V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS I

CHARLISE PAULA COLET GIMENEZ

MARIELLA BERNASCONI

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

F724
Formas consensuais de solução de conflitos I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/ Unisinos/URI/UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Charlise Paula Colet Gimenez, Mariella Bernasconi – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-261-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Formas consensuais. 3. Solução de conflitos. I . Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS I

Apresentação

Los temas que ahora se presentan hablan de la necesidad de reconocimiento y la aplicación de nuevas formas de resolución de conflictos como medio de pacificación social y la realización de la ciudadanía. Se entiende que la transferencia al tercero juez de los resultados de la decisión de conflictos determina quién gana y quién pierde, pero carecen las personas implicadas en una respuesta eficaz a sus necesidades e intereses. Por otra parte, se observa que el poder judicial se constituye en una forma de venganza institucionalizada, siendo la difusión de ganador-perdedor.

Así, los textos se centraron en la necesidad de legislar sobre la negociación, conciliación, mediación e justicia restaurativa. Que sean integrantes del proceso y no simples medios no vinculantes en el derecho. Dichas modalidades deben estar reglamentadas por ley y si se celebran tengan valor jurídico que evite un proceso.

Por tanto, se trató la abogacía preventiva y la prevención del litigio, tratando de cambiar el perfil del egresado, que el mismo no se centre en el abogado litigante sino también en el abogado que previene el litigio y que puede por medio de las modalidades relacionadas supra evite un proceso y con ello se solucione un conflicto evitando todo un proceso judicial.

Profa. Dra. Charlise Paula Colet Gimenez - URI

Profa. Mariella Bernasconi - UDELAR

MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO COMO MEIOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E ACESSO À JUSTIÇA

MEDIATION AND CONCILIATION AS MEANS OF CONFLICT RESOLUTION AND ACCESS TO JUSTICE

José Ricardo Suter [1]
Rozane Da Rosa Cachapuz [2]

Resumo

A presente pesquisa versa sobre a necessidade da mudança de paradigma da cultura do litígio para o diálogo de modo que a mediação e a conciliação se tornem meios de promoção ao exercício de cidadania e acesso à justiça. Aborda o tema pelo método hipotético-dedutivo, por meio de levantamento bibliográfico. Ao final, observa a indispensabilidade da mudança de paradigma para a cultura de pacificação, além do fato de que a mediação e a conciliação são mais do que uma alternativa judiciária, mas sim uma política pública voltada à democracia, ao exercício de cidadania e ao efetivo acesso à justiça.

Palavras-chave: Mudança de cultura, Mediação, Conciliação, Acesso à justiça

Abstract/Resumen/Résumé

This research deals with the need to change the culture of litigation paradigm for dialogue so that mediation and conciliation become means of promotion to the exercise of citizenship and access to justice. It addresses the issue by the hypothetical-deductive method, through literature. Finally, it notes the indispensability of the paradigm shift to a culture of peace, as well as the fact that mediation and reconciliation are more than a legal alternative, but a public policy aimed at democracy, the exercise of citizenship and effective access to justice.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Culture change, Mediation, Conciliation, Acess to justice

[1] Mestrando em Direito Negocial, área de Processo Civil, na Universidade Estadual de Londrina (UEL)-Paraná – Brasil. Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil. Advogado. Professor. Mediador e Conciliador Judicial.

[2] Doutora em Direito Internacional, ênfase em Direito de Família, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), Mestre em Direito Negocial, pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Advogada e Professora.

INTRODUÇÃO

No Brasil entre os anos de 1960 a 1985, em razão ao regime militar vigente, que era totalmente autoritário, os indivíduos tiveram inúmeras restrições às liberdades civis. A ditadura militar, como era chamado o regime, teve seu apogeu entre 1969 e 1974 quando casos de prisões ilegais, bem como relatos de outras violações a direitos constitucionais aconteceram; assim o acesso à verdade e à justiça se tornou utópico (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2013).

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe o retorno à normalidade no país, pois as pessoas puderam tomar consciência de sua liberdade individual e iniciarem o exercício de cidadania. Em seu texto, no artigo 5º, inciso XXXV, enquadrado dentro dos Direitos e Garantias Fundamentais, a Carta Magna garantiu que a lei não excluiria da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito. Desta maneira, é dever do Estado, dentre outras obrigações constitucionais, assegurar aos seus cidadãos dignidade, condições de vida, segurança, bem-estar social, dentre outras, além do próprio acesso à justiça.

Contudo o direito fundamental de acesso à justiça vai além da obtenção de mera resposta do juiz, galga a uma tutela jurisdicional efetiva e, nesse ponto, tem princípio um grande problema. O Estado ao conceder acesso amplo e irrestrito à justiça não estava preparado para maior número de demandas nos tribunais. Assim, insatisfações e reclamações no tocante a lentidão nas resoluções dos litígios, mostraram a ingerência e a desorganização do Poder Judiciário Brasileiro a dar resposta ao cidadão e a promover a paz social.

Importante salientar que o cidadão sempre buscou, a sua maneira, solucionar seus conflitos, de forma consensual ou litigiosa, pois é inerente ao ser humano movimentar-se para resolver seus problemas. A partir do momento que a sociedade passou a buscar a Justiça e pleitear sua tutela jurisdicional, houve o congestionamento nos fóruns, trazendo um obstáculo à solução dos conflitos.

O mundo vivencia hoje a efemeridade com que ocorrem fluxos de informações por meio da rede mundial de computadores, além das relações de consumo e de produção que se contrapõem a vagarosidade burocrática do Estado que tenta, com muitas dificuldades, acompanhá-los. Diante de tantas mudanças sociais, globalização, marco civil da internet[1], relações de consumo reais e virtuais, famílias, dentre outros, surgem os conflitos que, na

[1] Lei 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

maioria das vezes, são levados ao poder judiciário para serem solucionados sem uma resposta a contento dos jurisdicionados.

Já em 1988 grandes autores como Mauro Cappelletti e Bryant Garth argumentavam sobre a utilidade de construir um sistema jurídico e procedimental mais humano, a fim de garantir maior simplificação dos feitos; também sobre imaginar métodos alternativos para decidir as causas judiciais, como o juízo arbitral, a conciliação, entre outros. Atualmente, o legislador brasileiro já reconheceu a necessidade de práticas de meios consensuais de resolução de conflitos, como a mediação e a conciliação, com o objetivo de legar celeridade na prestação jurisdicional, baixo custo, fortalecendo e empoderando as partes a construir uma melhor solução às suas demandas.

Nesse sentido, a mediação e a conciliação têm sido destacadas importantes instrumentos para solução pacífica e rápida de conflitos, extrajudiciais ou judiciais, como meios alternativos de solução de controvérsias que priorizam o diálogo entre as partes, por meio do mediador ou conciliador, sem a necessidade de contemplar todos os atos processuais que exigiriam um tempo maior para sua finalização. Ainda, importante destacar que não há necessidade da imposição de um terceiro-juiz para a solução do litígio.

Contudo, a inclusão dos meios consensuais de resolução de conflitos inseridos no Novo Código de Processo Civil Brasileiro (NCPC) demonstra a necessidade de mudança de paradigma, na medida em que operadores do direito e as partes envolvidas devem deixar de lado a cultura do contencioso e praticar o diálogo, a comunicação nas resoluções dos conflitos diante os problemas contemporâneos.

O método utilizado na presente pesquisa consiste no hipotético-dedutivo, posto que aponta como hipótese o fato de tais meios consensuais serem técnicas capazes de proporcionarem maior celeridade na prestação da tutela jurisdicional, bem como darem autonomia às partes na resolução de suas contendas de forma a viabilizar o acesso à justiça. Empregou-se como forma de pesquisa o levantamento bibliográfico, expondo o problema a partir de referenciais teóricos, sendo abordada inicialmente a ingerência do Estado na resolução dos litígios após, o conceito e características de justiça, acesso à justiça, mediação, conciliação e por fim, a utilização de tais meios consensuais de resolução de conflitos eficazes a promover o acesso à justiça.

Assim, a presente pesquisa tem por objetivo demonstrar, sem a pretensão de esgotar o tema haja vista a sua complexidade e extensão, a necessidade de mudança de paradigma da cultura do litígio para cultura do diálogo, para que a aplicação das práticas dos meios consensuais de resolução de conflitos como a mediação e a conciliação se tornem meios

eficazes de resolução de conflitos e formas de promover o exercício de cidadania e o acesso à justiça.

1. O ESTADO E A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Ao garantir o acesso à justiça, na Constituição Federal de 1988, o Estado, por meio do Poder Judiciário, avocou para si a responsabilidade de resolver os conflitos da sociedade, aplicando o direito com seu poder de mando na busca da justiça (CACHAPUZ; SUTER, 2015).

Paralelamente, a sociedade evolui com inúmeras transformações e o direito deve acompanhar os anseios desta coletividade em constantes mudanças, buscando a justiça social e preservando a paz como arrimo de um Estado Democrático de Direito, afinal a busca pela paz social é a razão de existência do Poder Judiciário (BACELLAR, 2004).

Contudo é notória a morosidade do Estado-Juiz em efetivar a tutela jurisdicional e isso causa, a cada dia, mais angústias e sofrimentos às pessoas que estão à mercê de eficaz e célere solução de suas demandas (CASABONA, 2001). O excessivo formalismo dos processos judiciais e a grande variedade das vias de impugnação às decisões proferidas durante o seu curso, são algumas causas da lentidão observada na resolução dos conflitos entregues ao judiciário (CABRAL, 2013).

A dificuldade do Estado na administração da Justiça é foco de estudo de doutrinadores, juristas e sociólogos. Na seara das ciências sociais, Tatiana Robles (2009, p. 22) ensina que:

> O direito, que deveria assegurar as garantias mínimas da população e promover a pacificação dos conflitos sociais, não consegue por causa de um Judiciário vagaroso. Atravessamos, atualmente, uma profunda crise que gera a desestruturação do Estado e da sociedade. O Poder Judiciário acaba acumulando processos, gastando o dinheiro público e não solucionando, de maneira eficaz, as demandas sociais (ROBLES, 2009, p. 22).

Assegurou ainda (ROBLES, 2009, p. 22) que "a falta de agilidade e ineficiência do Judiciário põem em risco o acesso à Justiça, assegurado pela Constituição", fazendo com que o Estado não consiga atender às necessidades da sociedade, não cumprindo com o seu papel que é promover a Justiça.

Oportuno ainda apontar que, como asseveram Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988), os hipossuficientes são os que mais padecem com as consequências da longa tramitação dos processos, pois além de aumentar custos para as partes a demora pode

pressionar os economicamente limitados a trocarem o ideal de suas causas por acordos com valores abaixo do que teriam direito.

Nas palavras dos mesmos autores (1988, p. 20-21):

> A Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais reconhece explicitamente, no artigo 6º, parágrafo 1º, que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de "um prazo razoável" é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível.

No mesmo sentido assevera Jasson Ayres Torres (2005) que a justiça, ao oferecer a resolução tardia à demanda pode gerar problemas irreparáveis às partes envolvidas, atingindo o âmago do indivíduo, e que por isso seria correto afirmar que não ter acesso ao Poder Judiciário ou tê-lo e não alcançar com a agilidade desejada a reposição do direito pleiteado e no tempo exigido, representa a própria negação da justiça.

Nessa senda, o Poder Judiciário não consegue suprir todos os anseios da sociedade litigante e nem restabelece a devida relação social entre as partes envolvidas no conflito, mas sim, a imposição de um direito por meio das sentenças proferidas pelos juízes.

Joel Dias Figueira Junior (1999, p. 129), assevera:

> A sentença ou a decisão arbitral que acolhe ou rejeita o pedido formulado inicialmente pelo postulante não solucionam o conflito sociológico, mas simplesmente compõem a lide processual que, por sua vez, significa nada mais do que a parcela do litígio que foi levado ao conhecimento do juiz ou árbitro.

Mostra-se que não há um cuidado com a efetiva paz social, mas sim o equilíbrio jurídico que nem sempre estarão lado a lado, pois é sabido que há um número exacerbado de interposição de recursos, além de um número abusivo de sentenças que não são cumpridas voluntariamente (CASABONA, 2001).

Consciente do problema de alta complexidade o próprio Poder Judiciário Brasileiro procura, há tempos, novas alternativas para obtenção de respostas, procedendo à legitimação de meios consensuais de resolução de conflitos para viabilizar o acesso à justiça, especialmente, a mediação e a conciliação.

2. O ACESSO À JUSTIÇA

Para Hans Kelsen (1998), a justiça manifesta-se pela liberdade, paz, democracia e pela tolerância nas relações sociais. Destarte, o que torna a justiça algo inexplicável é o ser humano, pois ela está diretamente ligada a ele. A delimitação do conceito de justiça é difícil ser feita. Prelecionou o mesmo autor (KELSEN, 1998, p. 25) "[...] não sei e não posso dizer o que significa justiça, a justiça absoluta, esse belo sonho da humanidade". Para o mesmo autor,

a justiça é um conceito relativo, que cada indivíduo faz conforme sua concepção e seus princípios de vida.

Nessa toada, é difícil conceituar o acesso à justiça, pois se sabe que tem relação com o sistema pelo qual pessoas, com direitos e deveres, querem reivindicá-los. Com isso, num modelo ideal, esse sistema de justiça deve ser acessível a todos os cidadãos, fazendo o devido uso do mesmo para resolver seus litígios (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

A disponibilização da solução para a resolução dos conflitos deve se efetivar por meio do acesso à justiça. Para Nlerum S. Okogbule (2005, p. 102) "sem acesso à justiça, é impossível gozar de qualquer outro direito – seja ele civil, político ou econômico – ou assegurar sua realização".

Assim, no processo democrático, o acesso à justiça se torna um exercício de cidadania. Fernanda Tartuce (2015, p. 77) explica que:

> O cerne do acesso à justiça não é possibilitar que todos possam ir à corte, mas sim que a justiça possa ser realizada no contexto em que se inserem as partes, com a salvaguarda da imparcialidade da decisão e da igualdade efetiva das partes.

Com isso, denota-se que o propósito do acesso à justiça não é apenas conseguir ter acesso ao Poder Judiciário, mas sim ter acesso à ordem jurídica justa e obter uma justiça substancial (SANTOS, 2007).

Humberto Dalla Bernardina de Pinho (2012) preleciona que o acesso à justiça deve ser mais do que garantir o acesso à justiça propriamente dito, deve assegurar o acesso à resposta esperada e efetiva obtida por meio do Poder Judiciário, almejado através da eleição de uma adequada resolução do litígio.

Nessa mesma linha de pensamento, Luiz Guilherme Marinoni (1999, p. 28) disserta que:

> [...] quer dizer acesso a um processo justo, a garantia a uma justiça imparcial, que não só possibilite a participação efetiva e adequada das partes no processo jurisdicional, mas que também permita a efetividade da tutela dos direitos, consideradas as diferentes posições sociais e as específicas situações de direito substancial. Acesso à justiça significa, ainda, acesso à informação e à orientação jurídica e a todos os meios alternativos de composição de conflitos.

Contudo, o acesso à justiça precisa ser aperfeiçoado, proporcionando aos cidadãos maior segurança nas demandas que necessitam chegar a uma solução. A utilização dos meios consensuais de resolução de conflitos como a mediação e a conciliação, podem ser meios eficazes de se efetivar o acesso à justiça e a paz social.

3. OS MEIOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

O direito brasileiro, no tocante aos meios consensuais de resolução de conflitos, conglomera a negociação, a arbitragem, a conciliação e a mediação como meios de pacificação dos litígios e, apesar da sobrecarga do judiciário, são as qualidades e especificidades destes métodos que recomendam sua utilização (WATANABE, 2003).

Estão abordadas na presente pesquisa, como já mencionado, a mediação e a conciliação, que se apresentam como dois meios de tratamento de conflitos os quais visam o restabelecimento das relações sociais, a busca da paz social e o acesso à justiça.

Os meios consensuais de resolução de conflitos são alternativas para solucionar problemas entre as pessoas. Amparam a construção de uma sociedade mais estruturada, à medida que envolve as partes litigantes na resolução de seus litígios sem a intervenção do Estado-juiz. Desta maneira os meios consensuais de resolução de conflitos como a mediação e a conciliação apontam para um novo desafio ao Poder Judiciário Brasileiro, pois ainda não há preparo adequado para praticá-los, tanto de ordem física, quanto social e econômica.

Por oportuno, imprescindível mencionar que no Brasil há os dispositivos legais que regulamentam a utilização da mediação e conciliação, Lei 13.105/2015[2] e Lei 13.140/2015[3]; assim é necessário fomentar a utilização desses mecanismos de resolução de conflitos entre os operadores do direito e os que buscam a justiça com a finalidade de mudar a cultura do litígio para a cultura do diálogo.

Rozane da Rocha Cachapuz (2011, p. 16) assegura que "Essas formas vem enriquecer o ser humano que, ao construir renovadas possibilidades na resolução de seus conflitos, reconstrói suas relações e reconstrói a si mesmo".

O Estado Democrático de Direito, sugere e instiga a utilização das formas consensuais de resolução de conflitos, mais democráticas, que superem o modelo judicial tradicional, inserindo as pessoas envolvidas na administração e solução de seus problemas, praticando, portanto, a democratização no âmbito da gestão e resolução de conflitos (ROMÃO, 2003). Para tanto, o NCPC que entrou em vigor em 18 de março de 2016 e a Lei 13.140 de 2015, estimula métodos nos quais as partes possam construir seus próprios resultados (SUTER, 2015).

[2] Novo Código de Processo Civil que entrou em vigor no Brasil em 18 de março de 2.016.

[3] Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.

Notadamente, as técnicas de mediação e conciliação buscam resolver os conflitos de maneira mais célere e menos traumática para as partes envolvidas, mantendo todas as suas características como a seriedade, credibilidade, imparcialidade e a segurança jurídica e social. As partes envolvidas são pacificadas e encontram soluções para satisfazerem seus interesses comuns, contribuindo assim para preservar a relação entre elas, às técnicas visam à pacificação dos conflitantes, e não do conflito, exercendo o efetivo acesso à justiça e evitando que retornem ao tribunal outras vezes (WATANABE, 2003).

Nesse sentido, imprescindível discorrer sobre os conceitos, características da conciliação e da mediação. Sobre esta última, Walsir Edson Rodrigues Júnior (2007, p. 50) ensina:

> A mediação é um processo informal de resolução de conflitos, em que um terceiro, imparcial e neutro, sem o poder de decisão, assiste às partes, para que a comunicação seja estabelecida e os interesses preservados, visando ao estabelecimento de um acordo. Na verdade, na mediação, as partes são guiadas por um terceiro (mediador) que não influenciará no resultado final. O mediador, sem decidir ou influenciar na decisão das partes, ajuda nas questões essenciais que devem ser resolvidas durante o processo.

Nas palavras de Luis Alberto Warat (1998, p. 5), a mediação é uma maneira "ecológica de resolução dos conflitos" tanto no aspecto social por alvitrar a continuidade das relações das pessoas envolvidas no litígio, quanto no aspecto jurídico por favorecer o acesso à justiça e encerrar processos que poderiam ocupar os fóruns por tempo indeterminado.

Ainda, Maria Berenice Dias (2010) disserta que a mediação é o acompanhamento das partes na solução de seus conflitos, objetivando uma resposta rápida, eficaz e satisfatória dos litigantes. Propicia o respeito aos sentimentos, haja vista estarem os envolvidos frente a frente, permitindo a eles que se reestruturem.

O Direito Brasileiro conta com alguns autores como Maria de Nazareth Serpa (1999), John M. Haynes e Marilene Marodin (1996) e de outras áreas como Eliana Riberti Nazareth (2001) que vêm conceituando a mediação ao longo destes anos, mas como aduziu o relator da Lei nº 4.827 Deputado Arthur Oliveira Maia, a mediação é um procedimento tão antigo quanto a humanidade, porém deve ser exercida por pessoa imparcial e com formação técnica correta (CACHAPUZ; SUTER, 2015).

Nesse sentido, Francisco José Cahali (2011) assegura que a autocomposição[4] tem por fundamentos a indivisibilidade e a interpretação restritiva. Seu efeito esperado é o desaparecimento do litígio. Se judicial, dá causa ao fim do processo; se preventiva, evita-o.

[4] Na autocomposição, o conflito é solucionado pelas partes, sem a intervenção de outros agentes no processo de pacificação da controvérsia (DELGADO, 2002, p. 664).

Os objetivos da composição através da mediação e da conciliação são os mesmos do processo, tanto relacionados com os envolvidos quanto, indiretamente, à sociedade.

O parágrafo único do artigo 1º da Lei Brasileira 13.140 de 26 de junho de 2.015 que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de conflitos de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, forneceu um conceito para a mediação, *verbis*:

> Considera-se mediação 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.

A par disso, sobre os objetivos da mediação, José Luis Bolzan de Morais e Fabiana Marion Spengler (2008, p. 139) dissertam:

> (...) os objetivos da mediação dizem respeito ao restabelecimento da comunicação, mas também à prevenção e ao tratamento dos conflitos (através de uma visão positiva na pretensão de encará-lo como meio de socialização, de transformação e evolução social), como meio de inclusão social objetivando promover a paz social.

Para Luis Alberto Warat (2001, p.31), "o objetivo da mediação não seria o acordo, mas a mudança das pessoas e seus sentimentos. Somente desta forma seria possível transformar e redimensionar o conflito".

Aqueles que são enviados para sessões de mediação, devido aos seus conflitos, terão a oportunidade de reatar suas comunicações e resolver o litígio de modo participativo, alterando, por conseguinte, suas visões sobre os fatos (ZAPPAROLLI; KRÄHENBÜHL, 2012). Visto que a mediação propõe não apenas a solução para o litígio dos envolvidos - propicia também os caminhos para efetivar direitos, estimulando o exercício da cidadania e acesso à justiça (WARAT, 2001).

O processo de autonomia dentro da mediação se dá com o ato em que o mediador cria um ambiente propício à mútua compreensão entre as partes. Ainda, outro elemento desse processo de empoderamento diz respeito à ciência atribuída às partes, de que é possível a resolução autônoma e livre dos conflitos. Dessa forma, é importante fazer os integrantes do processo entenderem suas capacidades e qualidades, principalmente nas questões concernentes à autocomposição e resolução consensual de conflitos (AZEVEDO, 2009).

A função da mediação/conciliação no processo de solidificação democrática é, dentre outras, estabelecer ou reatar laços inexistentes ou rompidos, promover a solução do litígio fazendo com que as partes tomem decisões independentes e integrem e participem da resolução do processo. Trata-se de uma proposta humanística do ato de se relacionar,

principalmente quando da utilização da mediação no que se refere ao conflito familiar (WARAT, 2001).

Nessa senda, necessário conceituar a conciliação e diferenciá-la da mediação, pois causam confusão quantos aos seus conceitos por terem uma tênue diferença.

Segundo Mauricio Godinho Delgado (2002), na conciliação as partes estão envolvidas na composição, porém são conduzidas por um terceiro. Conquanto, importante salientar que a força condutora conciliatória por esse terceiro é real, e muitas vezes programa um resultado que, inicialmente, não era imaginado ou pretendido pelos envolvidos no litígio.

Os pontos divergentes entre as técnicas se estabelecem, sobretudo, no sentido de que na conciliação, o conciliador apresenta-se como uma figura integradora que busca chegar a um acordo entre as partes, ao passo que na mediação, o mediador firma-se como personagem absolutamente imparcial no que se refere à mera viabilização do diálogo entre os envolvidos (CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER, 2006).

De acordo com os mesmos autores, *ad litteram*:

> (...) em ambos procedimentos os interessados utilizam a intermediação de um terceiro, particular, para chegarem à pacificação de seu conflito. Entretanto, ao passo que a conciliação busca sobretudo o acordo entre as partes, a mediação objetiva trabalhar o conflito, surgindo o acordo como mera consequência (CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER, 2006, p. 34).

Haim Grunspun (2000, p. 35) ensina a diferença da conciliação e mediação, *ipisis litteris*:

> Ambos são meios extrajudiciais de resolução de conflitos que utilizam terceiros imparciais. Na conciliação, esses terceiros conduzem o processo na direção do acordo, opinando e propondo soluções. Na conciliação o terceiro imparcial pode usar de seus conhecimentos profissionais, nas opiniões que emite. O juiz sabe que foi o acordo possível e homologa o acordo. O poder, a autoridade e o domínio aparecem e por isso se mantém entre as partes separadas mais ressentimento e ideias de vingança, e novos conflitos judiciais voltam às cortes. Na mediação, o terceiro, imparcial, não opina, não sugere nem decide pelas partes. O mediador está proibido por ser código de ética de usar seus conhecimentos profissionais especializados como os de advogado ou psicólogo, por exemplo, para influir na decisão [...].

Ainda, na mediação de conflitos, tem-se um terceiro; o mediador, atuando para cooperar no restabelecimento ou continuidade da comunicação entre as partes a fim de que se resolva o fato gerador do conflito. Por outro lado, na conciliação existe um terceiro, conciliador, responsável por propor soluções, opinando e orientando as partes (SCAVONE, 2014).

Em relação à controvérsia no que se refere aos principais caminhos consensuais de resolução de litígios, posiciona-se o NCPC pontuando expressões que possibilitem a distinção, conforme exposto a seguir (WATANABE, 2003; TARTUCE, 2013).

O NCPC apresenta nos parágrafos 2º§ e 3º§ do artigo 165 um critério para distinção entre mediação e conciliação por meio da maneira como trabalha o conciliador e o mediador em seus respectivos processos. De acordo com o código, o conciliador deverá atuar "preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes" e "poderá sugerir soluções para o litígio". O mediador, por sua vez, tem preferência de atuação nos casos em que há vínculo previamente estabelecido, e ajudará os interessados a compreenderem suas próprias questões e interesses conflituosos, de modo que "eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprias soluções consensuais que gerem benefícios mútuos" (BUENO, 2015, p. 67).

O artigo 166 do NCPC (BRASIL, 2015) assevera que "a conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada".

A determinação do artigo acima se alinha ao que vem sendo reconhecido como pertinente em termos de diretrizes da mediação e da conciliação e do prescrito na Resolução 125[5] do Conselho Nacional de Justiça (CACHAPUZ; SUTER, 2015).

4. MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E O ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL ATUAL

A mediação e a conciliação apresentam-se como via de acesso à justiça e propulsora da democracia nos dias atuais. O NCPC, que foi sancionado pela Presidente da Repúbica em 16 de março de 2.015 e entrou em vigor em 18 de março de 2016, apresenta a resolução consensual dos litígios como um princípio geral para o direito processual civil. Imputa ao Poder Judiciário o dever de promover, "sempre que possível, a solução consensual dos conflitos", além de estimulá-la, assim como a outros métodos, por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do ministério público (artigo 3º, § 2º e §3º) (BUENO, 2015, p. 21-22).

É esperado que a inclusão do instituto da mediação e da conciliação no NCPC seja propulsora de várias melhorias e vantagens que podem ser atingidas pelo referido instituto, tais como: a) Redução do desgaste emocional e do custo financeiro; b) Construção de soluções apropriadas às reais necessidades e probabilidades das partes; c) Maior satisfação

[5] Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.

dos envolvidos; d) Mais celeridade na solução de conflitos quer pessoais, familiares ou de negócios; e) Desburocratização na solução de conflitos, uma vez que impera a informalidade nas sessões; f) Possibilidade da solução do litígio por profissional escolhido pelos litigantes, conforme a natureza da questão, g) Além da garantia de privacidade e sigilo (PEREIRA, 2015).

O NCPC tornou-se mais democrático por garantir às partes envolvidas a utilização da mediação e da conciliação na resolução de suas contendas, superando o modelo tradicional contencioso, com novas perspectivas que priorizam a diminuição dos conflitos através do viés da justiça consensual, com a pretensão de alcançar o mundo contemporâneo.

Esses mecanismos alternativos de solução de controvérsias devem ser considerados como meios de acesso à justiça, afinal, tais processos vão além da mera resolução do conflito; geram participação de fato dos integrantes nesse método, de modo responsável, com a recuperação de suas autonomias, realizando-se, dessa forma, a tomada de decisões de maneira independente por parte dos envolvidos, fazendo com que a sessão de mediação/conciliação se torne oportunidade democrática para concretização da cidadania, viabilizando a obtenção da tutela jurisdicional pleiteada (CACHAPUZ; SUTER, 2015).

É preciso desmistificar a cultura do litígio para a comunicação e para o diálogo na resolução de conflitos, é imprescindível a mudança de paradigma, pois o cenário contemporâneo clama por isso. De acordo com Rodolfo de Camargo Mancuso (2009), somente com a mudança de pensamento é que se considerará uma boa "briga" aquela que, de preferência, seja prevenida ou submetida aos meios consensuais para que possa ser resolvida de maneira amigável.

Complementando, Kazuo Watanabe (2003, p. 49) disserta sobre a necessidade do preparo dos futuros operadores do direito:

> Numa sociedade como a nossa, para lançarmos uma semente tão generosa como a da mediação, precisaríamos preparar muito bem o terreno e as nossas academias para que os futuros profissionais do Direito entrem no mundo prático com uma mentalidade mais compromissada com a sua atuação social.

Nessa linha, Rozane da Rosa Cachapuz (2011) ensina que os operadores do direito devem mudar sua visão adversarial. Assegura que os juízes e promotores se beneficiarão com esse novo caminho de resolução de conflitos em razão a diminuição dos impasses, afirmando que eles "poderão realmente cumprir a missão que lhes é designada pelo Estado: de dar fim ao conflito em sua essência" (CACHAPUZ, 2011, p. 149).

Portanto, deve-se ressaltar que a prática da mediação e da conciliação deve estar associada ao exercício da cidadania, por meio da participação dos integrantes no

fortalecimento do acesso à justiça. De acordo com Luis Alberto Warat (2001), é certo que os meios consensuais encontram-se em uma posição além da resolução de lides judiciais, haja vista que esse instituto deve ser interpretado como medida educativa, de exercício de cidadania e dos direitos humanos.

Em consonância com as ideias apresentadas até então, o estímulo à prática dos meios consensuais de resolução de conflitos, permite às partes um entendimento amplo de direitos, pois estão mais envolvidas na negociação de seus interesses. Além disso, admite também o acesso à justiça que, de acordo com Kazuo Watanabe (1988) relaciona-se à ordem jurídica adequada não devendo se restringir aos órgãos judiciais consagrados, mas ampliar-se aos institutos da mediação, conciliação e as outras formas de composição de litígios.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A justiça brasileira deu o primeiro passo. A inclusão dos meios consensuais de resolução de conflitos no Novo Código de Processo Civil foi um grande avanço para a cultura de pacificação. Trata-se de uma questão de sustentabilidade no ambiente jurídico, pois com a evolução da sociedade a passos largos, as contendas são cada vez mais diversas e múltiplas, acumulando-se os processos nos tribunais do país.

A mudança da cultura do contencioso para a cultura do diálogo, da comunicação se faz necessária, pois a sociedade brasileira está arraigada na cultura do litígio no tocante a resolução de suas demandas e acredita que o Poder Judiciário vai resolver todas as suas demandas.

É preciso difundir de maneira abundante as práticas da técnica da mediação e da conciliação no Brasil. Necessário se faz modificar a cultura que é trazida com a utilização do poder judiciário onde há ao final de uma relação jurídica, a figura de um perdedor e ganhador para a figura onde ambas as partes podem ser ganhadoras.

Dessa maneira, os operadores do direito em meio acadêmico precisam ser preparados e os que já estão em exercício devem se adequar ao modelo proposto de resolução de conflitos, como a mediação e a conciliação. Assim como houve a mudança na lavoura com a mecanização, no meio acadêmico com o ensino à distância, no meio jurídico não seria diferente, o direito e seus operadores devem estar preparados para essa mudança de paradigma na contemporaneidade.

Conforme descrito, a mediação/conciliação aplicada possui um conteúdo que vai além da resolução de litígios, mas sim, um conteúdo democrático e transformador, afinal faz com que as partes se envolvam, responsabilizando-as, empoderando-as ao exercício da

cidadania, e com isso, fortalecendo a mediação e a conciliação como instrumento de democracia proporcionando às partes o tão esperado acesso à justiça.

Por fim, para que haja uma mudança no paradigma cultural brasileiro, ou seja, do litígio para a autocomposição, primeiro é necessário que as pessoas envolvidas em litígios sejam responsáveis pela solução de suas demandas. Também, os juristas estejam em consonância com esta dimensão democrática dada à solução de conflitos, baseada na efetiva participação dos envolvidos, no diálogo, na criatividade de ideias, fazendo com que a mediação e a conciliação possam ir além de uma alternativa judiciária, que vá em direção a uma política pública voltada à realização da democracia, do exercício de cidadania e efetivo acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, André Gomma (org.). **Manual de Mediação Judicial.** Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2009.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados especiais: a nova mediação paraprocessual.** São Paulo: RT, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 09 abr 2016.

BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de processo civil**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 21 mai 2016.

BRASIL. LEI 13.140 de 26 de junho de 2.015. **Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm.> Acesso em: 21 mai 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil – Anotado 2015**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CABRAL, Marcelo Malizia. **Os meios alternativos de resolução de conflitos: instrumentos de ampliação do acesso à justiça**. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2013. 176p. (Coleção Administração Judiciária; v.14)

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos & Direito de família**. 1ª ed. em 2003. 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa; SUTER, José Ricardo. **A mediação e o Novo Código de Processo Civil.** In: Formas Consensuais de solução de conflito [Recurso eletrônico on-line]. Org. CONPEDI/ UFMG/ FUMEC/ Dom Helder Câmara; Coord. Adriana Goulart de Sena, Adriana Silva Maillart, Nivaldo dos Santos - Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 408-425.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: mediação, conciliação, Resolução CNJ 125/2010.** São Paulo: RT, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Tradução de Elen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CASABONA, Marcial Barreto. Mediação e lei. **Revista do Advogado**. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, nº 62, p. 84-92, mar. 2001.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pelegrini. **Teoria Geral do Processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CONSELHO Nacional de Justiça. **Resolução n 125, de 29 nov 2010**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>. Acesso em 08 abr 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho. Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro. **Revista LTR**, São Paulo, v.66, n.6.p.665, jun. 2002.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: **Revista Dos Tribunais**, 2010.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. São Paulo: Rt, 1999.

GRUNSPUN, Haim. Mediação familiar: o mediador e a separação de casais com filhos. São Paulo: LTr Ed., 2000.

HAYNES, John M.; MARODIN, Marilene. **Fundamentos da mediação familiar**. Porto Alegre: Artes Medicas, 1996.

KELSEN, Hans. **O que é justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência**. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública**. Em Defesa do Meio Ambiente. 11 ed. rev. ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 134.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Cidadania e Justiça: **Documentos da Ditadura estão disponíveis na internet.** 2013**.** Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2013/04/documentos-da-ditadura-estao-disponiveis-na-internet>. Acesso em: 01 jun 2016.

MORAIS, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição!** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OKOGBULE, Nlerum S. O acesso à justiça e a proteção aos direitos humanos na Nigéria: problemas e perspectivas. Sur. **Revista Internacional de Direitos Humanos.** v. 2, n, 3, dez. 2005. p. 100-119. Disponível em:<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452005000200007&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 13 fev 2016.

PEREIRA, Clóvis Brasil. Conciliação e Mediação no Novo CPC. **Revista Prolegis**. 2015. Disponível em: < http://www.prolegis.com.br/conciliacao-e-mediacao-no-novo-cpc-no-03/> Acesso em: 19 fev 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação e o Código de Processo Civil projetado, in Revista de Processo, ano 37, vol. 207, São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2012, p. 215.

ROBLES, Tatiana. **Mediação e direito de família**. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Ícone, 2009.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **A prática da mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ROMÃO, José Eduardo Elias. **A Mediação como Procedimento de Realização de Justiça no Âmbito do Estado Democrático de Direito.** In: AZEVEDO, André Gomma de (org.).

Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação – vol. 2. Brasília, Grupos de Pesquisa, 2003, Cap. 6. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2/primeira-parte-memoria/a-mediacao-como-procedimento-de-realizacao-de-justica-no-ambito-do-estado-democratico-de-direito>. Acesso em: 17 mar 2016.

SANTOS, Dorival Moreira dos. **Anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Civil Coletivo: inovações na prática processual em busca da efetividade**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SCAVONE JR, Luiz Antonio. **Manual de Arbitragem Mediação e Conciliação**. 5 ed. Rio de Janeiro: Ed Forense, 2014.

SUTER, José Ricardo. A mediação no Direito de Família e o Acesso à Justiça. In: IV Fórum de Projetos de Pesquisa em Direito, 4, 2015, Londrina. **Anais eletrônico do IV Fórum de projetos de Pesquisas em Direito.** GT 2 – Acesso à Justiça. Disponível em: http://www.uel.br/pos/mestradoemdireito/soac/index.php/forumuel/IVforumprojetopesquisauel/paper/viewFile/64/31. Acesso em: 26 mar 2016, p. 26–32.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 2. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

_____. **Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos**. In: Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Org.: Freire, Alexandre; Medina, José Miguel Garcia; Didier Jr, Fredie; Dantas, Bruno; Nunes, Dierle; Miranda de Oliveira, Pedro (no prelo). 2013. Disponível em: <www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora>. Acesso em: 25 fev 2016.

TORRES, Jasson Ayres. **O acesso à justiça e soluções alternativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

WARAT, Luis Alberto. **Em nome do acordo: a mediação no direito**. Florianópolis: Almed, 1998.

_____. **O ofício do mediador.** Florianópolis: Habitus, 2001.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna.** In GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). Participação e processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

_____. **Modalidade de mediação**. In: José Delgado et al. Mediação: um projeto inovador. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2003. (Série Cadernos do CEJ, v. 22)

ZAPPAROLLI, Célia Regina; KRÄHENBÜHL, Mônica Coelho. **Negociação, mediação, conciliação, facilitação assistida, prevenção, gestão de crises nos sistemas e suas técnicas.** São Paulo: LTr, 2012.