

MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO JUDICIAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: AÇÃO AFIRMATIVA

Naira de Carvalho Guerino Moraes¹, Vanuza Pires da Costa², Leila Rufino Barcelos², Rômulo de Moraes e Oliveira³, Ana Flávia Pimpim de Araújo³, Isa Omena Machado de Freitas⁴

¹Graduanda em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins – (FCJP). e-mail: <nairagmoraes@gmail.com>

²Especialistas. Professoras da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP). e-mail: <vanuzapires.adv@gmail.com>, e-mail: <andradebarcelos@hotmail.com>

³Mestrandos. Professores da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP). e-mail: <romulodireito1@gmail.com>, e-mail: <afpimpim@gmail.com>

⁴Mestre. Professora da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP). e-mail: <isamfreitas@ig.com.br>

Resumo: O presente trabalho teve por objetivo dizer se nos institutos da mediação e conciliação judicial no Novo Código de Processo Civil terem sido colocados como regra pode ser considerado uma ação afirmativa derivada de fatos sociais. Como o direito raramente se antecipa aos fatos sociais coube ao judiciário solver os conflitos que foram trazidos, tendo em vista as mudanças que a sociedade sofre. Sobre a ação afirmativa, observando sua evolução histórica, conclui-se que parte da sociedade vinha usando esse meio para adquirir boa quantidade de seus direitos. O método utilizado na investigação do problema foi o dedutivo, a pesquisa também foi feita mediante levantamento bibliográfico, documental e exploratório com abordagem qualitativa, analisando fato social e ação afirmativa. Adentrando especificamente na temática abordada, foram feitas explorações sobre a origem do fato social, o conceito e evolução histórica da ação afirmativa. O problema que deu origem a este trabalho consistiu na possibilidade destes meios autocompositivos colocados como regra no Novo CPC serem uma ação afirmativa derivada de fato social, teve-se resposta positiva, pois a ação afirmativa surgiu de alterações no convívio social.

Palavras-chaves: ação afirmativa, fato social, mediação e conciliação judicial

1 INTRODUÇÃO

A Conciliação e a Mediação são meios de autocomposição que servem para dirimir conflitos existentes entre as partes, onde um terceiro imparcial vai assessorar na negociação. Na primeira técnica, o terceiro neutro vai intermediar as pessoas que estão em conflito, para que elas encontrem um meio de compreender suas posições e possam descobrir soluções visando a autocomposição. Já na segunda, o terceiro imparcial vai utilizar meios técnicos, para que as partes consigam uma solução ou um acordo. Tais técnicas são utilizadas com o objetivo de tornar os processos mais céleres, por isso, antes, eram muito estimuladas e agora, a proposta da mediação e conciliação são obrigatórias.

O tema proposto também leva a verificação se nos institutos da mediação e conciliação judiciais previstas no art. 334, caput e o seu § 2º do Novo Código de Processo Civil, há uma ação afirmativa derivada de fato social no Novo CPC, tendo em vista a existência de novos acontecimentos que surgem na sociedade que requerem uma medida, que visa educar grupos da sociedade, conforme a direção principiológica que determinado governo está tomando.

Nesse viés, destaca-se o problema: A mediação e conciliação judicial no Novo CPC, lastreada em fatos sociais é ação afirmativa?

Assim, tem-se o objetivo de refletir sobre a mediação e conciliação judicial no Novo CPC e suas características, bem como serão demonstrados os responsáveis por desenvolver esse papel no mundo jurídico e em outros órgãos do Estado. Serão demonstradas, ainda, as principais ferramentas que vieram a dar efetividade a esse instituto autocompositivo de resolução de conflitos, tais ferramentas são: a Lei 13.140/2015, Lei 13.105/2015 e Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça.

E por fim, será abordada a ação afirmativa derivada de um fato social, abordando sua história, a conceituação dada por alguns doutrinadores e sua manifestação no universo jurídico.

2 METODOLOGIA

Com o objetivo de elucidar tal questão, utilizar-se-á o método dedutivo, uma vez que através dele se chegará a uma conclusão. A pesquisa será feita mediante levantamento bibliográfico, documental e exploratório com abordagem qualitativa onde ao final, com os resultados, certamente haverá um ganho social, vez que, norteando os estudos por meio de documentos já existentes que servirão de referências para o embasamento teórico e, usando fontes primárias com coleta de dados que também serviu como fundamento e, por último, o método de pesquisa ampliará as informações sobre o tema abordado, pois é um meio investigativo para se chegar a uma verdade, onde o pesquisador é o seu instrumento principal que poderá dissertar sobre o seu entendimento com o intuito de tornar o conteúdo estudado mais compreensível, confiável, e caminho para todos aqueles que buscam trilhar sobre o mesmo tema ou firmar seu próprio entendimento.

3 DA MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO JUDICIAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

3.1 DA MEDIAÇÃO

A mediação é o desenvolvimento da negociação de interesse, assistido por terceiro, o qual é encarregado a facilitar os passos do processo, ou seja, cabe a ele administrar os atos e levar as pessoas a uma solução que leve a pacificação do conflito onde possa atender as necessidades de ambas as partes.

A inclusão de um terceiro imparcial na negociação dá-se o nome de mediação, que é um meio de alcançar a autocomposição, caracterizado pela participação do terceiro que auxilia, facilita e incentiva as partes a entrarem em acordo. Desta forma, mediação é a intervenção de um terceiro neutro, sem qualquer poder de decisão, que ajuda os envolvidos a obter voluntariamente uma solução onde ambos aceitam. A mediação é um procedimento voluntário e dotado de confidencialidade, sendo estabelecida por um método próprio, com informalidade, porém com coordenação. (CALMON, 2015).

Para Tavares *apud* Habermann (2016) a mediação é:

Procedimento rápido, ágil, econômico, flexível, particularizado em cada caso, possibilitando às partes manterem autonomia e controle do procedimento; viabiliza acordos onde todos “ganham”, advindo daí um sentimento de justiça; possibilita dispor pendências do passado e promover um reposicionamento para construção de futuro harmônico, enviando desgastes, novas ações judiciais e aumento do conflito. (TAVARES, *apud*, HABERMANN, 2016, p. 39).

A mediação pode ser meramente informal, como ocorre desde os primórdios da sociedade até nas modernas. À simples interferência de facilitar ou intermediar a autocomposição, considera-se mediação. A mediação informal acontece de variadas situações, desde a interferência de conflitos entre familiares e amigos até mesmo de líderes da comunidade e também religiosos. Neste aspecto, os métodos utilizados são os intuitivos, baseados na experiência de vida, fortalecido pelo conhecimento que o mediador tem dos envolvidos ou do próprio problema.

Em contrapartida, surge a mediação como mecanismo formal, estruturado e fortalecido por técnicas e teorias. Na Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015 e na resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça estão estabelecidos os princípios e regras que devem ser utilizados tanto na mediação extrajudicial quanto na mediação judicial.

3.2 DA CONCILIAÇÃO

A conciliação é um instrumento utilizado para obter a autocomposição com auxílio e o incentivo de um terceiro imparcial, onde este poderá facilitar, auxiliando as partes a chegarem a um acordo, adotando, porém metodologia que permite a apresentação de propostas por parte do conciliador, sendo preferível, ainda, utilizar este termo exclusivamente quando esta função é praticada de maneira direta pelo juiz ou também por alguém que faça parte do ramo judiciário especificamente destinada a este fim.

Assim, a conciliação trata de um relacionamento meramente circunstancial, pois não há relação contínua que envolva os litigantes, motivo pelo qual não há necessidade em se aprofundar no conflito, uma vez que o foco dentro deste meio é o problema, e não primeiramente o relacionamento interpessoal existente, como a mediação, o que permite o conciliador sugerir proposições de acordo.

Desta forma, Calmon (2015) diz que:

Conciliação é, pois, um mecanismo de obtenção da autocomposição que, em geral, é desenvolvida pelo próprio juiz ou por pessoa que faz parte, é fiscalizada ou orientada pela estrutura judicial; e que tem como método a participação mais efetiva desse terceiro na proposta de solução, tendo por escopo a só solução do conflito que lhe é concretamente apresentado nas petições das partes. (CALMON, 2015, p.140).

Neste sentido, Watanabe *apud* Habermann (2016, p.44) assim afirma: “o conciliador deve facilitar o diálogo entre as partes, ressaltar as vantagens da conciliação, incentivar as partes a proporem soluções e sugerir formas de solução para o conflito entre as partes”.

Percebe-se a importância deste auxiliar da justiça, pois o conciliador atuará em casos, primordialmente, onde não existiu vínculo anterior entre as partes, desta forma, poderá indicar soluções para a resolução do litígio, sendo vetada a utilização de qualquer ato que venha constranger ou intimidar para que as partes conciliem.

4 DA AÇÃO AFIRMATIVA DERIVADA DE FATO SOCIAL

4.1 FATO SOCIAL

Normalmente as ações humanas assumem funções variadas, desde o fator econômico ou por um simples ato cotidiano. Nesta perspectiva, observa-se que tudo que é vivenciado ou praticado pelas pessoas, fazem parte do meio social. Assim, pode-se dizer que por meio das atitudes de um grupo surgem regras que são impostas à sociedade, tornando-se fato social.

Desse modo, Durkheim (2007) define fato social como:

Toda maneira de fazer, fixada ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior; pode ser, ainda, toda maneira de fazer que é geral na extensão de uma sociedade dada e ao mesmo tempo possui uma existência própria, independente de suas manifestações individuais. (DURKHEIM, 2007, p.13).

Nesse norte, entende-se que fato social é a maneira de pensar, sentir e agir que envolve um todo em comum, ou seja, todos que fazem parte de uma sociedade ou de uma determinada comunidade. Mas, nem tudo que é rotineiro pode ser apontado como um fato social, como por exemplo, dormir, comer, trabalhar, etc. Esses apontamentos são práticas exercidas habitualmente pelas pessoas e fazem parte do universo biológico delas.

Ademais, para Durkheim (2007, p. 15): “além da generalidade, duas características centrais definem a essência dos fatos sociais: a sua capacidade de coerção e sua externalidade em relação ao indivíduo”.

Buscando-se analisar as palavras do sociólogo, compreende-se que os fatos sociais são impostos independentemente de nossa vontade. Pensa-se que os hábitos e comportamentos surgem com o nosso consentimento ou emanam da vontade de cada um, mas na verdade é imposta. E quando não há imposição é que nossos atos já se tornaram hábitos, não necessitando, assim, de coerção.

Dado o exposto, fato social são regras impostas pela própria sociedade, onde todos que ali vivem seguem independentemente de sua vontade, pois o que define tais regras é o comportamento humano de uma determinada sociedade para um bem comum. (DURKHEIM, 2007)

Observa-se que os fatos sociais geram discussão acerca de como a cultura influencia no planejamento e na implementação de políticas públicas, isso se deve ao fato de que todos os dias surgem novos conflitos.

De fato, a cultura tem grande contribuição em todos os momentos que surgem novos fatos sociais, sejam eles trazidos por conta de problemas raciais, éticos, religiosos, como por exemplo, movimentos a favor e contra o aborto, no qual o mesmo quadro de direitos humanos levantaram bandeiras, um defendendo o direito das mães e, outro o direito do feto.

Gomes (2001) demonstra seu entendimento sobre o assunto em seu artigo sobre a recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro:

Dessa nova visão, resultou o surgimento, em diversos ordenamentos jurídicos nacionais e na esfera do Direito Internacional dos Direitos Humanos, de políticas sociais de apoio e de promoção de determinados grupos socialmente fragilizados. É dizer, da concepção de igualdade do ser humano, o direito passa a trata-lo em sua especificidade, como ser dotado de características singularizantes. (GOMES, 2001, p. 131).

A essa tentativa de concretização da igualdade substancial ou material, dá-se a denominação de ação afirmativa, pois surgem de políticas sociais.

Por todos esses aspectos, imposta ou proposta pelo Estado, elas visam combater não apenas as manifestações notórias de discriminação, mas também a discriminação de fato, de cunho cultural, estrutural, consolidado na sociedade. De natureza pedagógica gera transformações culturais e sociais para proporcionar a harmonia e a paz social.

4.2 AÇÃO AFIRMATIVA

Embora a ação afirmativa tenha surgido nos Estados Unidos, esta não ficou restrita somente lá. Ainda segundo Ritondale (2008, p. 66): “Experiências semelhantes ocorreram em vários países da Europa Ocidental, na Índia, Malásia, Austrália, Canadá, Nigéria, África do Sul, Argentina, Cuba, dentre outros”.

Para a autora Moehlecke (2002):

No momento em que surgiu, nos anos 60, os norte-americanos viviam um momento de reivindicações democráticas internas, expressas principalmente pelos direitos civis. No mesmo momento, começam a serem eliminadas as leis segregacionistas vigentes no país, também marcado com o surgimento do movimento negro como uma das principais forças atuantes, com lideranças de projeção nacional, apoiado por liberais e progressistas brancos, unidos numa ampla defesa de direitos. (MOEHLECKE, 2002, p. 17).

Nesse diapasão, verifica-se que a ação afirmativa apropriou-se de traços como: “ações voluntárias, de caráter obrigatório, ou uma estratégia mista; programas governamentais ou privados; leis e orientações a partir de decisões jurídicas ou agências de fomento e regulação”. (MOEHLECKE, 2002, p. 17).

Sobre o conceito de ação afirmativa, vejamos o entendimento de Bergamnn *apud* Moehlecke (2002):

Ação afirmativa é planejar e atuar no sentido de promover a representação de certos tipos de pessoas – aquelas pertencentes a grupos que têm sido subordinados ou excluídos – em determinados empregos ou escolas. É uma companhia de seguros tomando decisões para romper com sua tradição de promover a posições executivas unicamente homens brancos. É a comissão de admissão da Universidade da Califórnia em Berkeley buscando elevar o número de negros nas classes iniciais [...]. Ações Afirmativas podem ser um programa formal e escrito, um plano envolvendo múltiplas partes e com funcionários dele encarregados, ou pode ser a atividade de um empresário que consultou sua consciência e decidiu fazer as coisas de uma maneira diferente. (BERGMANN, 1996, p. 7, *apud*, MOEHLECKE, 2002, p. 199).

Relevante destacar que no continente europeu, os primeiros destas orientações nesse mesmo sentido foram mencionados no ano de 1976, onde utilizou-se do termo ação ou discriminação positiva. Já em meados de 1982, a discriminação positiva foi posta no primeiro Programa de Ação para a Igualdade de Oportunidades da Comunidade Econômica Europeia (Centro Feminista de Estudos e Assessoria, 1995, Estudos Feministas, 1996). (MOEHLECKE, 2002)

O público ficou diversificado de acordo com as situações vividas e envolveu grupos como minorias étnicas, raciais, e mulheres. É relevante destacar que as principais áreas premiadas são o mercado trabalhista, com a contratação, habilitação e estímulos aos funcionários; o método de educação, sobretudo no que se refere ao ensino superior; e ainda a representatividade dentro da política.

Mas no caso específico da ação de mediação e conciliação, o legislador não buscou atender apenas camadas desfavorecidas. Ela é regra para a camada litigante sendo, portanto, um bem social comum.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo geral e também a questão central do trabalho proposto é identificar se nas fases de autocomposição amigável, quais sejam: mediação e conciliação judicial, observando a didática do Novo CPC, bem como se esses meios de dirimir questões processuais baseados em fatos sociais é ação afirmativa.

Assim, fatos sociais são debates que geram através da cultura de uma determinada comunidade que influencia no planejamento e na efetivação de políticas públicas, pois diariamente surgem novos conflitos.

Contudo, diz-se que fatos sociais são regras criadas e impostas pela própria sociedade, e estas são seguidas independentemente de sua vontade, pois as regras são determinadas através do comportamento humano para que haja a paz e o bem comum da sociedade.

No que tange à ação afirmativa, verifica-se que são atos ou maneiras exclusivas ou provisórias que aparecem com o objetivo de exterminar desigualdades de maneira histórica aglomeradas. Constatou-se que tal movimento surgiu nos Estados Unidos, por meio de manifestações pela igualdade racial, na política e no trabalho, alastrando-se por toda a Europa e diversos continentes, tendo como principal exemplo o sistema de cotas.

Sabe-se que o direito é a regulação dos costumes, mas também, ao longo do tempo, ao impor regras, acabou por estabelecer novos costumes.

Assim, vem o direito, como instituto social que é criar regras que remetem a sociedade a novos tempos, a caminhos que doravante deverá trilhar na busca de soluções de conflitos criados pelos seus próprios integrantes, com o duplo objetivo de: a uma, desvencilhar a justiça de processos que bem poderiam ser resolvidos pelos próprios contendores e, a duas, filosoficamente, tornar os contendores em simples divergentes, colocando o problema como uma simples diferença, nada mais que isso, posicionando ambos acima da contenda, fazendo-os ver que, aparadas as arestas, tudo se resolve, o acordo é possível, e a paz reinará.

Nessa ótica foi estimulado o instituto da mediação e conciliação, que, pela simples nomenclatura já define seus objetivos e princípios. Mediar é colocar alguém que possa mostrar formas, caminhos e maneiras de se chegar à razão, a pensar. Conciliar é não permitir que ânimos se acirrem, em suma, promover a paz. Dessa forma é fácil concluir pela positividade da mediação e conciliação.

Por outro lado, é muito pouco querer atribuir à mediação e conciliação o simples mérito de desobstruir a justiça de acúmulos processuais. Não se trata só disso. O objetivo maior é mostrar ao cidadão que ele pode, não importando sua condição social, quer econômica, quer racial ou em outro diapasão, resolver seus problemas, e as únicas condições para o fim que se propõe, é agir com a razão, é se despir da belicosidade, em resumo, é o desarmamento do espírito.

Nesse contexto, mais uma vez, vem o direito contribuir com a sociedade. Vem ao estabelecer a primazia da mediação e conciliação, mostrar que a solução está a um simples passo, e a paz, logo ali.

Vem o direito, através da mediação e conciliação, positivar princípios fundamentais previstos na constituição federal, desde seu preâmbulo e, ao aludir-se à paz, faz-se como sinônimo de igualdade, justiça, liberdade, sem conceitos formados sobre a origem, raça, sexo, cor, idade, e outras maneiras de discriminação que existem.

Pode-se concluir que a ação afirmativa deriva de um fato social, uma vez que trata-se de um conjunto de maneiras que estão no centro da sociedade, são os instrumentos sociais e culturais que determinam na vida de um indivíduo as maneiras de agir, pensar e sentir e o obrigam a se adaptar às regras da sociedade. Nesse caso, observa-se claramente uma ação afirmativa na inserção dos institutos da mediação/conciliação como regra no novo CPC, pois tem o intuito de fazer com que o grupo de litigantes aprenda a construir seu próprio acordo hoje, para, no futuro ter mais autonomia em relação aos outros e ao Estado.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Lei 13.105/2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 21 jan. 2017.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 3º ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015.

DURKHEIM, Émile. 1858-1917. **As regras do método sociológico**. Tradução Paulo Neves; revisão de tradução Eduardo Brandão. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. (Coleção Tópicos)

HABERMANN, Raíra Tuckmantel. **Mediação e Conciliação no Novo CPC**. 1º ed. Leme/SP: Habermann Editora, 2016.

MOEHLECKE, Sabrina. **Ação Afirmativa: história e debates no Brasil**. São Paulo, 2002. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/cp/n117/15559>. Acesso em: 14 abr. 2017.

RITONDALE, C. A. **Antologia por Ética**. São Paulo: Clube dos Autores, 2008.