defensoria Pública, as pessoas que há gerações moravam e/ou pescavam na localidade eram pejorativamente denominadas, nas reuniões com os representantes do Estaleiro, de “invasores” ou “posseiros”. Após extensas negociações, e em razão da inexistência de áreas disponíveis, foram abandonadas as tratativas de obtenção de terreno próximo e de características semelhantes, para proceder-se uma realocação de maneira a garantir a preservação do estilo de vida, da atividade econômica e da relação histórica com o meio ambiente da comunidade assistida. Assim, a Defensoria Pública criou uma “Câmara Extrajudicial de Indenização”, com critérios propostos pela Instituição, equilibrando as discussões entre a preservação dos Direitos Humanos e a importância do desenvolvimento econômico responsável e sustentável para aquela que é uma das regiões mais pobres do Estado, com os seguintes resultados: (i) adesão de 100% das 51 unidades familiares ao processo; (ii) acordo alcançado em 100% dos

¹⁶⁸ A iniciativa se deu pela atuação dos Defensores Públicos João Otávio Carmona Paz, então Dirigente do Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos da DPE/RS (NUDDH), e Rafael Silveira Dourado.

casos; (iii) destinação de indenização em valores que permitiram a melhoria das condições de moradia e/ou a manutenção da atividade da pesca e da relação ancestral com o meio ambiente das famílias; (iv) valor total das indenizações de R\$ 12.720.000,00.

Destaca-se, ainda, a atividade de mediação dos conflitos entre agricultores e indígenas,¹⁶⁹ promovido conjuntamente pelo Núcleo de Defesa Agrária e da Moradia (NUDEAM) e pelo Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos (NUDDH) da Defensoria Pública, em um processo que destaca a complexa visão de alteridade da Instituição, que acaba tutelando naturalmente interesses situados em pólos opostos. No caso em exame, a atuação implicou na realização de diversos mutirões e reuniões, em especial na região norte do Estado, onde as atividades serviram para monitorar o conflito e mediar um acordo. Além da mediação, a Instituição prestou orientações jurídicas referentes às ações ajuizadas, participando de grupo de trabalho constituído para analisar e construir uma solução para o impasse. Diante de dois grupos vulneráveis, eis que de um lado há os pequenos agricultores familiares e de outro os indígenas, a participação da Defensoria Pública qualificou o diálogo na busca de uma solução que assegure o direito de ambos, de forma não adversarial.¹⁷⁰

Por fim, menciona-se o chamado "Projeto Pai? Presente!",¹⁷¹ pelo qual se busca a concretização do direito ao registro de nascimento e ao nome paterno, na condição de imperativos legais inerentes à pessoa humana, reveladores da identidade, da origem e da ancestralidade da criança e do adolescente. Visando identificar o maior número de pessoas que não possuem paternidade registral no Estado, e a regularizar seus registros civis, a Defensoria Pública firmou Termo de Cooperação com a Associação dos Registradores de Pessoas Naturais (ARPEN) e Sindicato dos Registradores

¹⁶⁹ A iniciativa se deu pela atuação das Defensoras Públicas Alessandra Quines Cruz, atual Dirigente do Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos da DPE/RS (NUDDH), e Adriana de Oliveira Schefer do Nascimento, atual Dirigente do Núcleo de Defesa Agrária e de Moradia da DPE/RS (NUDEAM).

¹⁷⁰ Já foi mencionado que a criação e atuação da Defensoria Pública tem um viés de modificação do Estado, que historicamente se constituiu como um verdadeiro Inquisidor, e que agora deve se transformar, também, em um Estado Defensor, que não se limite a acusar e julgar os seus cidadãos, mas que efetivamente os enxergue, acolha, entenda, proteja e defenda, com destaque para o fato de que a consecução desta tarefa depende de uma visão de alteridade, o que é ponto primordial para a consecução de qualquer medida de resolução de conflitos sob a ótica não adversarial. Aproveita-se esta iniciativa para destacar esta visão, pois no caso uma mesma Instituição – por órgãos internos e agentes distintos, evitando a colidência de interesses – acaba tutelando interesses contrapostos, como no caso os direitos dos indígenas e dos pequenos proprietários rurais. Esta mesma situação acontece em diversos outros casos, tais como os conflitos familiares, de violência doméstica, de posse e propriedade, onde a Defensoria Pública ocupa os dois pólos da relação processual. Isso afasta a Instituições de perspectivas reductionistas, excludentes e maniqueístas fundadas em pensamentos como o "nós e eles" ou "direitos humanos para humanos direitos".

¹⁷¹ Embora o projeto tenha envolvido a atividade de dezenas de Defensores Públicos, destaca-se a atuação das Defensoras Públicas Cláudia Barros, atual Dirigente do Núcleo de Defesa da Criança e do Adolescente (NUDECA), Lísia Mostardeiro Velasco Tabajara, atual Dirigente do Núcleo de Defesa da Mulher (NUDEM), e Jamile Nêhmé de Toledo, ex-Dirigente do NUDEM.

Públicos (SINDIREGIS), objetivando não apenas regularizar o registro de paternidade, mas resgatar o vínculo afetivo entre pai e filho.

Os Defensores Públicos recebem mensalmente, dos Ofícios de Registro Civil de cada localidade, os nascimentos em que a genitora não indicou o nome do suposto pai, ocasião em que chamam as mães para um primeiro encontro de sensibilização - realizado individual ou coletivamente, conforme a demanda -, no qual são prestadas orientações acerca da consequência da paternidade responsável, do direito da criança saber a verdade sobre sua paternidade e da importância da figura paterna na criação dos filhos, incentivando-as a identificar o genitor. Posteriormente, é agendado um segundo encontro com a mãe e o suposto pai, em que poderá haver o reconhecimento espontâneo ou realização de exame de DNA, o qual é realizado extrajudicialmente com auxílio da Instituição, com o posterior reconhecimento voluntário da paternidade em caso de laudo positivo.

Os resultados do projeto, fruto do trabalho desenvolvido pelos Defensores Públicos em suas Comarcas, são extremamente positivos e refletem uma mudança significativa na vida da comunidade, principalmente nas cidades do interior, onde o índice de registros sem paternidade chegou a “zero”, como ocorreu na cidade de Vacaria.

A análise destas atividades demonstra que a opção do CPC/15 pela priorização das soluções consensuais de conflitos se trata de uma escolha madura, tanto porque se trata de medida que traz benefícios a todos os atores envolvidos, quanto pelo fato de que a tentativa de modificação do paradigma adversativo já se encontra em andamento, aspecto que certamente será fortalecido por meio das novas disposições processuais civis. Nesse aspecto, verifica-se que a Defensoria Pública, mesmo antes da modificação legislativa, já se entende, naturalmente, como instância de fomento das soluções não adversariais.

Em face do contexto teórico e prático apresentado, não subsistem dúvidas de que a Instituição se constitui em instância necessária a formulação e implementação das políticas de fomento da resolução consensual de conflitos sociais, em especial porque a cidadania da população miserável passa essencialmente por suas portas.

4 CONCLUSÃO

A normativa processual vindoura traz consigo um novo paradigma para o processo civil brasileiro, voltado não mais para a conflituosidade, mas para a solução consensual dos conflitos sociais. Todo o aparato normativo, estruturado a partir dos vetores da socialidade e da eticidade, buscou o

equilíbrio entre os modelos voluntários e obrigatórios¹⁷² de aceitação das soluções não adversariais, chegando a um paradigma que instiga as partes e os atores do processo a alcançarem a solução consensual do conflito, antes e durante a demanda judicial.

Se não há necessidade de uma instância prévia de tentativa de resolução extrajudicial ou a necessidade de demonstração cabal de pretensão resistida em juízo, a nova normatização processual indica um caminho rumo à ampliação do conceito processual de interesse de agir, acolhendo a ideia da adequação (no contexto do binômio necessidade-utilidade) como maneira própria de racionalizar a prestação jurisdicional, evitando a procura desnecessária pelo Poder Judiciário. A norma induz a necessária consciência em todos os operadores de que o cumprimento do papel constitucional do Poder Judiciário não conduz à sua intervenção em todo e qualquer conflito, e naqueles em que é chamado a intervir, não determina que a resposta estatal seja dada com mecanismos heterocompositivos, cabendo integrar e responsabilizar as partes pelo destino de suas demandas.¹⁷³

Nesse contexto, verifica-se que o tema das soluções não adversárias se insere na realização da garantia do acesso à justiça, assim como é ontológica e umbilical a vinculação entre a Defensoria Pública e os meios de resolução consensual de conflitos posto que a Instituição foi criada para a concretização da garantia constitucional supramencionada, nascendo vocacionada para este mister como decorrência lógica do sistema da assistência integral previsto constitucionalmente, sendo por demais natural a atuação do Defensor Público na condição de mediador e de conciliador.

A Instituição e seus agentes e servidores se encontram em um lugar privilegiado devido à proximidade com a sociedade e com os conflitos sociais, razão pela qual dentre as Instituições que compõe o sistema de justiça nenhuma melhor do que a Defensoria Pública para entender os anseios dos necessitados e da sociedade, em especial aquela que padece dos diversos matizes de vulnerabilidade social.

As inúmeras desigualdades e vulnerabilidades fáticas (de natureza social, política, econômica, étnica, etc.) acabam sendo representadas no plano processual, especialmente quando este é matizado pela visão individualista e adversativa do CPC/73. *Se democratizar o processo e universalizar o acesso à Justiça e a jurisdição* são missões de todos os setores, deve-se reconhecer que só poderão ser efetivamente cumpridas pelo Estado com a participação proativa e engajada da Defensoria Pública, pois é

¹⁷² Embora ontologicamente necessitem da adesão voluntária das partes, alguns sistemas instituem a mediação e a conciliação de forma obrigatória, como ocorre na Argentina (Lei 26.589/10), na Itália (Decreto Legislativo 28/2010) e em alguns estados norte-americanos. PINHO, 2015, p. 16.

¹⁷³ PINHO, 2015, p. 17.

por meio desta Instituição que a democratização do processo deixa de ser um mero ideal utópico, aproximando-se cada vez mais da realidade do cidadão carente. E sendo evidente que o *processo*, como método estatal e ortodoxo, não mais se apresenta como instrumento eficaz para pacificar os interesses em disputa, a realização destes vetores passa pela adoção dos métodos de solução consensual de conflitos.

Também a tarefa da educação em direitos deve pautar todas as formas de atuação judicial e extrajudicial da Defensoria, de forma que a Instituição sirva de mediadora entre o sujeito e o Direito. A solução extrajudicial de conflitos e a prevenção do litígio social, ainda se constituem, infelizmente, em pautas distantes da práxis ordinária dos agentes da Defensoria Pública, imersos em seus hábitos (como o fazer defensor sempre tem sido!) e/ou soterrados pelo volume invencível de trabalho. Contudo, cabe enfatizar uma perspectiva viabilizadora da tarefa de educação em direitos e de realização da via consensual de resolução de conflitos sociais, na medida em que para a execução destes desideratos não se faz necessária a criação de missões e projetos voltados a estes objetivos, posto que a conscientização cidadã deve ocorrer em todos os momentos da atividade do Defensor Público – assim como de qualquer operador jurídico –, em espaços individuais ou coletivos, como o atendimento individual, palestras, entrevistas, aulas, audiências públicas, audiências judiciais e comunicação institucional.

A realização dos processos de soluções consensuais de conflitos se constitui em uma das tantas tarefas emancipatórias a cargo da Defensoria Pública. A atividade se torna ainda mais desafiadora a partir do reconhecimento de que a Instituição, enquanto estrutura do Estado, integra as engrenagens de conservação do poder estabelecido,¹⁷⁴ mas que embora imersa nesse sistema estatal de exclusão, deve ser a catalisadora de processos de transformação política, social e subjetiva.¹⁷⁵ Na necessidade de ampliação de sua legitimação social, a fim de que permaneça e se constitua cada vez mais como sendo uma Instituição do Povo e para o Povo, a Defensoria Pública deve se manter permanentemente em movimento, ciente das novas estruturas, a fim de que não passe a constituir, ela mesma, em mais uma peça desta gigantesca engrenagem de alienação e exclusão que é atualmente o sistema de justiça. Desta feita, o uso dos métodos de solução consensual de conflitos, mais do que um imperativo legal, torna-se um verdadeiro imperativo ético na atividade do Defensor Público (e de todos os atores) perante a realidade socioeconômica. A Instituição, embora

¹⁷⁴ E cabe reconhecer que diversas instâncias das estruturas de poder (v.g. Estado e grandes fornecedores) não desejam a efetiva realização do acesso à justiça e da resolução célere dos conflitos sociais, pois se beneficiam com a exclusão e com a demora e ineficiência do processo tradicional.

¹⁷⁵ COSTA; GODOY; 2014.

historicamente nova, carrega a promessa de realizar velhos sonhos, devendo cada vez mais tomar consciência de si e de seu papel civilizatório.

Na esteira do célebre pensamento de Bobbio,¹⁷⁶ com a edição do CPC/15 o desafio já não é o de prever ou fundamentar as soluções consensuais de conflitos, mas o de transformar estas vias em realidade viva. Mas não apenas isso, pois a tarefa depende da preservação das garantias constitucionais e processuais nestes procedimentos, tornando-os ferramentas legítimas de solução de conflitos no Estado Democrático de Direito.

Enfim, para além da dicção legal, é tarefa ética de todos efetivar o projeto de priorização das soluções não adversariais estabelecido na nova codificação processual civil, pois se não houver empenho e desenvoltura de todos os atores para promover uma verdadeira quebra de paradigma, a opção legislativa não passará de uma norma programática, que seguirá divorciada das realidades cotidiana e forense, por se encontrar imersa e afogada no caldo cultural da litigiosidade que emperra e obstaculiza a realização de uma justiça efetiva e substancial, premente em uma sociedade matizada e combatida por inúmeros processos de exclusões sociais, culturais e econômicas.

5 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. In: **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALVES, Cleber Francisco; PIMENTA, Marília Gonçalves. In: **Acesso à Justiça em Preto e Branco: retratos institucionais da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

ÁVILA, Humberto Bergmann. In: **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2006.

AZEVEDO, André Gomma (Org.). In: **Manual de Mediação Judicial. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD)**, 2013.

BASTOS, Simone de Almeida Ribeiro; CORRÊA, Marcelo Girade; PASSANI, Andrezza Gaglianone. OLIVEIRA, Igor Lima Goettenauer de (Org.). In: **Resolução de Conflitos para Representantes de Empresa**. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 2014, 160 p.

BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz.; LIMA, Clarissa Costa de. In: **Adesão ao projeto conciliar é legal – CNJ: Projeto piloto: tratamento das situações de superendividamento do consumidor**. In: Revista de Direito do Consumidor, n. 63. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

¹⁷⁶ BOBBIO, 1992, p. 24-25.

FULLER, Lon. In: **The Forms and Limits of Adjudication**. N. 92, Harvard Law Review, 1978.

BENJAMIN, Antônio Herman. **A Insurreição da Aldeia Global Contra o Processo Civil Clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor** In: MILARÉ, Édís (coord.). **Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 - reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

BETTI, Emilio. In: **Interpretação da Lei e dos Atos Jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BETTI, Emilio. In: **Teoria Generale della Interpretazione**. 2 ed., v. 1, Milano: Giuffrè, 1990.

BRASIL. In: **II Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil**. Disponível em: <http://www.anadep.org.br/wtksite/downloads/Diag_defensoria_II.pdf> Acesso em: 18.05.2010.

BOBBIO, Norberto. In: **A Era do Direito**. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. In: **Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição**. 3^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012

CANARIS, Claus-Wilhelm. In: **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: Calouste, 1989.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. In: **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARDOZO, José Eduardo. **O Acesso à Justiça no Brasil: desafios e perspectivas**. In: Manual de Boas Práticas de Acesso à Justiça: Mercosul e Estados associados. Brasília: Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, 2012.

Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. In: **Brasil, Sozinho, tem mais Faculdades de Direito que Todos os Países**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/20734/brasil-sozinho-tem-mais-faculdades-de-direito-que-todos-os-paises>> Acesso em: 21.04.2015.

COSTA, Domingos Barroso da; GODOY, Arion Escorsin de. In: **Educação em Direitos e Defensoria Pública: cidadania, democracia, atuação nos processos de transformação política, social e subjetiva**. Curitiba: Juruá. 2014.

DEUTSCH, Morton. In: **The Resolution of Conflict: constructive and deconstructive processes**. New Haven: Yale University Press, 1973.

DWORKIN, Ronald. In: **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESSER, Josef. In: **Precomprensione e Scelta del Metodo nel Processo di Individualizzazione de Diritto**, Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1983.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. In: **Princípios institucionais da Defensoria Pública: de acordo com a EC 74/2013 (Defensoria Pública da União)**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. In: **Os Fundamentos Teóricos da Defesa Pública**. No Prelo, 2009. Texto utilizado na palestra proferida no Estado do Rio Grande do Sul em novembro de 2009, promovida pela Fundação Escola Superior da Defensoria Pública (FESDEP) e Escola Superior da Advocacia (ESA).

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. In: **Direito Constitucional do Trabalho**. V. 1, São Paulo: LTr, 2001.

FIORELLI, José Osmir; Fiorelli, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Olivé. In: **Mediação e Solução de Conflitos**. São Paulo: Atlas, 2008.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. In: **Como Chegar ao Sim: a negociação de acordos sem concessões**. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

FREITAS, Juarez. In: **A Interpretação Sistemática do Direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

KIRCHNER, Felipe. **A Imposição Judicial da Renegociação e da Cooperação como Soluções Viáveis ao Tratamento do Superendividamento**. In: Revista Multijuris, Nº 12, Ano VIII, p. 86-116, Dez. 2013.

KIRCHNER, Felipe; ROSENBLATT, Ana; BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro; CAVALCANTI, Ricardo Russel Brandão; OLIVEIRA, Igor Lima Goettenauer de (Org.). In: **Manual de Mediação para a Defensoria Pública**. 1a Ed. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 2014, 136 p.

KIRCHNER, Felipe. **Os Novos Fatores Teóricos de Imputação e Concretização do Tratamento do Superendividamento de Pessoas Físicas**. In: Revista de Direito do Consumidor, n. 65, p. 63-113, jan.-mar. 2008;

GADAMER, Hans-Georg. In: **Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. v. 1, 7 ed., Petrópolis: Vozes, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. In: **Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. v. 2, 2 ed., Petrópolis: Vozes, 2004.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. In: **Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. In: **Tutela Coletiva: visão geral e atuação extrajudicial**. Brasília: ESMPU, 2006.

GRAU, Eros. In: **Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. In: **Parecer juntado à ADIn 3.943**.

HESSE, Konrad. In: **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. In: **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

LARENZ, Karl. In: **Metodologia da Ciência do Direito**. 2. ed. Lisboa: Calouste, 1989.

LERER, Silvio. In: **Vamos a Mediar: guia prático de procedimentos, técnicas, herramientas y habilidades para el manejo de conflictos**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011.

LIMA, Cláudio Vianna de. In: **Arbitragem: a solução**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

MARTINS-COSTA, Judith. In: **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. **Capacidade para Consentir e Esterilização de Mulheres Tornadas Incapazes pelo Uso de Drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética**. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (Org.). **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, p. 299-346, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. **O Novo Código Civil Brasileiro: em busca da 'Ética da Situação'**. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 20, p. 211-260, 2001.

MARTINS-COSTA, Judith. **Novas Reflexões Sobre o Princípio da Função Social dos Contratos**. In: **Estudos de Direito do Consumidor**: separata. n. 7, Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. In: **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MIRAGEM, Bruno. In: **Diretrizes Interpretativas da Função Social do Contrato**. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 56. p. 22-45, out/dez 2005.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. In: **Interpretação e Integração dos Negócios Jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

MOORE, Christopher. In: **O Processo de Mediação**. Porto Alegre, Ed. Artes Médicas, 1998.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai; CORRÊA DE MORAES, Márcia Amaral. In: **A Negociação Ética para Agentes Públicos e Advogados**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MORAES, Sílvio Roberto Melo. In: **Princípios Institucionais da Defensoria Pública: lei complementar 80, de 12.1.1994 anotada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MOTTA JÚNIOR, Aldemar de Miranda; VASCONCELOS, Carlos Eduardo de; FALECK, Diego; ORLANDO, Fabíola; MAIA NETO, Francisco; DORNELLES, Ricardo; PELAJO, Samantha. In: **Manual de Mediação de Conflitos para Advogados, Escrito por Advogados**. 1ª Ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2014, 153 p.

NETO, Francisco Maia. In: **Arbitragem: a solução extrajudicial de conflitos**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; DURCO, Karol. In: **A Mediação e a Solução dos Conflitos no Estado Democrático de Direito: o “Juiz Hermes” e a nova dimensão da função jurisdicional**. Disponível em: <<http://www.humbertodalla.pro.br>> Acesso em: 03.05.2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. In: **O Novo CPC e a Mediação: reflexões e ponderações**. Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/o_novo_cpc_e_a_mediacao.pdf > acesso em: 20.04.2015.

RAVA, Ben-Hur. **A Crise do Direito e do Estado como Crise Hermenêutica**. In: Revista da Associação dos Juizes do Estado do Rio Grande do Sul (AJURIS), n. 101, mar. 2006.

RE´, Aluísio Lunes Monti Ruggieri. In: **Manual do Defensor Público: teoria e prática**. Salvador: Jus Podivm, 2013.

REALE, Miguel. In: **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. In: **O projeto do novo Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RESTA, Eligio. In: **O Direito Fraternal**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

REUBEN, Richard. In: **Constitutional Gravity: a unitary theory of alternative dispute resolution and public civil justice**, UCLA L. Rev., vol. 47.

SANTOS, Boaventura de Souza. In: **O Discurso e o Poder**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

SANTOS, Boaventura de Souza. In: **Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. Porto: Afrontamento, 1994.

SANTOS, Ricardo Goretti. In: **Manual de Mediação de Conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2012.

SILVA, Adriana dos Santos. In: **Acesso à Justiça e Arbitragem**. São Paulo: Editora Manole, 2005.

SOARES JÚNIOR, Jarbas (Org.); GAVRONSKI, Alexandre Amaral; ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano; ALMEIDA, Gregório Assagra de; OLIVEIRA, Igor Lima Goettenauer de; BADINI, Luciano; BELTRAME, Martha Silva; ROMANO, Michel Betenjane; MORAES, Paulo Valério Dal Pai; BORGES, Vladimir da Matta Gonçalves. In: **Manual de Negociação e Mediação para Membros do Ministério Público**. 1ª Ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2014, 288 p.

SOUSA, José Augusto Garcia de. In: **O destino de Gaia e as Funções Constitucionais da Defensoria Pública: ainda faz sentido (sobretudo após a edição da Lei Complementar 132/09) a visão individualista a respeito da Instituição?** In: *Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro*. Nº 25. Rio de Janeiro: DPGE, 2012.

SOUZA, Luciane Moessa de; Igor Lima Goettenauer de (Org.). In: **Resolução Consensual de Conflitos Coletivos Envolvendo Políticas Públicas**. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 2014, 268 p.

STRECK, Lenio Luiz. In: **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

VALOR ECONÔMICO. In: **Gasto de Empresas com Processos Chega a R\$ 110 bi**. Disponível em: < <http://www.valor.com.br/legislacao/3418112/gasto-de-empresas-com-processos-chega-r-110-bi#ixzz2sMpMByph>> Acesso em: 17.04.2015.

VARGAS, Lúcia Fátima Barreira Dias. In: **Julgados de Paz e Mediação: uma nova face da justiça**. Almedina: Coimbra, 2006.

WARAT, Luis Alberto. In: **O Ofício do Mediador**, Florianópolis: Habitus, 2001.

WATANABE, Kazuo. In: **Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação**. In: YARCHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoiedede (Org.). Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover, São Paulo: DPJ, 2005.

WATANABE, Kazuo. In: **Modalidade de Mediação**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/movimento-pela-conciliacao/arquivos/artigo4_kasuo.pdf>. Acesso em: 10.04.2015.