

## A MEDIAÇÃO PRÉ-JUDICIAL OBRIGATÓRIA<sup>1</sup>

### DESEMBARGADOR ROBERTO BEDAQUE:

Quero inicialmente cumprimentar o Desembargador Antônio Rulli Junior, meu colega, na pessoa de quem eu homenageio todos os magistrados aqui presentes, ministros, desembargadores, juízes e advogados de todo o país. Faço uma menção especial ao Doutor Allegretti e à Doutora Lourdes, responsáveis pela organização do evento, pois em razão da atuação destes, tudo ocorreu na maior tranquilidade.

Temos que desenvolver todo o raciocínio em relação ao tema da mediação, da conciliação obrigatória. O primeiro óbice a essa obrigatoriedade, e não é um óbice suscitado apenas no Brasil, mas em diversos países, e é o óbice do acesso à Justiça, ou seja, o cumprimento da Constituição Federal, art. 5º inciso XXXV, que permite ou concede a todos a garantia constitucional de acesso à Justiça, pois a lei não pode subtrair de apreciação do judiciário ou qualquer lesão ameaça ao direito. Em relação a esse dispositivo, me parece fundamental que o interpretemos de forma um pouco mais abrangente do que aquela normalmente adotada na doutrina processual brasileira, da doutrina constitucional brasileira. Quando se confere a todos o direito de acesso à Justiça, e eu costumo dizer aos meus alunos sobre essa garantia que, por exemplo, até a minha sogra pode pedir o meu divórcio. Ela tem a garantia de acesso à justiça, acesso ao mecanismo estatal de solução de controversas, ao método estatal de solução de controvérsia, chamado processo. Então, a minha sogra pode, e os meus alunos meditam, “mas a sua sogra não tem legitimidade”. Esse não é o problema constitucional, é um problema processual; esse é um problema que será solucionado pelo juiz após a minha sogra ter tido acesso ao Poder Judiciário. Então, eu posso recorrer da decisão do juiz, mas ela tem direito

<sup>1</sup> Revista – COPEDEM - Seminário Ações para Retomada do Desenvolvimento, Ibersostar – BA (15 a 18 de maio de 2014).

ao contraditório, ao devido processo legal. Então, todos nós temos direito ao devido processo legal, por mais absurda que seja a pretensão deduzida perante o Poder Judiciário.

Acontece que não me parece correto interpretar essa garantia como direito de acesso ao Poder Judiciário. Não, esse direito de acesso é a garantia conferida a todas as pessoas a um resultado justo, ou seja, a um resultado proporcionado pelo processo que seja um resultado justo. O que é um resultado justo? É aquele obtido no plano jurisdicional pela via do devido processo legal. E o que é o devido processo legal? O devido processo legal, para mim, é um mecanismo, é um método de trabalho em que estão presentes duas características fundamentais: ele deve ser um método seguro e, para ser seguro, o legislador constitucional estabelece várias garantias a esse método de trabalho, tais como contraditório, ampla defesa, juiz natural e todas aquelas garantias constitucionais ao método de trabalho. E mais, o método de trabalho deve ser célere; também a Constituição hoje estabelece a necessidade de um processo terminar no tempo devido, ou seja, no tempo razoável do processo – isso constitui uma garantia constitucional. Pois bem, será que nós, numa visão realista do fenômeno brasileiro, estamos conseguindo obter a tutela jurisdicional pela via processual, por um método célere, um método que termina num tempo razoável, como a Constituição assegura? Parece-me, hipocrisia à parte, que não estamos tendo esse acesso. Não é suficiente, portanto, assegurar a todas as pessoas o acesso ao processo, a método estatal que não proporcione a aquele que necessita da tutela jurisdicional o resultado pretendido no tempo adequado.

Sabemos, principalmente a partir da Constituição de 1988, que houve uma ampliação desse acesso ao Poder Judiciário. Vários mecanismos constitucionais como legitimidade do Ministério Público para a propositura de demandas versando direitos coletivos e até individuais homogêneos, como a gratuidade às pessoas, aquilo que o saudoso o professor Mauro Cappeletti afirmava: “a justiça tem que está aberta a todas as pessoas”. Essa abertura fez com que a demanda dirigida ao Poder Judiciário aumentasse de uma maneira absurda.

O palestrante Dr. Octavio citou uma frase de FHC. Estamos muito preocupados com a **quantidade** de demandas no Judiciário; abrimos o Poder para todos, mas não nos preocupamos com a saída. A estrutura do Judiciário não suporta essa demanda. Talvez na Noruega não houvesse necessidade dessas considerações, mas no Brasil não é crível que um desembargador julgue com **qualidade**, de forma adequada, 2.000 processos/ano. E um Ministro, 5.000 a 10.000 processos/ano. Isso é hipocrisia, não é acesso à Justiça: é acesso ao Poder Judiciário. As deficiências, na maioria das vezes – não são de mais de 50% das demandas promovidas – decorrem de atitude do Executivo. Não temos condições, no plano jurisdicional, de proporcionar o verdadeiro acesso à Justiça, só proporcionamos o acesso ao Judiciário.

Mas há um instrumento adequado para a solução das controvérsias no tempo adequado, no tempo mínimo exigível. Não vamos conseguir cumprir essa função. Não adianta aumentar a estrutura do Poder ou o número de magistrados, isso é absolutamente inviável num país como o nosso, e sem contar os aspectos processuais. Um Ministro do STF me disse que julgou um Recurso Extraordinário em que se discutia uma dívida de 150 reais. Ministro João Otávio diz que são coisas que não condizem com a nossa realidade. O que precisamos é proporcionar – aos que necessitam de uma atividade para resolver crises verificadas do plano de direito material, os contratos, as relações de família – meios para que elas tenham o verdadeiro acesso à Justiça, justiça como valor, não justiça como poder, não justiça como ordem estatal.

Examinando por esse ângulo, não há nenhum óbice que se admita no sistema infraconstitucional brasileiro – sem qualquer necessidade de modificação constitucional – a possibilidade de num contrato as partes estabelecerem a necessidade de uma mediação ou de uma conciliação prévia. Essa exigência não implicaria de forma nenhuma óbice ao acesso ao Poder Judiciário ao mecanismo estatal. Não, ela apenas seria uma necessidade de tentar fazer com que o Poder Judiciário se ocupe daquelas questões que realmente não podem ser solucionadas na via pré-processual, no plano pré-processual. Vamos deixar o Poder Judiciário para as soluções realmente complexas, aquelas para as quais a conciliação numa atividade

prévia, não surtiu efeito, não foi apta a solucionar a crise. A ideia dessa garantia constitucional de acesso à Justiça e não ao Poder Judiciário não exclui, pelo contrário, admite perfeitamente essas iniciativas pré-processuais. Se nós do Judiciário nos conscientizarmos disso, teremos condições de afastar esse suposto óbice, que sabemos que tem uma natureza muito mais corporativista do que real. Há determinadas entidades que tem o interesse no processo jurisdicional e para elas não compensa, não vale à pena incentivar e admitir a mediação, a conciliação pré-processual. Se partir do Judiciário a iniciativa de admitir a conciliação contratualmente prevista entre as partes contratantes, que resolvem realizar uma determinada relação jurídica, o Judiciário estará contribuindo para que ele próprio possa julgar adequadamente com qualidade aquelas demandas que, de fato, exigem a intervenção da justiça. Mecanismos pré-processuais como conciliação e mediação não implicam nenhuma violação à garantia constitucional de acesso à justiça com “J” minúsculo, justiça como valor e não justiça como poder. Aliás, se fosse assim, seria inconstitucional e o STF já decidiu, em sentido contrário, que é inconstitucional a cláusula arbitral em que as partes estabelecem num acordo a obrigação de entregar a sua demanda a órgãos não jurisdicionais. Então, por que esse acordo é constitucional e não seria constitucional um acordo por força do qual as partes se obrigam a submeter o seu eventual litígio, antes da iniciativa da demanda, no meio pelo qual se tentara conciliação e essa conciliação não é obrigatória. Se não houver acordo, ela estará perfeitamente livre para formular a sua pretensão no âmbito jurisdicional.

Se há obrigatoriedade de cláusula arbitral nos casos de arbitragem, se ele pode ser obrigatória, e veja que aí a situação é muito mais grave do ponto de vista da solução, porque a solução arbitral é tão adjudicada quanto a solução jurisdicional, ou seja, ela é imposta. Imposta por quem? Por um terceiro, que foi legitimado pela partes a escolher esse mecanismo. Na mediação e na conciliação, não há essa imposição. Na conciliação, existe apenas a possibilidade de as partes submeterem aquilo a uma prévia conciliação; não há, portanto, a meu ver, nenhuma inconstitucionalidade. E também não haverá ilegalidade. Com relação ao art. 51 do Código de Defesa do Consumidor que veda arbitragem nas hipóteses de relação de con-

sumo, por quê? Porque a arbitragem é uma solução imposta por um terceiro, aí talvez o legislador tenha entendido inadequada a via alternativa. No caso da conciliação, não há uma imposição de solução, há uma tentativa de conciliação, portanto a minha mensagem é nesse sentido. Eu, a pedido do Banco Itaú, fui estudar o tema e cheguei à conclusão e me convenci de que para o país, para o Poder Judiciário e principalmente para aqueles que necessitam da atividade jurisdicional, essa conciliação prévia, que é adotada em relação a países estrangeiros, como a Argentina, vai produzir resultados altamente satisfatórios.

Temos em São Paulo o exemplo do CEJUSC, em que o índice de acordo chega de 70% a 90%, quer dizer, é uma redução substancial para o serviço judiciário, afim de que o ministro João Otávio Noronha possa se dedicar efetivamente àquilo que é importante e deve ser examinado pelo STJ.

#### **JUIZ FLAVIO CITRO:**

Ministro Noronha, uma das coisas mais importantes do Seminário foi ouvir que V.Exa. vai dar início a uma pesquisa para que nós, juizes, possamos saber o que a sociedade espera do Judiciário. Cada dia fico mais em dúvida e acho que esse Seminário é a prova disso. Os bancos reclamam da judicialização, também as teles, os cartões de crédito, o ministro Noronha, pela ENFAM, o setor de energia, as empresas e as distribuidoras de energia, a CEMIG, o setor de combustíveis, o varejo, os planos de saúde; e o Judiciário como um todo também está preocupado com a judicialização.

A nossa sociedade está doente, é a visão que tenho. Vi a apresentação do Reinaldo Ma sobre a China, sobre o trabalho que vem sido feito na China de conscientização da sociedade de que os litígios devem ser resolvidos de forma autônoma, mediante conciliação, e, mediação, e, só residualmente, se não foi resolvido pelas próprias partes, por meio de judicialização. O cenário brasileiro é uma coisa muito preocupante. Temos 92 milhões de processos no Brasil, segundo os dados do CNJ. Se levarmos em conta, em análise superficial, que cada processo tem duas partes, quase toda a população brasileira tem processo no Brasil. E em todas as áreas. Precisamos

estudar e investigar seriamente esse fenômeno, porque nenhum país no mundo, em tempo algum, teve, tem ou terá esse nível de judicialização que temos no Brasil. Há algumas consequências que são graves, em razão desse volume de demanda. É o que estamos detectando e tenho certeza que os Ministros do STJ também estão se confrontando com esse tipo de problema. Na área de defesa do consumidor, entra-se diretamente com ação na justiça. Há a questão da captação de clientela, o que é ilegal; há agenciamento, que causa judicialização de causas; o advogado pega num determinado assunto e repete, às vezes com a mesma parte, 10, 15 ações com o mesmo objeto.

Temos fraudes detectadas no país inteiro, Rio, Bahia, em outros estados e isso vem afetando a própria credibilidade da justiça. Nossos percentuais de credibilidade vêm caindo drasticamente. A última pesquisa indicou nosso índice de confiabilidade na base de 46%. Já tivemos juizados especiais com 81% de aprovação da população. O que está acontecendo? A sociedade ficou doente, ela não consegue resolver os seus problemas pelos seus próprios meios, tudo é objeto de judicialização.

Trabalho com conciliação, aliás, pelas mãos do próprio Ministro Luis Felipe Salomão, que, na época, na Corregedoria Geral de Justiça, me chamou para um projeto, que recebeu o nome de **expressinho**. Era uma coisa simples: a empresa aguardava a parte fazer a reclamação, verificava os fatos, apresentava a proposta e fazíamos o acordo. Na época, fui contra uma solução não judicial, pois ainda não tínhamos amadurecido nesse campo e coríamos o risco de o acordo não ser cumprido; no entanto, a demanda seria proposta da mesma maneira, e desgaste de atividade adicional, inútil. Então, consegui convencer o Ministro Luis Felipe a criar o **projeto expressinho**, com a distribuição do acordo, na hipótese do descumprimento, se iniciar diretamente a execução. Foi um sucesso, copiado no Brasil inteiro, mas de lá para cá muita coisa mudou, porque começamos a trabalhar com percentuais de fazer inveja a qualquer país do mundo e perdidos nesses números.

Nossa proposta nesse cenário tem o óbice das ADINs 2139 e 2160 que, no caso da Justiça do Trabalho, analisando a constitucionalidade do artigo 625 D da CLT, entendeu que não pode ser imposta a conciliação. Mas, como



o Doutor Bedaque já antecipou, não vejo isso como óbice, e sim como uma oportunidade. Por quê? O Rio de Janeiro tem uma experiência boa de conciliação. Ela é dividida em dois momentos: a conciliação pré-processual e a conciliação judicial, com bons percentuais nos dois campos. A conciliação pré-processual é toda virtual, na página do Tribunal. O consumidor que tem um problema com uma determinada empresa entra na página, encontra o e-mail disponibilizado pela empresa, conta a sua história, a empresa recebe o e-mail intermediado por nós e faz a proposta. Isso evita a judicialização de mais um processo. Mas os números são muito tímidos, porque há resistência dos advogados em relação à conciliação, porque as próprias empresas ainda não encaram isso como uma oportunidade de evitar um processo, além da falta de divulgação do projeto.

Nós, do Judiciário, ainda temos muita dificuldade em passar para o público o trabalho que estamos desenvolvendo. Não tenho dúvida de que o caminho de **tornar obrigatória a conciliação pode ser um caminho seguro e que vai dar um norte para o nosso trabalho**, porque vai-se evitar todos os problemas que já elenquei aqui. Evita-se a mesma demanda e se houver a oportunidade de conciliação, evita-se a captação de clientela. O consumidor empoderado terá a oportunidade nos juizados especiais, na origem do domínio de seu direito de participar da sessão de conciliação pré-processual, resolvendo o problema de industrialização de causas e principalmente as fraudes. É essa a oportunidade que temos. Imagino fazer uma conjunção entre os dois sistemas, o extrajudicial e o judicial. Quando criamos essa conciliação pré-processual, que é toda virtual, o magistrado homologa e encaminha para as partes o acordo homologado virtualmente. Tivemos o cuidado de criar um sistema extrajudicial administrativo no sistema do Tribunal. Por quê? Porque quando criamos tal sistema, não é Ministro Felipe, a **Top Trinta**, que é a listagem das empresas que são mais litigadas, as próprias empresas nos cobravam, “Vou fazer um acordo, vou evitar que a demanda se prolongue, mas a minha já é um registro de judicialização, já houve a inclusão de mais um processo na minha lista **Top Trinta**”. Então, criamos um processo, um sistema administrativo para contabilizar o acordo extrajudicial. Essa é uma ideia que imagino seja a contemporizadora, e

vamos experimentar isso no Rio de Janeiro nos próximos anos – a parte utiliza o sistema de conciliação pré-processual e, na hipótese de o acordo não ser alcançado, o pedido já se torna uma ação judicial. E nesse momento acontece a distribuição do processo; acho que seja uma solução contemporizadora. De maneira nenhuma haverá sonegação do direito de ação e a solução vai combater todos os males que enfrentamos hoje da justiça. Temos que trilhar esse caminho.

Termino então com essa proposta de que a V.Exa. dê seguimento à ideia de estudar qual o papel que a sociedade espera do Judiciário porque tenho certo receio; se todos são contra a judicialização dos processos e se, por outro lado, as partes e os advogados reclamam que as nossas condenações ficam aquém da pedagogia que é necessária, realmente não estamos atendendo aos anseios nem da sociedade, nem dos advogados, nem das partes e nem das empresas, e temos que corrigir esse desvio e não tenho dúvida de que a conciliação será o caminho. ◆