

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO PROF. JACY DE ASSIS

IARA OLIVEIRA CAMPOS

A MEDIAÇÃO COMO UMA FORMA DE MANIFESTAÇÃO DO DIREITO

UBERLÂNDIA-MG

2018

IARA OLIVEIRA CAMPOS

A MEDIAÇÃO COMO UMA FORMA DE MANIFESTAÇÃO DO DIREITO

Monografia apresentada à Faculdade de Direito Prof. Jacy de Assis da Universidade Federal de Uberlândia, sob orientação do Prof. Dr. Carlos José Cordeiro, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

UBERLÂNDIA-MG

2018

IARA OLIVEIRA CAMPOS

A MEDIAÇÃO COMO UMA FORMA DE MANIFESTAÇÃO DO DIREITO

Monografia apresentada à Faculdade de Direito Prof. Jacy de Assis da Universidade Federal de Uberlândia, sob orientação do Prof. Dr. Carlos José Cordeiro, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

_____, _____ de _____ de 2018.

Nota: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Carlos José Cordeiro
Orientador

Membro Avaliador

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	6
2. CONFLITOS E A TRADICIONAL FORMA DE RESOLUÇÃO DE DISSÍDIOS NA JUSTIÇA BRASILEIRA	8
2.1. A mudança de paradigma do judiciário e os meios alternativos de solução de conflitos..	11
2.1.1. A autocomposição	13
2.1.2. A conciliação	14
2.1.3. A arbitragem	15
2.1.4. A mediação	16
3. A PRÁTICA DA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NO BRASIL.....	18
3.1. Breve histórico da mediação de conflitos.....	18
3.2. Princípios basilares da mediação de conflitos	20
3.3. A recepção da mediação de conflitos no ordenamento jurídico brasileiro.....	23
3.3.1. A mediação de conflitos no Novo CPC.....	26
3.3.2. A lei 13.140/2015 – Lei de Mediação	29
4. DIREITO E EMANCIPAÇÃO SOCIAL.....	37
4.1. O acesso da sociedade à justiça e ao Direito	39
4.2. Interseção entre a mediação de conflitos, emancipação social e acesso à justiça	40
4.3. A mediação de conflitos como manifestação do Direito	42
5. CONCLUSÃO.....	45

RESUMO

A presente monografia tem como objetivo estudar o instituto da mediação de conflitos, como meio adequado para solução de conflitos e efetiva forma de manifestação do direito em todos os seus aspectos. Pretende-se demonstrar que a mediação, agora devidamente regulamentada no Brasil, um país positivista por natureza, é uma forma de levar a sociedade o direito em sua essência, possibilitando a todos os indivíduos a concretização de um direito fundamental e humano básico, o acesso à justiça. Através do diálogo busca-se a construção para a resolução do conflito ao mesmo tempo em que trabalha a autonomia e conscientização sobre os direitos individuais e coletivos.

PALAVRAS-CHAVE: mediação; conflito; acesso à justiça; diálogo.

ABSTRACT

The purpose of this monograph is to study the institute of conflict mediation, as an appropriate means of conflict resolution and an effective form of manifestation of the law in all its aspects. It is intended to demonstrate that mediation, now duly regulated in Brazil, a positivist country by nature, is a way of bringing society the right in its essence, enabling all individuals to achieve a fundamental and human law basic, access to justice. Through the dialogue we seek the construction for the resolution of the conflict while working the autonomy and awareness about the individual and collective rights.

KEY WORDS: mediation; conflict, access to justice; dialog.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresenta como tema principal a mediação de conflitos como uma forma de manifestação do direito.

A mediação consiste em um meio consensual de resolução de conflitos, uma forma de pacificação social, caracterizada por princípios colaborativos e de restabelecimento do diálogo entre as partes, onde, através desse diálogo as próprias partes chegarão a melhor solução para a demanda apresentada. A mediação tem como objetivo restabelecer a comunicação entre as partes, bem como empoderá-las para que tomem consciência de que são as responsáveis pela solução do conflito que, ninguém melhor do que elas conhecem. Apresenta, ainda, como objetivos: a prevenção dos conflitos, pois, uma vez que as próprias partes encontram a solução para a controvérsia, a decisão por elas tomadas terá mais eficácia evitando o surgimento de um novo conflito; a inclusão social, posto que, é trabalhado na mediação o empoderamento das partes e conscientização sobre seus direitos, proporcionando o acesso à justiça de forma efetiva; e como consequência dos objetivos antes apresentados, a pacificação social.

O presente trabalho busca demonstrar a mediação como uma forma de manifestação do direito, ante os princípios e procedimento que apresenta, possibilitando maior alcance ao acesso à justiça.

No decorrer dos capítulos, analisar-se-á o direito, que comumente é associado a um conjunto de normas que regulam a sociedade, ao que é reto ou correto, a mandamentos e ordens que devem ser cumpridas sob pena de punições e, ao ramo da ciência que estuda o sistema de leis, como algo deve ser visto para além do processo e da jurisdição. A necessidade de vislumbrar o direito como um meio de emancipação social, em que as pessoas possam participar e inserir-se na sociedade.

Diante da abordagem diferenciada trazida pela mediação e a sua recente regulamentação, o presente trabalho procura a fundo o seu papel dentro do direito, mais precisamente a forma peculiar com que a mediação, agora normatizada, aborda e colabora para a difusão do direito.

Estuda, em três capítulos, a percepção do direito através da mediação, bem como a possibilidade de inserir os indivíduos na sociedade por meio do resgate da autonomia trabalhada na mediação, colaborando conseqüentemente para emancipação social.

No primeiro capítulo é abordada a definição de conflitos, bem como a forma como ele é dirimido na tradicional forma de resolução de conflitos, após, vislumbra-se a mudança de paradigma que a justiça enfrenta quando os meios tradicionais se mostram pouco efetivos. Em seguida são demonstradas as formas consensuais de solução de controvérsias, apresentando as especificidades de cada método e procedimento.

O segundo capítulo é dedicado a forma como a mediação é abordada pelo sistema jurídico brasileiro. São feitas breves ponderações sobre o histórico da mediação e sobre seus princípios basilares. Em seguida, é feito um estudo acerca da abordagem da mediação no Novo Código de Processo Civil e sobre a Lei 13.140/2015 em seus aspectos principais.

No último capítulo realizou-se um estudo sobre o Direito em sua essência. Apresenta-se, nesse capítulo o que o presente trabalho tem como objetivo principal, demonstrar a mediação de conflitos como uma forma de manifestação do direito e acesso à justiça.

Por fim, como metodologia para a realização do presente trabalho foi utilizado o método dedutivo, que parte de enunciados e premissas para formar um raciocínio lógico e chegar a uma conclusão. Como técnica de pesquisa foi utilizada a documentação indireta, qual seja pesquisa documental (leis, sentenças, acórdãos, pareceres, portarias) e, pesquisa bibliográfica (livros, artigos, periódicos), ambas podem ser encontradas em arquivos públicos ou particulares, internet, bibliotecas, dentre outras fontes.

2. CONFLITOS E A TRADICIONAL FORMA DE RESOLUÇÃO DE DISSÍDIOS NA JUSTIÇA BRASILEIRA

Ao se pensar em conflito a ideia prima que surge é a de confronto, interesses distintos, controvérsias entre dois ou mais sujeitos. A definição da palavra não foge a tal pensamento: “CONFLITO – 1. Luta. 2. Conjuntura, momento crítico. 3. Oposição. 4. Pleito. 5. Dissídio entre nações. (...)”.¹ Nessa perspectiva, conflito trata-se do embate entre opiniões diferentes, entre interesses que não constituem um ponto em comum, oriundo da convivência social.

A necessidade do ser humano de viver em sociedade e relacionar-se com o outro, propicia o nascimento de conflitos. Isto porque, cada indivíduo traz consigo determinadas características e valores que, em alguns momentos, podem não ser aceitos pelo outro, resultando, assim, no surgimento de conflitos.² Eles estão presentes nas mais diferentes relações sociais e, em sua maioria, nas manifestações diversas de interesses, de modo que torna-se claro que “o dinamismo das relações humanas propicia o confronto.”³

O conflito existe quando há uma divergência capaz de estabelecer posições contrapostas dos indivíduos; a disputa se opera quando as pessoas praticam atos que demonstram a defesa do seu entendimento. Sinteticamente, a disputa é a exteriorização do conflito, que pode ser negativo ou não.⁴

Destarte, uma vez que o conflito advém do convívio coletivo caracterizado pelo confronto entre opiniões e interesses díspares, conclui-se que a chave de sua eclosão está no diálogo, ou, no caso, na ausência dele. Pois, é através da comunicação, seja ela verbal ou não, que ocorre a expressão de vontades e pensamentos dos indivíduos. Nas palavras da autora Susana Bruno “toda emoção sentida é expressada através dos meios de comunicação, de maneira verbal ou não, podendo restringir ou ampliar a manifestação das partes.”⁵

De tal modo, é pela quebra do diálogo e pela dificuldade que as partes têm em restaurá-lo, que nasce o litígio judicial. Onde as partes tornam-se adversárias, e tomadas de um individualismo ímpar, buscam ser “vencedoras” de um conflito que vai além do que suporta o direito material e processual.

Certo é que o conflito não é bem quisto pela sociedade, embora muitas vezes seja o motivo da constante transformação que a circunda. E por ser visto muitas vezes de forma

¹ GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário universitário jurídico*. Atualização Equipe Riddel. 17. ed. São Paulo: Riddel. 2013.

² BRUNO, Susana. *Conciliação: prática interdisciplinar e ferramentas para a satisfação do Jurisdicionado*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 143.

³ *Ibidem*, p. 144.

⁴ *Ibidem*, p. 145.

⁵ *Ibidem*, p. 145.

negativa, a busca pela resolução é constante e faz com que os estados e instituições elejam os métodos que melhor lhes atendam.

A eliminação dos conflitos ocorrentes na vida em sociedade pode se verificar por obra de um ou ambos os sujeitos dos interesses conflitantes, ou por ato de terceiro. Na primeira hipótese, um dos sujeitos (ou cada um deles) consente no sacrifício total ou parcial do próprio interesse (solução consensual, ou *autocomposição*) ou impõe o sacrifício do interesse alheio (*autodefesa* ou *autotutela*). Na segunda enquadram-se a defesa de terceiro, a conciliação, a mediação e o processo (estatal ou arbitral).⁶

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 deu ao direito material e processual civil brasileiro, através da garantia dos direitos fundamentais, princípios constitucionais basilares para o acesso a justiça.⁷ O neoprocessualismo buscou transcender a neutralidade e voltar-se a garantia dos direitos fundamentais inerentes a cada indivíduo.⁸

O artigo 5º em seus incisos LIV⁹ e LV¹⁰, bem como o artigo 93, inciso IX¹¹, ambos da Constituição Federal de 1988, assegura às partes de um processo o direito ao devido processo legal, ao contraditório e a ampla defesa, bem assim a decisões devidamente fundamentadas. O processo, portanto, é caracterizado pelo formalismo que visa garantir aos indivíduos, no exercício da jurisdição, a legalidade e a imparcialidade, a ampla participação no processo.¹²

Ocorre que o devido processo legal custa tempo, “e o tempo é inimigo da efetividade da função pacificadora”.¹³ E aliado ao grande lapso temporal e o formalismo do processo, há de se considerar também os elevados gastos inerentes ao acesso à jurisdição, dentre eles as custas processuais, os honorários advocatícios e periciais, que tornam ainda mais oneroso e árduo o acesso à justiça.

⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.38.

⁷ HOLANDA, Fábio Campelo Conrado de. *O acesso à justiça e a lealdade das partes*. Fortaleza: RDS, 2011, p. 41.

⁸ *Ibidem*, p. 43.

⁹ Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988; Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais; Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos; Art. 5º. LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

¹⁰ Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988; Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais; Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos; Art. 5º. LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

¹¹ Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988; Título IV – Da Organização dos Poderes; Capítulo III – Do Poder Judiciário; Seção I – Disposições Gerais; Art. 93. IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

¹² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.44.

¹³ *Ibidem*.

Desse modo, o legalismo-liberal escolhido pela justiça para resolução de conflitos não atende a realidade social brasileira e sequer tem o poder de transformação da sociedade tal como idealizado no neoconstitucionalismo. O que se vê, na verdade, é o privilégio generalizado das classes dominantes, a burocracia demasiada dos procedimentos judiciais, o formalismo que afasta dos cidadãos a compreensão do processo, o alto custo e a morosidade que decorre de todos os outros fatores antes mencionados.¹⁴

Há de se reconhecer, porém, que o texto vanguardista da Constituição Federal de 1988, a despeito de prever vários direitos constitucionais relacionados ao processo civil, idealmente previstas no artigo 5º do figurino constitucional, não traduz na realidade social brasileira a pretendida efetividade que se espera na realização da justiça no âmbito do processo contemporâneo. É da realização do romântico arcabouço normativo disposto na Constituição que se ressentem a sociedade brasileira.¹⁵

Ademais, o modelo adotado pela justiça brasileira para resolução de conflitos, não se mostra um exemplo de efetividade. Embora o respeito às garantias constitucionais seja essencial para uma solução satisfatória, torna-se insuficiente sua aplicação, pois a tradicional conjuntura jurisdicional do país não coopera para fazer com que o processo judicial recupere o diálogo entre as partes, restabeleça o elo rompido. Tampouco assegura o acesso à justiça e ao direito de forma ampla para a preservação dos direitos fundamentais.

Não obstante, deve-se levar em consideração que a sociedade atual é cercada por uma complexidade das relações dos envolvidos no conflito, e tal complexidade dificilmente é abrangida pela legislação. Conquanto as leis tenham caráter de mutabilidade, elas são não capazes de acompanhar a diferentes construções sociais que surgem diariamente.

O processo, como método, simplifica complexidades que não podem ser simplificadas, pois as demandas sociais contemporâneas são de cunho multifacetário, envolvendo diversos problemas correlacionados que, devido a tal “simplificação”, muitas vezes não são tratados em juízo, o que instiga nas partes nova procura pelo aparelho judicial e, por vezes, a insatisfação e inexequibilidade das decisões.¹⁶

Diante de todos estes fatores, é possível constatar que o poder judiciário tal como se coloca tradicionalmente vai ao desencontro do seu principal objetivo, qual seja a resolução efetiva dos conflitos e a aplicação e acesso ao direito de forma abrangente. Os sujeitos envolvidos no conflito se vêem distantes do procedimento que busca resolvê-lo e permanecem

¹⁴ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Mediação, cidadania e emancipação social: a experiência da implantação do centro de mediação e cidadania da UFOP e outros ensaios*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 171-172.

¹⁵ HOLANDA, Fábio Campelo Conrado de. *O acesso à justiça e a lealdade das partes*. Fortaleza: RDS, 2011, p. 44.

¹⁶ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Mediação, cidadania e emancipação social: a experiência da implantação do centro de mediação e cidadania da UFOP e outros ensaios*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 174.

sem conhecer objetivamente o direito almejado. É tendo por base esse cenário que vêm sendo desenvolvidos métodos alternativos de resolução de conflitos, que tem como objetivos centrais a restauração o diálogo e das relações, o empoderamento das partes, e a solução amigável e efetiva dos conflitos.

2.1. A mudança de paradigma do judiciário e os meios alternativos de solução de conflitos

Os obstáculos enfrentados em um processo, como anteriormente descrito, contribuem cada vez mais para o difícil acesso à justiça e ao direito, gerando a descrença generalizada que atualmente se vê em relação ao judiciário brasileiro; ¹⁷ “[...] provoca-se uma alienação cada vez mais constante da população a respeito de seus direitos. Isso, sem dúvida, é um custo social elevadíssimo.” ¹⁸

Como bem pontuado por Maria Tereza Fonseca Dias na obra *Mediação, Cidadania E Emancipação Social* (2010), “o processo não pode ser um obstáculo ao exercício da cidadania, mas sim um instrumento de acesso a ela.” É preciso em um processo de resolução de conflitos trabalhar a autonomia das partes, de modo a assegurar maior participação dos sujeitos nas tomadas de decisões que os atingirão diretamente. “Permite-se, assim, que haja uma atividade processual alternativa à estrutura jurisdicional tradicional, mas inserida nos fins a que se destina o processo, tais como a solução dos conflitos e a paz social.” ¹⁹

Com base em tais fundamentos e aliado ao congestionamento de processos, a justiça brasileira passa atualmente por uma mudança de paradigma em que percebe que os meios extrajudiciais de resolução de conflitos, alternativos ao litígio, se mostram verdadeiramente capazes de solucionar o grande problema da jurisdição brasileira, qual seja, a eficácia da resolução dos conflitos e o acesso ao direito. Diante de um cenário de “amplo” ingresso ao judiciário, com inúmeros processos iniciados e não terminados, faz-se necessário mostrar aos cidadãos que existem outras formas de resolução dos conflitos além daquela que os leva a esfera judicial.

¹⁷ HOLANDA, Fábio Campelo Conrado de. *O acesso à justiça e a lealdade das partes*. Fortaleza: RDS, 2011, p. 87.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Mediação, cidadania e emancipação social: a experiência da implantação do centro de mediação e cidadania da UFOP e outros ensaios*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 173.

Surge então, com a difusão da sustentabilidade²⁰, a ideia de trazer para o judiciário a aplicação desse conceito.²¹ “A solução dos conflitos, primeiramente, deveria ser buscada diretamente pelos interessados e só excepcionalmente deveriam ser apresentadas divergências ao Poder Judiciário.”²² Nesse contexto, os métodos alternativos de solução de conflitos vêm não só para desafogar o judiciário, mas também para trazer maior efetividade nas soluções das demandas.

Abrem-se agora os olhos, todavia, para todas essas modalidades de soluções dos conflitos, tratadas como meios alternativos de pacificação social. Vai ganhando corpo a consciência de que, se o que importa é *pacificar*, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes. Por outro lado, cresce também a percepção de que o Estado tem falhado muito em sua missão pacificadora, que ele tenta realizar mediante o exercício da jurisdição estatal e através das formas do processo civil, penal ou trabalhista.²³

Os métodos alternativos de resolução de conflitos baseiam-se na construção da solução de forma amigável, sem as formalidades do processo tradicional. Os autores Paulo Borba Casella e Luciane Moessa de Souza na obra *Mediação de conflitos – Novo paradigma de acesso à justiça* citam Morton Deutsch que “apresentou importante classificação de processos de resolução de disputas, ao indicar que esses podem ser *construtivos* ou *destrutivos*.”²⁴ Trata-se do enfraquecimento ou fortalecimento das relações preexistentes ao conflito. Enquanto no processo destrutivo ocorre o enfraquecimento dos laços anteriores ao litígio em um cenário de competição em que um busca ser o vencedor, no processo construtivo o que se tem é exatamente o oposto, as partes tendem aqui a restabelecer o elo afetado pelo conflito.²⁵

Para esse professor, processos construtivos caracterizam-se:

- a) pela capacidade de estimular as partes a desenvolverem soluções criativas que permitam a compatibilizações dos interesses aparentemente contrapostos;

²⁰ “A dimensão jurídico-política, por seu turno, decorre do dever Constitucional de proteger o completo bem-estar das gerações atual e futuras, impondo o reconhecimento em todas as dimensões, notadamente pelo resguardo dos Direitos Fundamentais, destacando à longevidade digna; à alimentação sem excesso e carências; ao ambiente limpo; à educação com qualidade; à democracia, à informação livre e qualificada; **ao processo judicial e administrativo com desfecho tempestivo**; à segurança; à renda oriunda do trabalho descente; à boa administração pública; e à moradia digna e segura.” – (ALQUALO, Fernando Pereira. *A Compreensão Jurídica da Sustentabilidade e o Desenvolvimento Humano*. *apud* FREITAS, 2012, p. 69-70. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=19b29d1cfff0a18c>>; Acesso em 05/10/2017.) (grifo nosso)

²¹ CASELLA, Paulo Borba; SOUZA Luciane Moessa de (Coord.). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 87.

²² *Ibidem*, p. 86

²³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.44.

²⁴ CASELLA, Paulo Borba; SOUZA Luciane Moessa de (Coord.). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 19.

²⁵ *Ibidem*.

- b) pela capacidade das partes ou do condutor do processo (*e.g.* magistrado, árbitro ou mediador) de motivar todos os envolvidos para que *prospectivamente* resolvam as questões sem atribuição de culpa ou ao menos sem a percepção da existência de um vencido e um vencedor;
- c) pelo desenvolvimento de condições que permitam a reformulação das questões diante de eventuais impasses;
- d) pela disposição das partes ou do condutor do processo para abordar, além das questões juridicamente tuteladas, todas e quaisquer questões que estejam influenciando a relação (social) das partes.²⁶

Com efeito, os meios alternativos de resolução de conflitos advêm dos métodos construtivos de resolução de disputas, em suma caracterizados pela informalidade, gratuidade, celeridade, restauração das relações e, conseqüentemente, pela maior efetividade das soluções. São representados pela autocomposição, conciliação, mediação e arbitragem, conforme será explanado a seguir.

2.1.1. A autocomposição

Trata-se de um método alternativo de resolução de conflitos por meio do qual as partes compõem amigavelmente com o auxílio de um terceiro imparcial, e não pela imposição da vontade de uma delas. O principal objetivo da autocomposição é a resolução do conflito de modo a preservar a relação existente entre os sujeitos.

Na definição de Cintra, Dinamarco e Grinover (2014), a autocomposição possui três formas clássicas: a transação, a submissão e a desistência, podendo ser ou não aplicadas na esfera judicial. A diferença está na vontade das partes, alheia a legislação que se enquadra ao caso concreto, mas com a mesma validade que esta teria podendo o acordo celebrado ser homologado por um juiz de direito.²⁷ Na autocomposição o terceiro imparcial tem o papel de apenas facilitador do diálogo entre os sujeitos, e essas características estão presentes principalmente na conciliação e na mediação, cujas peculiaridades serão descritas em tópico próprio. “Pode-se dizer que a autocomposição é o gênero cujas espécies são, dentre outras, a mediação e a conciliação.”²⁸

²⁶ *Ibidem.*

²⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.48.

²⁸ BRUNO, Susana. *Conciliação: prática interdisciplinar e ferramentas para a satisfação do Jurisdicionado*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 58.

A autocomposição é um instrumento precipuamente voltado à pacificação social, mais que a própria sentença, pois lida com todo o conflito existente entre as partes em sua vida real e não apenas com a parcela de conflito levada a juízo.²⁹

2.1.2. A conciliação

A conciliação, segundo os ditames do Novo Código de Processo Civil (art. 165, § 2º, CPC/2015) é o meio consensual de resolução de conflitos para as hipóteses em que não houver relação preexistente a disputa.³⁰ Será coordenada por um conciliador, o qual atua de modo mais ativo, podendo exprimir opiniões para melhor solução do conflito, sem, no entanto, submeter as partes a qualquer tipo de constrangimento ou intimidação.³¹

É a colaboração de um terceiro imparcial na tentativa da obtenção da autocomposição do litígio. Esse terceiro possui papel ativo da autocomposição, podendo sugerir soluções para o conflito. O papel do conciliador é mais presente do que o do mediador, na medida em que é sua função sugerir alternativas para a resolução do litígio. Por outro lado, sua finalidade não é examinar todo o contexto do problema, devendo cingir-se à solução do conflito que lhe é submetido.³²

Na conciliação busca-se o acordo entre as partes com o fito de evitar que ingressem judicialmente, ou caso já estejam no pátio da jurisdição, são incentivadas e podem compor-se a qualquer momento no curso do processo. Nesse contexto, sua prática é estimulada pela legislação vigente, e encontra amparo no Novo Código de Processo Civil, na Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95) e na Consolidação das Leis Trabalhistas.

A principal distinção entre os institutos da conciliação e da mediação repousam na forma como o processo de autocompisição ocorre: enquanto o conciliador pode interferir ativamente na conciliação para que estas cheguem a um consenso, o mediador apenas facilita o diálogo, buscando a efetiva comunicação entre os sujeitos de modo que o acordo torna-se consequência da construção do diálogo. Há de se ressaltar ainda que “na conciliação resolve-se o conflito que se expõe, não cabendo ao conciliador apreciá-lo com profundidade, verificando o que há além dele”³³, já na mediação busca-se a compreensão do conflito através da análise da relação dos sujeitos nele inserido e dos fatos que o ocasionou.

²⁹ *Ibidem*, p. 49.

³⁰ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A mediação no novo código de processo civil*. / Coordenação Diogo Assumpção Rezende de Almeida; Fernanda Medina Pantoja, Samantha Pelajo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 73-74.

³¹ RIBEIRO, Rodrigo dos Santos. *Meios dialógicos de solução de conflitos: a justiça restaurativa e mediação comunitária como instrumentos de justiça social*. 2015, p. 23.

³² MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo Código de Processo Civil comentado*. / Luiz Guilherme Marinoni; Sérgio Cruz Arenhart; Daniel Mitidiero. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 292.

³³ SALES, Lília Maia Morais. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 38

Em suma, a conciliação é um meio alternativo de solução de conflitos que tem por objetivo a composição das partes de forma amigável mesmo que elas não tenham uma relação anterior ao conflito. O conciliador não apenas intermedia como também busca efetivamente a celebração de um acordo; “a decisão é uma conciliação imposta às partes e a conciliação é uma decisão aceita por elas.”³⁴

2.1.3. A arbitragem

A arbitragem, por sua vez, constitui na eleição pelas partes de um terceiro imparcial para resolver o conflito existente entre elas. Na arbitragem, a solução decorre da decisão do árbitro e não da vontade das partes, aqui o consenso se manifesta por meio do comum acordo das partes em nomear um terceiro para solucionar os conflitos presentes ou futuros. “Cabe portanto às partes escolher um árbitro de sua confiança para dirimir conflitos sobre direitos disponíveis.”³⁵

A única diferença entre a jurisdição arbitral e a jurisdição estatal consistiria na circunstância de que o juízo arbitral é atribuído a um privado, investido de jurisdição pela vontade das partes, enquanto a jurisdição estatal é desempenhada pelo Estado, por intermédio de seus juízes e tribunais – mas muito acima disso paira o escopo de pacificar sujeitos mediante a solução de seus conflitos, que é inerente a todo exercício da jurisdição, quer estatal, quer arbitral.³⁶

A arbitragem tem previsão legal na Lei nº 9.307 de 1996 – Lei de Arbitragem, a qual dispõe que os sujeitos capazes de contratar têm a faculdade de escolher um árbitro para solucionar os conflitos referentes a direitos patrimoniais disponíveis.³⁷ Nesse contexto o árbitro tem o poder de decisão a qual não depende de homologação judicial para ter validade. Trata-se de um processo mais formal do que os outros métodos alternativos de solução de conflitos, cujas regras são ditadas pela lei, e caso descumpridas anulam todo o procedimento. E apesar de ter características semelhantes a jurisdição tradicional tais como o conhecimento especializado do árbitro, a arbitragem é mais célere e proporciona certa aproximação do árbitro com as partes envolvidas.

³⁴ BRUNO, Susana. *Conciliação: prática interdisciplinar e ferramentas para a satisfação do Jurisdicionado*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 63 *apud* BRAGA NETO, Adolfo. Aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos. *Revista de arbitragem e mediação*. São Paulo, v. 4, p. 85-101, out./dez. 2007.

³⁵ SALES, Lília Maia Morais. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 42

³⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.49-50.

³⁷ Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996 – Lei de Arbitragem; Capítulo I – Disposições Gerais; Art. 1º - As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

2.1.4. A mediação

A mediação por sua vez, de uma perspectiva tradicional, é também um meio alternativo de resolução de conflitos, cujo objetivo é facilitar o diálogo entre os sujeitos para que desenvolvam, em conjunto, uma solução pacífica para o conflito. Ao contrário da conciliação, o mediador tem o papel tão somente de auxiliar na efetiva comunicação entre as partes, sem interferir no processo de construção da solução. Aqui busca-se criar um ambiente saudável de comunicabilidade, em que compreender a complexidade da relação dos indivíduos mostra-se fundamental para fazê-los identificar o motivo os levou a divergência e assim, conseqüentemente, estarem abertos a ouvir e entender a posição do outro de modo chegar a uma alternativa favorável para ambos.

A mediação, tradicionalmente, é compreendida como um método autocompositivo de resolução e conflito, na medida em que a sua solução é construída pelas próprias partes por meio da facilitação do diálogo fomentada por terceiro imparcial que se preocupa em identificar os reais interesses das pessoas envolvidas, os quais, por sua vez, mostram-se encobertos pelo pedido formulado no processo ou pela demanda, ainda que extrajudicial, ventilada em desfavor de outrem.³⁸

Mediante técnicas que têm como objetivo a pacificação dos indivíduos, o mediador facilitará a abertura dos caminhos dialógicos para que os próprios protagonistas envolvidos no conflito envidem esforços para a preservação para encontrar solução para o impasse, consensualmente, contribuindo assim para a preservação de relacionamentos que precisam ser mantidos, compondo a matriz de uma justiça coexistencial.³⁹

A mediação, conforme ensinado por Luiz Alberto Warat, vem para superar a cultura do judiciário litigioso onde a solução do conflito fica a cargo de um juiz que, alheio a vontade das partes, profere sua decisão com base na legislação e em teorias jurídicas que por vezes não refletem a realidade das partes.⁴⁰ Através desse instituto, as partes têm a oportunidade de compor amigavelmente e encontrarem uma resposta para a desavença que ninguém melhor que elas encontraria. É preciso ter em mente que os sujeitos de um conflito são os melhores para solucioná-lo, pois apenas eles conhecem a fundo a divergência existente, o motivo que a ocasionou e a relação que têm um com o outro.

É nesse contexto que verifica-se a primeira maior distinção entre os institutos da mediação e da conciliação: a forma de construção da resolução do conflito. Embora ambas

³⁸ CORDEIRO, Carlos José; DINIZ, Priscila Aparecida Lamana. *Temas contemporâneos de direito das famílias*. / Coordenadores Carlos José Cordeiro; Josiane Araújo Gomes. São Paulo: Editora Pilares, 2013, p. 485.

³⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. *A mediação no novo código de processo civil*. / Coordenação Diogo Assumpção de Almeida, Fernanda Medina Pantoja, Samantha Pelajo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 2.

⁴⁰ WARAT, Luis Alberto. *Em nome do acordo: A mediação no direito*. Florianópolis: ALMED, 1998. p.11-12.

tenham caráter de alternatividade em relação ao judiciário, buscando uma solução pacífica do conflito por meio do diálogo, na conciliação o terceiro imparcial que conduz a sessão tem liberdade para sugerir soluções aos interessados. Já na mediação o que se tem é exatamente o oposto, o mediador não pode a qualquer momento ou por quaisquer motivos interferir na elaboração da solução, sua função restringe-se na facilitação do diálogo entre as partes, e por esta razão a mediação proporciona maior autonomia aos indivíduos, isto porque elaboram “sozinhos” a solução para a controvérsia.

Essa função facilitadora do diálogo que o mediador possui, em uma visão contemporânea, traz para a mediação um conceito que vai além de um mero método alternativo de resolução de conflitos. A mediação constitui acima de tudo um meio simplificador e estimulador do diálogo entre as partes. Diante disso, seu principal objetivo é desenvolver a capacidade de comunicação dos sujeitos, para que possam relacionar-se na medida em que a realidade exija, independente da controvérsia ser ou não solucionada.⁴¹

Nesses termos, pode-se asseverar que o objetivo primordial da mediação é facilitar o diálogo entre as partes e a compreensão de seus interesses, mesmo que, a despeito disso, não se realize acordo, notadamente porque a sua maior relevância encontra-se no fato de viabilizar a continuidade dos vínculos e relacionamento das partes, de forma prospectiva, e também, segundo alerta Jean-François Six, proporcionar que cada pessoa possa contar, antes de tudo, consigo mesma e construa com outros indivíduos, que estão no “mesmo barco” que ela, novas solidariedades [...].⁴²

Portanto, temos que a mediação possui duas importantes vertentes que se complementam, é um procedimento facilitador da comunicação entre as partes por meio do qual pode-se obter a solução pacífica dos conflitos. Por isto é considerada um meio alternativo de resolução de litígios, ao passo que traz autonomia aos sujeitos e os empodera para alcançar a resposta para a divergência compreendendo seus interesses e objetivos distintos e em comum, de modo a efetivar os direitos de ambos.

⁴¹ CORDEIRO, Carlos José; DINIZ, Priscila Aparecida Lamana. *Temas contemporâneos de direito das famílias*. / Coordenadores Carlos José Cordeiro; Josiane Araújo Gomes. São Paulo: Editora Pílares, 2013, P. 486-487.

⁴² *Ibidem*, p. 486.

3. A PRÁTICA DA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NO BRASIL

Os doutrinadores Carlos Alberto Álvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero, ensinam que a sociedade atual alcançou um estágio cultural de desenvolvimento em que se tornou fundamental fornecer aos sujeitos de direito o acesso a um processo justo “e que seja efetivo e eficaz”.⁴³ Nesse contexto, ante a falha na prestação jurisdicional como explorado anteriormente, a justiça brasileira abre as portas para os novos métodos de resolução de litígios, dentre eles a mediação. Há de se ressaltar, porém, que não se pretende aqui tecer argumentos contra o judiciário e o processo formal-positivista, mas sim explanar sobre um meio que muito pode colaborar com tais instituições para trazer maior eficácia e efetividade ao acesso à justiça.

É nesse cenário de busca por alternativas eficazes de resolução de conflitos que a mediação tem se mostrado como grande aliada do acesso à justiça, com alto poder de transformação social e concretização do Estado Democrático de Direito. Enquanto para o Poder Judiciário diminui o número de demandas tornando possível que as decisões dos casos levados a jurisdição sejam mais rápidas e mais precisas, para a sociedade apresenta soluções mais democráticas ao mesmo tempo em que estimula a cultura do diálogo.⁴⁴

3.1. Breve histórico da mediação de conflitos

Há de se considerar que a mediação enquanto método alternativo de resolução de conflitos ou como construção do diálogo entre as partes é intrínseca ao conflito propriamente dito, o qual, por sua vez, dificilmente terá identificado seu marco inicial na sociedade. Nesse aspecto, não há como dizer ao certo quando começou a prática de tal instituto, até mesmo por ser em sua maioria desempenhada informalmente tendo em vista a consciência que as divergências devem ser solucionadas. Percebe-se, no entanto, a incidência de correntes teóricas acerca da mediação nos Estados Unidos da América após a Segunda Guerra Mundial, no intuito de tentar desafogar o judiciário das demandas que dela emergiram.⁴⁵ “Desse

⁴³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alavaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: volume I: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 60.

⁴⁴ SALES, Lília Maia Morais. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 75.

⁴⁵ CORDEIRO, Carlos José; DINIZ, Priscila Aparecida Lamana. *Temas contemporâneos de direito das famílias*. / Coordenadores Carlos José Cordeiro; Josiane Araújo Gomes. São Paulo: Editora Pílares, 2013, p. 488.

modelo originou a sigla hoje internacionalmente conhecida para identificar os meios alternativos de solução de conflitos, a ADR (Alternative Dispute Resolution)".⁴⁶

A partir da década de 70 passou-se a atentar para efetivo acesso à justiça, o que deu pulso a disseminação da mediação como meio de solução de controvérsias, pois, as características construtivas de diálogo colaboram para melhor resolução do conflito. Cresceram então os estudos sobre o instituto e sua aplicação se estendeu para as mais diversas relações de interesses, dentre elas as relações trabalhistas, privadas, consumeristas, pedagógicas e familiares.

Desse modo, constata-se que foi a partir da década de 1970 que se percebeu a necessidade de dar mais atenção para os aspectos qualitativos da prestação jurisdicional, compreendendo que a mediação viria a ser uma ferramenta ímpar para a construção da efetiva resolução dos conflitos bem como para a pacificação social. De uma forma sucinta, a mediação, bem como seu surgimento, está intrinsecamente relacionada ao acesso à justiça.⁴⁷

Sob esta óptica vimos à criação de instituições e institutos que tiveram como principal objetivo viabilizar as formas pacíficas de resolução de conflitos, dentre os quais podemos citar os Juizados Especiais, civis e criminais, com a Lei nº 9.099 do ano de 1995, que incluiu a conciliação como procedimento padrão na dissolução de conflitos no âmbito dos juizados.⁴⁸ Percebe-se, desde então, que o que os procedimentos de autocomposição vêm ganhando espaço no ordenamento jurídico, nas palavras de André Gomma de Azevedo:

Em suma, constata-se que o sistema autocompositivo estatal, como componente importante do ordenamento jurídico processual, está se desenvolvendo independentemente de uma equivocada orientação de que o sistema jurídico processual somente evolui por intermédio de reformas procedimentais impostas em alterações legislativas.⁴⁹

Nessa mesma linha, o CNJ editou em 29 de novembro de 2010 a Resolução Nº 125, que:

(...) dispondo, de forma audaciosa e abrangente, sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, tendo como premissa a necessidade de assegurar, além do acesso formal aos órgãos judiciários, o acesso à ordem jurídica justa, e, para tanto, estabeleceu como incumbência do Poder Judiciário a efetivação de política pública de tratamento

⁴⁶ MAYRINK, Viviane Tompe Souza; VIANNA, Luciana Leão Pereira. *Mediação de Conflitos: instrumento de emancipação social dos sujeitos*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=60243f9blac2dbal>>. Acesso em: 09/10/2017.

⁴⁷ CORDEIRO, Carlos José; DINIZ, Priscila Aparecida Lamana. *Temas contemporâneos de direito das famílias*. / Coordenadores Carlos José Cordeiro; Josiane Araújo Gomes. São Paulo: Editora Pilares, 2013, p. 488-489.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 489.

⁴⁹ BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). *Manual de Mediação Judicial*, 6ª Edição (Brasília/DF:CNJ), 2016.

adequado dos problemas jurídicos e conflito de interesses, inclusive por meio dos mecanismos consensuais como a mediação e a conciliação.

Conforme norteia a Resolução N° 125 do CNJ, deve-se criar, sob coordenação do Conselho Nacional de Justiça, e com o auxílio do Poder Judiciário e de instituições públicas e privadas, programas que incentivem as resoluções autocompositivas de conflitos bem como a pacificação social e o acesso a justiça através da conciliação e da mediação. Estabelece, ainda, a Resolução N° 125 do CNJ, que cada Tribunal deverá implantar Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, bem assim os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, estes por sua vez com a incumbência de realizar e gerir as sessões e audiências de conciliação e mediação e, atender e orientar o cidadão (art. 8° da Resolução N° 125, CNJ).⁵⁰

Em suma, a mediação vem se difundindo gradativamente, e já é utilizada em vários países, cada um adequando o instituto a sua realidade e demandas, e em sua grande maioria com muito sucesso. No Brasil percebe-se, como já explicitado, a busca pelo conhecimento, aprimoramento e aplicação da mediação, não apenas como alternativa ao judiciário, mas também como fonte efetiva de resolução de litígios e acesso a justiça. Certo é que a mediação tem ganhado espaço em nosso ordenamento e sua compreensão mostra-se cada vez mais necessária para os estudiosos do Direito.

3.2. Princípios basilares da mediação de conflitos

Com o crescimento dos estudos acerca da mediação, sentiu-se necessário estabelecer princípios norteadores e critérios que permitam sua aplicação de forma a garantir sua efetividade. Com isso, a Resolução N° 125 do CNJ estabeleceu, por meio do Anexo III, o Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, onde dispõe logo em seu primeiro artigo sobre os princípios e regras que devem ser seguidos em uma sessão de mediação.

O Conselho Nacional de Justiça, a fim de assegurar o desenvolvimento da Política Pública de tratamento adequado dos conflitos e a qualidade dos serviços de conciliação e mediação enquanto instrumentos efetivos de pacificação social e de prevenção de litígios, institui o Código de Ética, norteado por princípios que formam a consciência dos terceiros facilitadores, como profissionais, e representam imperativos de sua conduta.⁵¹

⁵⁰ 1. CORDEIRO, Carlos José; DINIZ, Priscila Aparecida Lamana. *Temas contemporâneos de direito das famílias*. / Coordenadores Carlos José Cordeiro; Josiane Araújo Gomes. São Paulo: Editora Pilares, 2013, p. 488-489; 2. Resolução N° 125 de 29 de novembro de 2010 do Conselho Nacional de Justiça.

⁵¹ Resolução N° 125 de 29 de novembro de 2010 do Conselho Nacional de Justiça. Anexo III – Código de ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais - Introdução. Redação dada pela Emenda n° 1 de 31 de janeiro de 2013.

Nessa mesma linha, o Novo Código de Processo Civil, alinhado a crescente do instituo, também incorporou os princípios da mediação e da conciliação em seu texto, disposições estas encontradas no artigo 166 do novo código. Por fim, em 26 de junho de 2015, foi sancionada a Lei 13.140/2015, a Lei de Mediação, onde também estão previstos os princípios que orientam a mediação, conforme o artigo 2º e incisos da mencionada norma.

Desse modo, são os princípios basilares da mediação de conflitos a confidencialidade, a imparcialidade, o empoderamento, a decisão informada, a competência, o respeito à ordem pública e às leis vigentes, a validação, a independência e autonomia, oralidade, informalidade, busca do consenso e boa-fé.

Art. 1º - São princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação.⁵²

Art. 166 - 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.⁵³

Art. 2º - A mediação será orientada pelos seguintes princípios:
I - imparcialidade do mediador; II - isonomia entre as partes; III - oralidade;
IV - informalidade; V - autonomia da vontade das partes; VI - busca do consenso;
VII - confidencialidade; III - boa-fé.⁵⁴

O princípio da confidencialidade consiste no dever do mediador em manter discrição toda e quaisquer informações que tenha tomado conhecimento através da sessão de mediação, e ainda, fica proibido de atuar como advogado ou testemunha de umas das partes. Tal princípio apenas pode ser “quebrado” no caso de autorização expressa das partes ou violação da ordem publica ou das leis vigentes.

O princípio da imparcialidade, por sua vez, diz que o mediador deve conduzir a sessão sem privilegiar a nenhuma das partes, cumprindo sua função despido de quaisquer sentimentos de favoritismo ou preconceito, sempre buscando compreender o conflito e a particularidade dos envolvidos.

O empoderamento baseia-se no encorajamento das partes a se tornarem partes ativas na solução de seus conflitos. Os envolvidos no conflitos são levados a tomarem consciência

⁵² Resolução N° 125, de 29 de novembro de 2010 do Conselho Nacional de Justiça; Anexo III – Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais; Introdução; Redação dada pela Emenda n° 1, de 31 de janeiro de 2013; Art. 1º.

⁵³ Lei n° 13.105 de 16 de março de 2015, Novo Código de Processo Civil de 2015; Parte geral; Livro III - Dos Sujeitos Do Processo; Título III - Do Juiz e dos Auxiliares da Justiça; Capítulo III - Dos Auxiliares da Justiça; Seção VI - Dos conciliadores e mediadores judiciais; Art. 166.

⁵⁴ Lei 13.140 de 26 de junho de 2015, Lei de Mediação; Capítulo I – Da mediação; Seção I – Disposições Gerais; Art. 2º.

que são as melhores pessoas para solucionar suas desavenças tendo em vista que são elas que entendem verdadeiramente a situação que a gerou, bem assim as consequências que dela podem decorrer.

O princípio da decisão informada diz que deve-se esclarecer aos jurisdicionados acerca de seus direitos e a realidade em que estão inseridos.

A competência é a qualificação que os mediadores devem possuir para exercer a função, em especial a capacitação especificada na Resolução N° 125 do CNJ e, a constante reciclagem para formação continuada.

O princípio do respeito à ordem pública e às leis vigentes cuida para que os prováveis acordos realizados estejam em perfeito alinhamento com a ordem pública e a legislação vigente.

A validação nada mais é que o incentivo que se deve dar as partes sobre a importância de cada um possui enquanto ser humano, ao respeito e valor que merecem.

O princípio da independência e autonomia consiste na liberdade que o mediador que conduz a sessão possui, para identificar as condições fundamentais para o desenvolvimento da mediação ou interrompê-la quando verificar ausente quaisquer dos preceitos necessários, diz ainda que o mediador não é obrigado a formalizar qualquer acordo que seja ilegal ou inexecutável.

A oralidade norteia que a mediação deve ser feita preferencialmente de forma oral, de modo que as demais formas tais como a escrita, devem restringir-se ao estritamente necessário. Esse princípio busca garantir a celeridade, a informalidade e a confidencialidade, estando, portanto, intimamente relacionado aos demais princípios da mediação. Há de se ressaltar, no entanto, que a oralidade não impede o emprego de outras formas de comunicação na sessão de mediação, tão somente busca a predominância da oralidade sobre os demais meios, tendo em vista que um dos principais objetivos da mediação é justamente o restabelecimento do diálogo entre as partes.

O princípio da informalidade baseia-se na genuinidade do procedimento, despido, desse modo, das formalidades que por vezes afastam as partes do processo. Além que conferir ao mediador liberdade para conduzir a sessão da forma que sentir necessário, por óbvio observando e prezando pelos princípios da mediação, mas adequando o procedimento a realidade de cada caso.

A busca do consenso é o fim da mediação em si mesmo, ou seja, a solução do conflito através do diálogo das partes e a solução por elas desenvolvida. Não há na mediação a

imposição de qualquer decisão, ao contrário, a resolução para o conflito é construído pelas partes.

A boa-fé é um princípio basilar do direito brasileiro, inerente a todos os atos da vida civil, aqui caracterizado pelo comprometimento dos indivíduos em honrar os preceitos estabelecidos pelo procedimento, sem faltar com a verdade ou utilizar-se do método para obtenção de vantagem ou protelação.

Com a apresentação dos princípios acima elencados percebe-se uma certa preocupação com a efetividade do procedimento, bem como sua regulamentação no ordenamento jurídico pátrio. E, conforme veremos a seguir, a evolução da mediação no que tange ao procedimento em si e a legislação foi notável nos últimos anos, e tem ganhado cada vez mais espaço no âmbito judicial e extrajudicial.

3.3. A recepção da mediação de conflitos no ordenamento jurídico brasileiro

Diante de um conflito que não pôde ser solucionado pelos indivíduos nele inseridos, há a possibilidade de se recorrer ao Estado para intervir e trazer um resultado às partes seja ele satisfatório para ambas, ou não. Esse meio pelo qual se utiliza o Estado, no exercício de sua função organizadora da sociedade, é chamado de prestação jurisdicional, desempenhado pelo Poder Judiciário. A busca por tal prestação jurisdicional é disciplinada e organizada pelo ramo do direito conhecido como direito processual, *in casu*, direito processual civil. Nesse contexto, o direito processual civil é o instrumento composto por normas e princípios, do qual se utiliza o Estado para a solução dos conflitos da sociedade.⁵⁵

Aliado ao direito material, o direito processual compõe a prestação jurisdicional, e é por meio desta que o Estado, na figura dos juízes, atua na busca pela justiça e pacificação da sociedade. Pois, uma vez ilícita a autotutela ou autodefesa, conforme dispõem os artigos 345 e 350, ambos do Código Penal Brasileiro, aos indivíduos envolvidos em um conflito, resta então, substabelecer aos operadores do direito a função de solucionar o embate, “fazer justiça”, provocando a prestação jurisdicional.⁵⁶ Desse modo, percebe-se que o Estado moderno tem como uma de suas principais funções a pacificação da sociedade, solucionando os conflitos dos indivíduos e até mesmo do próprio Estado, arbitrando sobre as demandas a ele apresentadas e ditando os julgamentos. Tal função pacificadora tem uma finalidade social,

⁵⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.46.

⁵⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.41.

visto que busca-se através do exercício da jurisdição a satisfação pessoal de cada indivíduo.⁵⁷

Nas palavras de Cintra, Dinamarco e Grinover:

E hoje, prevalecendo as ideias do *Estado social*, em que ao Estado se reconhece a função fundamental de promover a plena realização dos valores humanos, isso deve servir, de um lado, para pôr em destaque a função jurisdicional pacificadora como fator de eliminação dos conflitos que afligem as pessoas e lhes trazem angústias; e de outro, para advertir os encarregados do sistema quanto à necessidade de fazer do processo um meio efetivo para a *realização da justiça*.⁵⁸

O Estado então evoluiu a um patamar próximo da plenitude no que diz respeito a sua função de pacificação social, de outro modo, a jurisdição estatal fortaleceu-se de tal modo que passou a desempenhar, praticamente com exclusividade, o encargo de solucionar os conflitos que atingem a sociedade.⁵⁹

E a autocomposição por sua vez, até há pouco tempo, em vista da jurisdição estatal, não vinha sendo lembrada pelo Estado como um também meio de resolução de conflitos. No entanto, esta perspectiva modifica-se cada vez mais em tempos atuais.

Vai ganhando corpo a consciência de que, se o que importa é *pacificar*, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes. Por outro lado, cresce também a percepção de que o Estado tem falhado muito em sua missão pacificadora, que ele tenta realizar mediante o exercício da jurisdição estatal e através das formas do processo civil, penal ou trabalhista.⁶⁰

Como já dito nos tópicos antecedentes, uma das modalidades de autocomposição é a mediação, que vem ganhando espaço na justiça brasileira desde a década de 1990, inspirando-se especialmente na legislação argentina editada em 1995.

A primeira iniciativa legislativa brasileira foi através da Deputada Zulaiê Cobra que em 1998 conduziu à Câmara o PL 4.827/1998, que possuía um texto conciso, com a definição do instituto e disposições sobre o tema. Em 2002, a Comissão de Constituição e Justiça aprovou o projeto levado à Câmara dos Deputados e este foi remetido ao Senado Federal, com a numeração PLC 94/2002. Mas em 2004, com a EC 45, foram apresentadas várias propostas legislativas para alteração do Código de Processo Civil, fazendo com que o PLC 94 precisasse de um novo relatório. Porém, o projeto inicial restou afetado com a aprovação do Substitutivo – Emenda 1-CCJ – que precisou retornar à Câmara dos Deputados, e posteriormente foi

⁵⁷ *Ibidem*, p. 42.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 43.

⁵⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.43.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 44.

encaminhado à CCJC, e desde aquele tempo se perdeu o projeto apresentado pela Deputada Zulaiê Cobra.⁶¹

A última versão do Projeto de Lei 94 tinha em seu texto a normatização da mediação paraprocessual, que conforme previa seu artigo 1º poderia ser prévia, incidental, judicial ou extrajudicial. Segundo o artigo 29 do projeto de lei a mediação prévia poderia ser extrajudicial ou judicial, sendo que a judicial haveria de ser realizada em no máximo noventa dias teria a capacidade de interromper a prescrição. O artigo 34 do projeto dispunha sobre a mediação incidental, que no processo de conhecimento seria obrigatória, comportando algumas exceções a que se referia o projeto, e caso não fosse concluída em noventa dias o processo de conhecimento teria normal prosseguimento.⁶²

Como já abordado anteriormente, em 2010 foi publicada Resolução Nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, que apresenta como fundamentos: o direito de acesso à justiça, nos termos do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, vale dizer, não basta o acesso a jurisdição estatal, mas também à ordem jurídica justa; o dever o Judiciário de criar políticas públicas para uma abordagem mais adequada dos conflitos utilizando-se para tanto dos institutos da mediação e da conciliação; a fomentação e aperfeiçoamento dos métodos autocompositivos de resolução de conflitos; a efetividade das experiências extrajudiciais da utilização da mediação e da conciliação como meios de pacificação social; o incentivo e aprimoramento das atividades alternativas já praticadas nos tribunais; a primordialidade de se uniformizar as atividades de mediação e conciliação visando garantir uma melhor experiência na prática dos institutos.⁶³

O art. 1.º da Resolução institui a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, com o objetivo de assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados, deixando claro que incumbe ao Poder Judiciário, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.⁶⁴

⁶¹ PINHA, Humberto Dalla Bernardina de. *O Histórico da Lei de Mediação Brasileira: Do Projeto de Lei 94 à Lei 13.140/2015*. Revista de Arbitragem e Mediação. Vol. 46/2015. p. 123 – 139. Jul - Set / 2015. p. 3.

⁶² *Ibidem*, p. 3.

⁶³ *Ibidem*, p. 4.

⁶⁴ Sobre o uso da mediação como política pública: SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. *Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2010. Disponível em: <<http://www.unisc.br/portal/pt/editora/e-books/95/mediacao-enquanto-politica-publica-a-teoria-a-pratica-e-o-projeto-de-lei-.html>>. Acesso em 13.09.2011. *apud* PINHA, Humberto Dalla Bernardina de. *O Histórico da Lei de Mediação Brasileira: Do Projeto de Lei 94 à Lei 13.140/2015*. Revista de Arbitragem e Mediação. Vol. 46/2015. p. 123 – 139. Jul - Set / 2015. p. 4.

Feito o breve resumo acerca do caminho da mediação no direito brasileiro, dissertar-se-á, a seguir, sobre as principais legislações recentes que tratam do instituto e consolidam sua regulamentação enquanto meio adequado e efetivo de resolução de conflitos no Brasil.

3.3.1. *A mediação de conflitos no Novo CPC*

Invitada uma comissão de juristas, presidida pelo Ministro Luiz Fux, em 2009, com o fito de criar o novo Código de Processo Civil, foi exibido, em tempo recorde, o anteprojeto transformado em Projeto de Lei nº 166/2010. Este, por seu turno, foi submetido a debates e avaliações, feitos por uma comissão de senadores no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal que foi formada especialmente para análise do projeto. Em 2010, o texto foi aprovado no Senado com duas alterações pequenas do substitutivo apresentado pelo Senador Valter e então, foi enviado à Câmara dos Deputados, sendo identificado como Projeto de Lei 8.046/2010. Em 2011, começaram os primeiros debates e reflexões acerca do conteúdo do Novo CPC, estendendo a discussão a sociedade civil e ao meio jurídico com o desenvolvimento em conjunto do trabalho pela comissão, pela Câmara dos Deputados e pelo Ministério da Justiça, sendo constituída, ainda, uma comissão especial para análise do texto que tinha como presidente o Deputado Fabio Trad. Um substitutivo e uma emenda aglutinativa global foram apresentados em 2013, sob a presidência do Deputado Paulo Teixeira. Diversos destaques foram apresentados entre os anos de 2013 e 2014, sendo que em março de 2014 foi aprovado pelo Pleno da Câmara dos Deputados a versão final do texto, o qual foi enviado ao Senado para análise. No Senado o texto foi votado em dois momentos, foi votado primeiro o texto-base, e em um segundo momento os destaques apontados como pontos controvertidos. Em fevereiro de 2015 o texto definitivo foi disponibilizado, sendo este publicado oficialmente em 16 de março de 2015, com *vacatio legis* de um ano, e portanto, entrando em vigor em 16 de março de 2016.⁶⁵

Constata-se que quando da elaboração do texto do Novo Código de Processo Civil o legislador preocupou-se em fomentar os meios consensuais de resolução de conflitos, apresentando, logo nos primeiros artigos, dispositivos que dizem sobre os métodos autocompositivos, vejamos:

⁶⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. *A mediação no novo código de processo civil*. / Coordenação: Diogo Assumpção de Almeida, Fernanda Medina Pantoja, Samantha Pelajo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 23.

Art. 3º § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.⁶⁶

Nota-se, ainda, a atenção dada à mediação e a conciliação nos artigos 165 e 175 do Novo Código de Processo Civil. No que concerne a mediação, os referidos dispositivos dizem mais sobre a mediação a ser realizada no âmbito do Poder Judiciário, no entanto, o último artigo da seção, o artigo 175, traz que os meios consensuais de solução de conflitos não se restringem a atuação do judiciário, podendo estes serem feitos extrajudicialmente.⁶⁷

Desse modo, temos que a Lei 13.105 de 16 de março de 2015, o Novo Código de Processo Civil Brasileiro, traz, desde seu início, artigos que fomentam a prática da mediação e dos meios consensuais de resolução de conflitos, dedicando uma seção inteira ao tema, que é abordado na Parte Geral, Título IV – Do Juiz e dos Auxiliares da Justiça –, Capítulo III – Dos Auxiliares da Justiça –, Seção V – Dos Conciliadores e Mediadores Judiciais.⁶⁸

Em harmonia com os ditos dispositivos, o Novo Código de Processo Civil, vem ainda preceituando no artigo 139, inciso V, o dever do juiz de incentivar, independente da fase processual, a autocomposição, fazendo-o com a ajuda dos conciliadores e mediadores judiciais. E em sintonia com a Resolução 125/2010 do CNJ, e para propiciar a atuação dos mediadores e conciliadores, o artigo 165 do Novo Código estabelece a criação pelos Tribunais de centros judiciários de resolução de conflitos pelos métodos autocompositivos,⁶⁹ *in verbis*:

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.⁷⁰

O Novo CPC deixa claro ainda a importância das sessões de mediação e conciliação serem feitas por um profissional capacitado no assunto, e que a função não seja acumulada por outros profissionais do direito, tais como juízes, promotores ou defensores públicos.

⁶⁶ Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015, Novo Código de Processo Civil; Parte Geral; Livro I – Das Normas Processuais Cíveis; Título Único – Das Normas Fundamentais e da Aplicação das Normas Processuais; Capítulo I – Das Normas Fundamentais do Processo Civil; Art. 3º, §3º.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ TARTUCE, Fernanda. *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). Disponível em: <www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora>. Acesso em 29/04/2018.

⁶⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. *A mediação no novo código de processo civil*. / Coordenação: Diogo Assumpção de Almeida, Fernanda Medina Pantoja, Samantha Pelajo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 24.

⁷⁰ Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015, Novo Código de Processo Civil de 2015; Parte geral; Livro III – Dos Sujeitos do Processo; Título III – Do Juiz e dos Auxiliares da Justiça; Capítulo III - Dos Auxiliares da Justiça; Seção VI - Dos conciliadores e mediadores judiciais; Art. 165.

Nesse aspecto, cumpre agora padronizar e estabelecer as diretrizes dos cursos de formação de mediadores e conciliadores, que serão ministrados por escolas devidamente autorizadas pelo Ministério da Justiça e pelo CNJ.⁷¹

Seguindo a linha da realização das sessões de conciliação e mediação, o Novo Código de Processo Civil traz em seu texto um capítulo em que trata da audiência de conciliação e mediação, agora realizada, via de regra, em ato contínuo ao recebimento da inicial, previamente a apresentação da contestação.⁷² Nota-se, aqui certa semelhança com o que ocorre nos Juizados Especiais Cíveis, regidos pela Lei. 9.099/1995, em que prevê a realização de audiência antes do oferecimento da peça de defesa do réu, configurando um estímulo a autocomposição na tentativa de evitar que a relação processual se forme e o processo tenha seguimento, nas palavras de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, “estabelece-se um filtro de litigiosidade”.⁷³

Ao estabelecer que os meios consensuais de resolução de conflitos devem ser incentivados por todos os operadores do direito, o texto do novo código faz alusão a diferença entre as funções do conciliador e do mediador, que distinguem-se pela postura do profissional em relação ao conflito e pelo próprio tipo de conflito em si, dispõe o NCPC:

Art. 165 § 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.⁷⁴

Infere-se dos parágrafos acima colacionados que, enquanto o conciliador pode “interferir” na relação das partes, propondo soluções para o conflito, o mediador apenas facilitará o diálogo entre elas, contribuindo para que entendam o que ocasionou a discórdia e

⁷¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. *A mediação no novo código de processo civil*. / Coordenação: Diogo Assumpção de Almeida, Fernanda Medina Pantoja, Samantha Pelajo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 24.

⁷² Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015, Novo Código de Processo Civil de 2015; Parte Especial; Livro I – Do Processo de Conhecimento e do Cumprimento de Sentença; Título I – Do Procedimento Comum; Capítulo V – Da Audiência de Conciliação ou de Mediação; Art. 334 - Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

⁷³ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *A Audiência de Conciliação ou Mediação no Novo Código de Processo Civil*. Revista de Processo. vol. 253/2016. p. 163 – 184. Mar – 2016. p 2.

⁷⁴ Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015, Novo Código de Processo Civil de 2015; Parte geral; Livro III – Dos Sujeitos do Processo; Título III – Do Juiz e dos Auxiliares da Justiça; Capítulo III - Dos Auxiliares da Justiça; Seção VI - Dos conciliadores e mediadores judiciais; Art. 165, §§ 2º e 3º.

apresentem, sozinhas, uma solução que seja benéfica para ambas. Cabe aqui destacar que antes do relatório e do substitutivo exibidos em 24 de dezembro de 2010 sobre o texto do NCPC, o PLS 166/2010 previa que era necessária inscrição nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil para atuar como mediador, no entanto, prevaleceu o entendimento que o papel do mediador pode ser exercido por profissionais que quaisquer áreas do conhecimento, desde que esteja qualificado para tanto.⁷⁵

O Novo Código de Processo Civil prescreve ainda sobre os princípios norteadores da mediação e da conciliação no artigo 166, estes por sua vez já descritos um a um no presente trabalho no item 3.2 – Princípios basilares da mediação de conflitos.

Assim como outras legislações editadas na última década, o Novo Código de Processo Civil traz o estímulo a autocomposição, modulando uma sistemática favorável para que prática dos consensos seja realizada, restando caracterizado, desse modo, a mudança de paradigma no sistema jurídico brasileiro e a forma como o conflito é tratado, nas palavras de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes:

De forma conclusiva, a nova sistemática codificada cultiva o modelo "conciliação-defesa" em substituição daquele tido por "defesa-conciliação", previsto no rito ordinário do Código que ora se transpõe.⁷⁶

3.3.2. A lei 13.140/2015 – Lei de Mediação

Conhecida como o marco legal da mediação no direito brasileiro, a Lei 13.140/2015 é de suma importância para nosso ordenamento jurídico que, positivista por natureza, há tempos vinha aplicando o referido meio consensual de resolução de conflitos de diversas formas em ter uma regulamentação específica que o identificasse e o legitimasse. Sua relevância não repousa apenas na evolução legislativa, mas demonstra também a mudança de paradigma do direito brasileiro, que passa agora a preocupar-se com os sujeitos envolvidos no litígio e não apenas no litígio em si.⁷⁷

A princípio, sob uma visão geral da Lei 13.140/2015 pode-se observar a existência de três capítulos. O primeiro capítulo trata de definir o instituto, apresentando seus princípios e procedimentos, de uma forma geral dos conflitos entre particulares, enquanto que o segundo

⁷⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. *A mediação no novo código de processo civil.* / Coordenação: Diogo Assumpção de Almeida, Fernanda Medina Pantoja, Samantha Pelajo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 25.

⁷⁶ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *A Audiência de Conciliação ou Mediação no Novo Código de Processo Civil.* Revista de Processo. vol. 253/2016. p. 163 – 184. Mar – 2016. p 2.

⁷⁷ NETO, Adolfo Braga. *Marco Legal da Mediação – Lei 13.140/2015 – Comentários Iniciais à Luz da Prática Brasileira.* Revista de Mediação e Arbitragem. vol. 47/2015. p.259 - 275. Out - Dez/2015. p. 1.

aborda mediação dos conflitos entre os entes públicos. Observa-se que o legislador preocupava-se em indicar a diferença entre as matérias que serão objeto de mediação, bem assim como será seu procedimento.⁷⁸

A Lei 13.140/2015 define a mediação logo em seu 1º artigo, parágrafo único, possuindo a seguinte redação: “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.”⁷⁹

Levando-se em consideração a mediação realizada na esfera judicial e extrajudicial, nota-se que a Lei 13.140/2015 estabelece uma base estrutural buscando fortalecer sua realização de forma efetiva, prescrevendo acerca da figura do mediador e do processo utilizado por ele e pelas partes na aplicação do instituto.⁸⁰

Como ponto comum para ambas formas de mediação (judicial e extrajudicial), além dos princípios norteadores do instituto previstos no artigo 2º e, quais direitos podem se sujeitar a mediação conforme artigo 3º, colocou a figura do mediador, dedicando uma seção inteira a função, subdividindo em seguida as especificidades de cada segmento. Esta estrutura se repete na seção acerca do procedimento, bem assim utilizou-se o legislador da mesma lógica para dispor sobre os conflitos quem envolvam pessoa jurídica de direito público. Há ainda um destaque especial a confidencialidade, que possui uma seção (Seção IV) exclusiva destinada a falar de tal princípio, ressaltando sua importância em dois artigos, os artigos 30 e 31.⁸¹

Neste contexto, como já mencionado anteriormente, a Lei 13.140/2015 prescreve como sendo princípios da mediação: “I - imparcialidade do mediador; II - isonomia entre as partes; III - oralidade; IV - informalidade; V - autonomia da vontade das partes; VI - busca do consenso; VII - confidencialidade; VIII - boa-fé.”⁸²

Importante ressaltar o princípio da autonomia da vontade das partes, quando logo nos parágrafos seguintes o legislador dispõe acerca da obrigatoriedade do comparecimento a reunião de mediação quando se tratar de cláusula contratual expressa, no entanto prevê que ninguém será obrigado a mediar.⁸³

⁷⁸ *Ibidem*, p. 3.

⁷⁹ Lei 13.140 de 26 de junho de 2015. Art. 1º, parágrafo único.

⁸⁰ NETO, Adolfo Braga. *Marco Legal da Mediação – Lei 13.140/2015 – Comentários Iniciais à Luz da Prática Brasileira*. Revista de Mediação e Arbitragem. vol. 47/2015. p.259 - 275. Out - Dez/2015. p. 3.

⁸¹ *Ibidem*, p. 3 - 4.

⁸² Lei 13.140 de 26 de junho de 2015; Capítulo I – Da Mediação; Seção I – Disposições Gerais; Art. 2º.

⁸³ Lei 13.140 de 26 de junho de 2015; Capítulo I – Da Mediação; Seção I – Disposições Gerais; Art. 2º, §§ 2º e 3º.

O artigo 3º da referida lei dispõe sobre a matéria cujos conflitos poderão ser solucionados por meio da mediação, são eles os direitos disponíveis ou os direitos indisponíveis que possam ser transacionados. No que concerne aos direitos indisponíveis o consenso alcançado na mediação deve ser homologado em juízo com a oitiva no Ministério Público, conforme prevê o §2º do artigo.

A segunda seção do capítulo é dedicada aos mediadores. Dividida em três subseções, nota-se a preocupação do legislador em determinar preceitos destinados ao trabalho que será exercido pelo mediador, bem assim a conduta que por ele deve ser desenvolvida, condições estas válidas tanto para a mediação judicial quanto para a mediação extrajudicial. Prescreve o 4º artigo da lei que o mediador poderá ser escolhido pelo tribunal ou pelas partes, devendo, ao conduzir a mediação, facilitar o diálogo entre os sujeitos de modo a se obter um consenso e consequentemente a resolução do conflito.

O parágrafo único do artigo 5º dispõe acerca da responsabilidade do mediador em expor para as partes quaisquer fatos que possa turvar sua imparcialidade, bem como respeitar os mesmos limites de impedimento e suspeição a que estão sujeitos os juízes. Ainda sobre os impedimentos impostos ao mediador, o artigo 6º determina que o profissional não poderá assessorar, representar ou patrocinar qualquer uma das partes por um ano, prazo este que será contabilizado da realização a última audiência, bem como não poderá testemunhar ou arbitrar em processo que trate do mesmo conflito que mediou nos termos do artigo 7º. As disposições comuns acerca dos mediadores se encerram com o artigo 8º onde há a equiparação de sua figura a dos servidores públicos enquanto estiver no exercício de sua função para efeitos penais.

A Lei 13.140/2015 traz ainda a distinção entre os mediadores judiciais e extrajudiciais. O artigo 9º estabelece que a função do mediador extrajudicial poderá ser exercida por qualquer indivíduo capaz, que detenha a confiança das partes e que seja capacitada para tanto, não sendo requisito que o profissional faça parte ou seja inscrito em qualquer conselho, entidade de classe ou associação. As partes, por sua vez, poderão ser assistidas por advogado ou defensor público e, a mediação apenas terá prosseguimento quando ambas estiverem devidamente representadas, caso optem por ser acompanhadas por um profissional do direito.⁸⁴ Já a função do mediador judicial está prevista no artigo 11 e será exercida por profissional capacitado, que tenha concluído graduação em ensino superior reconhecido pelo

⁸⁴ Lei 13.140 de 26 de junho de 2015; Capítulo I – Da Mediação; Seção II – Dos Mediadores; Subseção II – Dos Mediadores Extrajudiciais; Art. 10, parágrafo único.

Ministério da Educação há pelo menos dois anos, bem como tenha capacitação feita em escola ou instituto especializado na formação de mediadores e devidamente reconhecido pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) ou mesmo pelos tribunais, desde que obedecidos os parâmetros determinados pelo Conselho Nacional de Justiça juntamente com o Ministério da Justiça. Em complemento, os artigos 12 e 13 dispõem sobre os cadastros de mediadores judiciais e a remuneração a eles devida.

A terceira seção da Lei 13.140/2015 narra sobre o procedimento da mediação, tanto na esfera judicial como na esfera extrajudicial, traçando pontos em comuns entre ambas as formas de mediação. Logo no início da seção e como um importante aspecto em comum, o artigo 14 faz alusão ao princípio da confidencialidade, que na abertura da primeira reunião e sempre que necessário será colocado em pauta para as partes.

Verificada a complexidade do conflito ou em razão de sua natureza, poderão ser requisitados mais de um mediador para o caso seja pelo mediador, seja pelas partes, mas sempre com a anuência destas, tudo conforme estabelece o artigo 15.

A existência de ação arbitral ou judicial em curso não impede o consenso entre as partes através da mediação, caso em que será requerida a suspensão das referidas ações pelo prazo que entender razoável para solucionar o conflito, assim determina o artigo 16, e seus parágrafos detém as seguintes premissas: “é irrecorrível a decisão que suspende o processo nos termos requeridos de comum acordo pelas partes; e a suspensão do processo não obsta a concessão de medidas de urgência pelo juiz ou pelo árbitro.”⁸⁵

O artigo 17 estabelece o termo inicial para a instituição da mediação, que é a data em que foi marcada a primeira reunião de mediação, determinando, ainda, em seu parágrafo único a suspensão da prescrição enquanto estiver em curso o procedimento de mediação. Os artigos 18 e 19 tratam das reuniões de mediação, que podem ser realizadas, a critério do mediado, com ambas as partes ou com cada uma delas separadamente.

A mediação será encerrada com elaboração de um termo formal de acordo e este poderá constituir título executivo extrajudicial ou judicial, a depender se o acordo será ou não homologado em juízo, conforme determina o artigo 20, *caput* e parágrafo único da Lei de Mediação.

Na sequência, a Lei 13.140/2015 apresenta as Subseções II e III, onde preceitua acerca da mediação extrajudicial e judicial, respectivamente. A Subseção II que trata da Mediação

⁸⁵ Lei 13.140 de 26 de junho de 2015; Capítulo I – Da Mediação; Seção III – Do Procedimento de Mediação; Subseção I – Disposições Comuns; Art. 16, §§ 1º e 2º.

Extrajudicial engloba os artigos 21 a 23, onde prescreve que o convite destinado a chamar uma das partes para o procedimento de mediação extrajudicial poderá ser realizado por qualquer meio de comunicação e deverá constar o teor do que será negociado, data e local da primeira reunião, sendo que se não houver resposta da parte convidada em trinta dias presumir-se-á a rejeição.

Com relação à subseção referente à mediação extrajudicial, são oferecidos elementos inovadores em termos jurídicos, mais ligados à perspectiva de promoção de maior segurança jurídica para efetiva instalação e desenvolvimento da mediação.⁸⁶

Ainda na Subseção II sobre a mediação extrajudicial, o artigo 22 estabelece os requisitos básicos que a previsão contratual de mediação deve ter. Tais requisitos estão elencados nos incisos I a IV e nos §§ 1º a 3º, vejamos:

- I - prazo mínimo e máximo para a realização da primeira reunião de mediação, contado a partir da data de recebimento do convite;
- II - local da primeira reunião de mediação;
- III - critérios de escolha do mediador ou equipe de mediação;
- IV - penalidade em caso de não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação.

§ 1º A previsão contratual pode substituir a especificação dos itens acima enumerados pela indicação de regulamento, publicado por instituição idônea prestadora de serviços de mediação, no qual constem critérios claros para a escolha do mediador e realização da primeira reunião de mediação.

§ 2º Não havendo previsão contratual completa, deverão ser observados os seguintes critérios para a realização da primeira reunião de mediação:

- I - prazo mínimo de dez dias úteis e prazo máximo de três meses, contados a partir do recebimento do convite;
- II - local adequado a uma reunião que possa envolver informações confidenciais;
- III - lista de cinco nomes, informações de contato e referências profissionais de mediadores capacitados; a parte convidada poderá escolher, expressamente, qualquer um dos cinco mediadores e, caso a parte convidada não se manifeste, considerar-se-á aceito o primeiro nome da lista;
- IV - o não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação acarretará a assunção por parte desta de cinquenta por cento das custas e honorários sucumbenciais caso venha a ser vencedora em procedimento arbitral ou judicial posterior, que envolva o escopo da mediação para a qual foi convidada.

§ 3º Nos litígios decorrentes de contratos comerciais ou societários que não contenham cláusula de mediação, o mediador extrajudicial somente cobrará por seus serviços caso as partes decidam assinar o termo inicial de mediação e permanecer, voluntariamente, no procedimento de mediação.⁸⁷

O artigo 23 encerra a subseção da mediação extrajudicial dispondo que caso a previsão contratual de cláusula de mediação os mediados combinem não dar início a processo judicial ou arbitral no decorrer de prazo ou condição determinada, a ação ficará suspensa conforme

⁸⁶ NETO, Adolfo Braga. *Marco Legal da Mediação – Lei 13.140/2015 – Comentários Iniciais à Luz da Prática Brasileira*. Revista de Mediação e Arbitragem. vol. 47/2015. p.259 - 275. Out - Dez/2015. p. 8.

⁸⁷ Lei 13.140 de 26 de junho de 2015; Capítulo I – Da Mediação; Seção III – Do Procedimento de Mediação; Subseção II – Da Mediação Extrajudicial; Art. 22.

acordado, no entanto, tal dispositivo não se aplica as medidas de urgência em que a provocação do judiciário seja necessária para evitar a preclusão do direito.

Todas as previsões legais indicadas acima trazem em seu bojo a preocupação com a efetivação do método no sentido de ultrapassar descuidos com a elaboração de uma cláusula de mediação em um contrato. Dotá-la de devida força para a instalação do procedimento e ao mesmo tempo promover um cenário que proporcione, pelo menos inicialmente, o diálogo, que poderá existir em situações imprevistas. Mais uma vez a experiência com a arbitragem no País, sobretudo com relação a redações cláusulas conhecidas como vazias foi a inspiração destes preceitos, que são muito claros.⁸⁸

Em relação a mediação judicial disposta na Subseção III, assim como prevê a Resolução Nº 125 do Conselho Nacional de Justiça e o Novo Código de Processo Civil, o artigo 24 estabelece a criação pelos tribunais de centros judiciais de resolução de conflitos através do consenso, os quais se responsabilizarão pela realização das audiências de sessões de mediação, tanto anteriores a formação do litígio quanto no decorrer do processo, bem como desenvolverão programas com o intuito de incentivar, orientar e auxiliar a autocomposição. Dispõe o artigo 25 que o mediador judicial não estará sujeito a prévia aceitação das partes, há que se ressaltar ainda que, aqui, as partes deverão ser assistidas por advogado ou defensor público, conforme garante o artigo 26. Ademais, estando presentes todos os requisitos essenciais da petição inicial, será designada pelo juiz a audiência de mediação, desde que não seja caso de improcedência liminar do pedido.

Assim como prevê o NCPC o artigo 27 dispõe que a mediação deverá ser concluída em no máximo sessenta dias, contados a partir da realização da primeira reunião, podendo este prazo ser prorrogado a requerimento das partes, o parágrafo único estabelece que na hipótese de acordo entre as partes o processo será arquivado, bem como o acordo poderá ser homologado por sentença quando as partes assim solicitarem.

Em fomento ao procedimento de mediação e recompensa as partes, caso o conflito seja solucionado pela mediação das partes antes da citação do réu, ficarão isentos do pagamento de custas finais, nos termos do artigo 29. Podemos aqui fazer um paralelo com o artigo 90, § 3º, que dispõe sobre a transação das partes antes da sentença, ficando estas, assim como no artigo 29 da Lei 13.140/2015, desobrigadas do pagamento das despesas remanescentes do processo.

Art. 90. § 3º Se a transação ocorrer antes da sentença, as partes ficam dispensadas do pagamento das custas processuais remanescentes, se houver.⁸⁹

⁸⁸ NETO, Adolfo Braga. *Marco Legal da Mediação – Lei 13.140/2015 – Comentários Iniciais à Luz da Prática Brasileira*. Revista de Mediação e Arbitragem. vol. 47/2015. p.259 - 275. Out - Dez/2015. p. 9.

⁸⁹ Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015, Novo Código de Processo Civil de 2015; Parte Geral; Livro III – Dos Sujeitos do Processo; Capítulo II – Dos Deveres das Partes e de seus Procuradores; Seção III – Das Despesas, dos Honorários Advocatícios e das Multas; Art. 90, § 3º.

O princípio da confidencialidade, já descrito no presente trabalho em item específico sobre os princípios da mediação, ganhou um cuidado especial na Lei 13.140/2015, tendo a Seção IV dedicada a estabelecer os preceitos que circundam o princípio. Prevê o artigo 30 da lei:

Art. 30. Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação.⁹⁰

Aqui percebe-se a preocupação do legislador em propiciar um meio seguro para as partes que participam da mediação. Sendo assim, às partes, ao mediador e todos aqueles que participarem da seção de mediação fica o dever de manter sigilo sobre todas e quaisquer informações trazidas a debate durante a seção, não podendo ser utilizada posteriormente em processos judiciais ou em outros âmbitos as declarações, opiniões, sugestões, promessas e propostas feitas de uma parte a outra, o reconhecimento de fato por uma das partes, manifestação de aceitação de proposta de acordo bem como os documentos utilizados no procedimento. Para tanto, a toda e qualquer prova apresentada que contrarie o que dispõe o referido artigo não poderá ser utilizada em processo judicial ou arbitral, conforme determina o § 2º do artigo 30 da Lei de Mediação.

As exceções ao princípio da confidencialidade repousam nos casos de informação de crime de ação pública ou quando expressamente autorizado e, no dever das partes de prestar informações a administração tributária após o fim da mediação, conforme prescrevem os §§ 3º e 4º do artigo 30 e o artigo 31.

O Capítulo II da Lei 13.140/2015 dedica 9 artigos a mediação em que for parte pessoa jurídica de direito público. Composto por duas seções, a primeira sobre as disposições comuns e a segunda sobre os conflitos envolvendo a administração pública federal direta, suas autarquias e fundações.

Assim, o artigo 32 estabelece que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão, com o intuito de solucionar e prevenir conflitos, criar câmaras de autocomposição administrativa. No lapso temporal entre a criação das câmaras, os conflitos poderão ser dirimidos conforme a Subseção I da Seção III do Capítulo I da referida lei, nos termos do artigo 33. Resta estabelecido no artigo 34 a suspensão da prescrição quando instaurado procedimento administrativo para resolução consensual dos conflitos.

⁹⁰ Lei 13.140 de 26 de junho de 2015; Capítulo I – Da Mediação; Seção IV – Da Confidencialidade e suas Exceções; Art. 30.

A seção II do segundo capítulo da lei versa sobre os conflitos quem compreendem a administração pública federal direta, suas autarquias e suas fundações, os quais podem ser sanados por meio de transação por adesão. Os artigos que seguem dizem respeito ao procedimento e as consequências da transação ao passo que fornecem princípios que fomentam juridicamente a escolha pela mediação.

Das disposições finais, capítulo III, prescritas entre os artigos 41 a 48, é interessante destacar sobre a possibilidade de a mediação ser realizada virtualmente, possibilitando a realização do procedimento mesmo entre sujeitos que estejam distantes fisicamente, conforme estabelece o artigo 46.

Em suma, percebe-se que o legislador pretendeu criar parâmetros para o procedimento da mediação, bem como promove-la assim como vemos em outros dispositivos legais, tais como o Novo Código de Processo Civil e a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça. Nota-se, ademais o alinhamento entre as mencionadas legislações, que em tem como principal objetivo incentivar a mediação como meio alternativo de resolução de conflitos e criar procedimentos uniformizados para a sua realização.

4. DIREITO E EMANCIPAÇÃO SOCIAL

“A maior dificuldade, numa apresentação do Direito, não será mostrar o que ele é, mas dissolver as imagens falsas ou distorcidas que muita gente aceita como retrato fiel.”⁹¹ Assim começa Roberto Lyra Filho seu livro intitulado “O que é direito”, já expondo logo de início que o conceito de direito e mais do que isso, o Direito em si, ultrapassa as definições clichês que e muito vemos por aí. Quando se pensa em Direito logo se faz uma relação a legislação, ao direito positivado, especialmente no Brasil que é um país legalista. No entanto, é importante ter em mente que o Direito é mais do que um conjunto de normas elaboradas e lidas pela classe de juristas e obedecidas pela sociedade.

A legislação abrange, sempre, em maior ou menor grau, Direito e Antidireito: isto é, **Direito propriamente dito, reto e correto**, e negação do Direito, entortado pelos interesses classísticos e caprichosos continuístas do poder estabelecido.⁹² (grifo nosso)

Da citação acima podemos observar a outra definição que logo surge quando se pensa em Direito, o que é reto e correto, justo. Que não está incorreto. No entanto, esta significação, por sua vez, é carregada de subjetividade, a qual muitas vezes se relaciona à moral.

Ocorre que não se pode ainda aceitar tais vertentes como sendo a essência do Direito. Como dito anteriormente, o Direito está além das definições que conhecemos e, mais uma vez, nos versos de Lyra Filho:

(...) quando buscamos o que o Direito é, estamos antes perguntando o que ele vem a ser, nas transformações incessantes do seu conteúdo e forma de manifestação concreta dentro do mundo histórico e social. Isto não significa, porém, que é impossível determinar a “essência” do Direito – o que, apesar de tudo, ele é, enquanto vai sendo: o que surge de constante, na diversidade, e que se denomina, tecnicamente, ontologia.⁹³

O que na verdade é preciso para identificar o Direito em sua essência é despi-lo de suas definições óbvias. Direito não se confunde com a moral. Direito não se confunde com a lei.⁹⁴ Direito é uma construção histórico-social em constante transformação, assim como a sociedade, “se apresenta como positivação da liberdade conscientizada e conquistada nas lutas sociais e formula os princípios supremos da Justiça Social que nelas se desvenda.”⁹⁵

⁹¹ FILHO, Roberto Lyra. O que é direito. 15ª reimpr. Da 17ª ed. de 1995. São Paulo: Brasiliense, 2006, p. 7.

⁹² *Ibidem*, p. 8

⁹³ FILHO, Roberto Lyra. O que é direito. 15ª reimpr. Da 17ª ed. de 1995. São Paulo: Brasiliense, 2006, p. 12.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 85 - 89.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 88.

Direito e Justiça caminham enlaçados; lei e Direito é que se divorciam com frequência. Onde está a Justiça no mundo? – pergunta-se. Que Justiça é esta, proclamada por um bando de filósofos idealistas, que depois a entregam a um grupo de “juristas”, deixando que estes devorem o povo? A Justiça não é, evidentemente, esta coisa degradada. Isto é negação da Justiça, uma negação que lhe rende, apesar de tudo, a homenagem de usar seu nome, pois nenhum legislador prepotente, administrador ditatorial ou juiz formalista jamais pensou em dizer que o “direito” *deles* não está cuidando de ser justo. Porém, onde fica a Justiça verdadeira? Evidentemente, não é cá, nem lá, não é nas leis (embora às vezes nela se misture, em maior ou menos grau), nem é nos princípios ideais, abstratos (embora às vezes também algo dela ale se transmita, de forma imprecisa): a Justiça real está no processo histórico de que é resultante, no sentido de que é nele que se realiza progressivamente.

Justiça é Justiça Social, antes de tudo: é atualização dos princípios condutores, emergindo nas lutas sociais, para levar à criação duma sociedade em que cessem a exploração e opressão do homem pelo homem; e o Direito não é mais, nem menos, do que a expressão daqueles princípios supremos, enquanto modelo avançado de legítima organização social da liberdade. Mas até a injustiça como também o Antidireito (isto é, a constituição de normas ilegítimas e sua imposição em sociedades mal organizadas) fazem parte do processo, pois nem a sociedade justa, nem a Justiça corretamente vista, nem o Direito mesmo, o legítimo, nascem dum berço metafísico ou são presente generoso dos deuses: eles brotam nas oposições, no conflito, no caminho penoso do progresso, com avanços e recuos, momentos solares e terríveis eclipses.

Direito é processo, dentro do processo histórico: não é uma coisa feita, perfeita e acabada; é aquele vir-a-ser que se enriquece nos movimentos de libertação das classes e grupos ascendentes e que define nas explorações e opressões que o contradizem, mas de cujas próprias contradições brotarão as novas conquistas.⁹⁶

Direito é o reino da libertação, cujos limites são determinados pela própria liberdade.⁹⁷

Desse modo, resta claro que o Direito deve ser visto para além das normas, para além da moral. Direito é liberdade, conquistada dia-a-dia pela sociedade, resultando na Justiça Social. Restringir-se aos parâmetros morais, ou àqueles estabelecidos pela legislação e praticados pela jurisdição Estatal é limitar a liberdade do sujeito.

Aliado ao entendimento acima prescrito temos a emancipação social. Emancipação é a capacidade de se manifestar e interagir criativamente e criticamente na sociedade, sem ser influenciado por terceiros, é torna-se um sujeito de Direito, livre, ser consciente e pensante.

A emancipação social relaciona-se intimamente com a essência do Direito, é o reconhecimento do sujeito em si e do seu papel na sociedade, empoderando-se, tomando consciência da sua condição, realidade e do conflito em que está inserido, sendo o caso. É assim que através do Direito o sujeito se emancipará e alcançará a resolução dos seus conflitos.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 85 - 86.

⁹⁷ FILHO, Roberto Lyra. O que é direito. 15ª reimpr. Da 17ª ed. de 1995. São Paulo: Brasiliense, 2006, p. 90.

4.1. O acesso da sociedade à justiça e ao Direito

O acesso à justiça, como bem pontuado nos estudos de Mauro Cappelletti e Bryant Garth é um direito fundamental e humano básico, o qual deve ser resguardado e garantido como requisito mínimo em um sistema jurídico moderno e igualitário.⁹⁸ Nesse sentido, prevê a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

Art. 5º. XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito.⁹⁹

No entanto, é preciso ter em mente que o acesso à justiça não deve restringir-se ao ingresso ao judiciário em seu aspecto formal. Por óbvio, a jurisdição Estatal deve abraçar o sentido material, de modo a garantir não apenas a possibilidade de postular em juízo, mas também certificar-se que o pleito será objeto de uma análise efetiva, ágil e justa, assegurado o direito ao contraditório. Nessa hipótese é possível vislumbrar uma parcela do conceito de acesso à justiça, quando há a apreciação equilibrada em um processo, onde ambas as partes tiveram a oportunidade de apresentar seus argumentos e prová-los, levando o magistrado à tomada de uma decisão mais próxima da realidade.¹⁰⁰

O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística.¹⁰¹

Assim, para além da perspectiva acima apresentada, a outra parcela da definição de acesso à justiça relaciona-se a efetiva prestação jurisdicional, ainda que realizada através de meios alternativos ao Poder Judiciário.

Em uma abordagem ampla, o acesso à justiça confunde-se com a assistência jurídica em juízo e fora dele, com ou sem conflito específico, abrangendo inclusive serviço de informação e de orientação, e até mesmo de estudo crítico, por especialistas de áreas diversas do saber, do ordenamento jurídico, buscando soluções para a sua aplicação mais justa.¹⁰²

⁹⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1988, p. 12.

⁹⁹ Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 5 de outubro de 1988; Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais; Capítulo I – Dos Direitos Individuais e Coletivos; Art. 5º, XXXV.

¹⁰⁰ CASELLA, Paulo Borba; SOUZA Luciane Moessa de (Coord.). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 59.

¹⁰¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1988, p. 13.

¹⁰² HOLANDA, Fábio Campelo Conrado de. *O acesso à justiça e a lealdade das partes*. Fortaleza: RDS, 2011, p. 78.

Destarte, o acesso a justiça é um direito básico fundamental que deve ser resguardado não apenas na legislação – onde já se encontra, conforme citação anterior ao artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988 – mas também garantido por todos os agentes da vida em sociedade, ou seja, pelo Poder Público, pelos sujeitos de direito, e pela coletividade de modo geral, para assegurar a todo e qualquer indivíduo o acesso à justiça em sua plenitude, seja esse acesso pela via judicial ou não.

4.2. *Interseção entre a mediação de conflitos, emancipação social e acesso à justiça*

Através do conceito de acesso à justiça acima exposto fica claro que o Poder Judiciário não é o único meio para a efetivação de tal direito, ao contrário, a jurisdição Estatal tem se mostrado insatisfatória e por vezes falha no exercício de seu dever de garantir o acesso à justiça. O acesso à justiça está em parte relacionado à efetividade da prestação jurisdicional, ocorre que na prestação jurisdicional repousam obstáculos se colocam frente ao acesso à justiça antes idealizado. Estes obstáculos tornam ineficientes as legislações e os instrumentos formulados para colocar em prática plena concretização do acesso à justiça.

- a) *obstáculos de natureza financeira*, consistentes nos altos valores praticados para a cobrança de custas processuais e honorários advocatícios, bem como configurados pela economia de escala que os litigantes habituais têm se comparados aos litigantes eventuais;
- b) *obstáculos temporais*, consubstanciados na grande morosidade característica do Poder Judiciário, seja por dificuldades institucionais, relacionadas à má administração, falta de modernização tecnológica e/ou insuficiência do número de magistrados e de servidores, seja em razão da complexidade do nosso sistema processual, que permite a interposição infundável de recursos;
- c) ***obstáculos psicológicos e culturais, consistentes na extrema dificuldade para a maioria da população no sentido até mesmo de reconhecer a existência de um direito, especialmente se este for de natureza coletiva, na justificável desconfiança que a população em geral (e em especial a mais carente) nutre em relação aos advogados e ao sistema jurídico como um todo e, ainda, na também justificável intimidação que as pessoas em geral sentem diante do formalismo do Judiciário e dos próprios advogados;*** e
- d) *obstáculos institucionais*, referentes aos direitos de natureza coletiva, em que “a insignificância da lesão ao direito, frente ao custo e à morosidade do processo, pode levar o cidadão a desistir de exercer o seu direito por ser a causa antieconômica”.¹⁰³ (grifo nosso)

Os itens acima citados, em especial o item “*c – obstáculos psicológicos e culturais*”, talvez sejam os principais motivos que levaram os estudiosos a buscar formas de tornar o acesso à justiça mais efetivo, bem como meios alternativos para realizá-lo. E é aqui que

¹⁰³ CASELLA, Paulo Borba; SOUZA Luciane Moessa de (Coord.). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 60.

encontramos a primeira interseção, entre o acesso à justiça e a mediação, ligados pela a necessidade de tornar efetivo o direito do cidadão, assegurado, mas muitas vezes não concretizado.

Neste contexto, necessário lembrar a terceira onda do Projeto de Florença realizado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

Diante da insuficiência da prestação jurisdicional, a terceira consiste em buscar o novo enfoque de acesso à justiça. As propostas que permeiam a terceira onda, denominadas ondas renováveis, buscam alternativas plausíveis e efetivas à opção judicial já existente, objetivando, assim, atingir a satisfação do indivíduo com o acesso à justiça, buscando repelir todos os entraves para a efetivação deste direito. Para tanto, apresenta a sugestão de alteração no procedimento judicial, a mudança na estrutura dos tribunais e a criação de novos, a utilização de pessoas leigas e o incentivo de soluções informais de composição de litígios.¹⁰⁴

Ao passo que as mudanças necessárias para a efetivação do direito e do acesso à justiça de operam lentamente, identificou-se a necessidade de conscientização dos sujeitos sobre os direitos dos quais são portadores, o que, conseqüentemente, leva a uma análise sobre a operação da cidadania, e por fim ao acesso à justiça. Isto porque, constatou-se que a falta de informação das pessoas sobre os direitos e deveres que possuem acentua ainda mais a falta de efetividade do acesso à justiça identificado nas ondas do Projeto de Florença de Cappelletti e Garth.

Significa dizer que os indivíduos, de uma maneira geral, não sabem onde procurar assistência judiciária ou não têm ciência de que podem ingressar em juízo para pleitear direitos difusos e coletivos – e em quais condições deve fazer – ou ainda desconhecimento sobre a existência dos “novos direitos”.¹⁰⁵

Diante desta falta de informação, intrinsecamente ligada a educação, verifica-se que a efetividade do acesso à justiça, para além da prestação jurisdicional, relaciona-se também com a grade curricular escolar e os métodos pedagógicos de ensino, visto que, se ao indivíduo, desde a educação infantil até sua graduação profissional, é ensinado noções de direito, sociologia, ciências políticas e economia doméstica, ele será dotado de instrumentos que possibilitarão o exercício efetivo de sua cidadania.

(...) com a população ciente dos seus direitos, deveres e das formas de buscar a satisfação dos mesmos, com algumas mudanças internas no Poder Judiciário – de forma a expurgar a lentidão, os altos custos processuais, a desburocratização de alguns atos processuais – e do incentivo ao efetivo implemento dos meios não adversariais de pacificação de conflitos, certamente o Estado brasileiro poderá ecoar

¹⁰⁴ BRUNO, Susana. *Conciliação: prática interdisciplinar e ferramentas para a satisfação do Jurisdicionado*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 41.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 43.

aos quatro cantos do mundos que o seu acesso à justiça é realmente efetivo, independentemente do extrato social que o jurisdicionado ocupar.¹⁰⁶

Neste cenário, os meios alternativos de resolução de conflitos têm se mostrado como uma forma de levar a sociedade o acesso à justiça, não apenas pelas características mais simplificadas e acessíveis de seus procedimentos, mas também pela conscientização e orientação que é passada aos sujeitos durante a realização de tais procedimentos.

Em especial através da mediação, que é estudada no presente trabalho, onde os sujeitos são orientados sobre seus Direitos (no sentido legal) e encorajados a exercer a exercer seus Direitos (aqui como anteriormente conceituado, relacionado à liberdade e a justiça social) e como sujeitos de direito, buscar autonomamente (emancipação) a melhor solução para seus conflitos, seja ele envolvendo outras pessoas, seja envolvendo o poder público, seja ele envolvendo questões intrapessoais.

Tratando a mediação como propiciadora das práticas de liberdade, criando espaços para produzir novos modos de existência além das formas engessadas e previamente demarcadas pelas relações de poder, pode-se prevenir novos conflitos, tendo em vista que a solução definida pelos sujeitos envolvidos será legítima, dotada de autonomia e responsabilização mútua.¹⁰⁷

A mediação representa, dessa forma, uma oportunidade de desacomodar a sociedade da confortável posição onde, o Estado carrega toda a obrigação “tomar conta” da pacificação social e garantir o acesso à justiça, para alcançar a emancipação social, onde os sujeitos são conscientes de seus direitos e utilizam da autonomia para identificar seus conflitos buscar a resolução da forma que melhor lhes for favorável, atingindo, assim, o efetivo acesso à justiça.

Há, por meio da Mediação, possibilidade de promover modos livres de imposições dominantes para os sujeitos se tornem verdadeiros atores e condutores de suas vidas, decidindo de forma livre, contudo responsável. E tal processo somente será possível entre indivíduos preocupados em deter o conhecimento e conseqüentemente o governo de si.¹⁰⁸

4.3. A mediação de conflitos como manifestação do Direito

Como vimos no decorrer do presente trabalho, o Direito se revela como sendo uma fonte de justiça social, um instrumento pelo qual possa ser entendida e atendida a necessidade individual e cada um ao passo que também deve atender as necessidades do coletivo. É a

¹⁰⁶ Ibidem, p. 45.

¹⁰⁷ VIANNA, Luciana Leão Pereira. Mediação de Conflitos: instrumento de emancipação dos sujeitos. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=60243f9b1ac2dba1>>. Acesso em: 29/04/2018.

¹⁰⁸ Ibidem.

liberdade construída na história e constantemente atualizada na sociedade hodierna, em que através dessa construção é encontrado o equilíbrio onde repousa o Direito, a justiça.

Diante de tal concepção podemos perceber as diferentes formas de expressão do direito. A mais conhecida delas é a legislação bem assim a atuação do judiciário. No entanto, como também se prescreve no presente trabalho, o direito manifestado na atuação do Poder Judiciário nem sempre se mostra eficaz na realização do que pretende. É aqui que se busca demonstrar que o acesso à justiça pode ser possibilitado em outras formas da manifestação do direito.

A mediação enquanto meio consensual de resolução de conflitos, busca resgatar a autonomia do indivíduo, incentivando que ele tome consciência do conflito e do motivo que o ocasionou para que encontre a melhor solução para sua demanda. O procedimento consiste na construção da solução pelas partes através do diálogo, em que as partes, empoderadas, decidem sobre as questões que lhes afligem.

A mediação busca, então, desobstruir os canais de comunicação entre seus participantes ao restabelecer o diálogo e aproximar as pessoas a fim de se resolver pacífica e democraticamente uma questão. **É através da participação e aceitação social, manifestada no diálogo/linguagem que o direito se constitui e adquire sua legitimidade em uma mediação.**¹⁰⁹ (grifo nosso)

Desse modo percebe-se a manifestação do direito através da mediação, pois, os sujeitos que antes eram afastados do Poder Judiciário por diversas questões, agora participam ativamente na construção do direito, “desperta-se nos indivíduos o cidadão, capaz de intervir/atuar na realidade, e assim, ter acesso/ser incluído na sociedade.”¹¹⁰ Conseqüentemente, o acesso à justiça pela efetiva resolução de seus conflitos possibilita aos indivíduos o acesso aos demais direitos que possuem. Percebe-se, aqui, a justiça social em sua plenitude.

(...) a mediação contribui na promoção de cidadania e na ampliação ao acesso à Justiça segundo uma cultura jurídica voltada para o atendimento às demandas da sociedade. O estímulo à prática da mediação reorienta o direito/Poder Judiciário no sentido da cidadania e da emancipação social, em detrimento do assistencialismo que por diversas vezes circunda o desenvolvimento de projetos públicos interativos com as comunidades.¹¹¹

Portanto, concluí-se que a mediação é uma efetiva forma de manifestação do direito, posto que, possibilita aos sujeitos o acesso à justiça de forma simplificada, onde as próprias

¹⁰⁹ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Mediação, cidadania e emancipação social: a experiência da implantação do centro de mediação e cidadania da UFOP e outros ensaios*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 53.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 54.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 55

partes constroem, em conjunto, a solução para suas demandas pela facilitação do diálogo por um terceiro e, onde são orientadas e conscientizadas por esse terceiro/mediador sobre seus direitos. Desse modo vislumbra-se a o Direito enquanto Justiça Social trabalhado na mediação pela liberdade, autonomia, empoderamento, emancipação social e consequente acesso à justiça.

5. CONCLUSÃO

A mediação, como por diversas vezes pontuado no presente trabalho, trata-se de um meio consensual, não adversarial, autocompositivo, alternativo, dentre outras denominações que buscam demonstrar que é um método distinto daquele com o qual estamos acostumados, qual seja o litígio julgado junto ao Poder Judiciário. Ocorre que, diante de todas referências ao procedimento, há uma, que pouco é mencionada nas doutrinas e artigos que se dedicam ao assunto: meio **adequado** de resolução de conflitos. Sim, a mediação, mais do que um meio alternativo aos dissídios judiciais, é um meio adequado de solução de conflitos.

Como se pôde observar no decorrer deste sucinto estudo, a jurisdição Estatal em sua forma “original” detém muitas barreiras que dificultam o efetivo acesso à justiça. Desse modo a mediação de conflitos vem como um forte aliado para cumprir aquilo que o Estado tem como uma de suas principais funções, a pacificação social. Pois, através da mediação busca-se restabelecer o diálogo entre as partes, o elo perdido pelo conflito, proporciona às partes e até mesmo ao mediador a possibilidade de compreender o que de fato levou a eclosão daquele conflito.

É que o contraditório em sua plenitude, posto que as partes têm a oportunidade, não de persuadir um terceiro (juiz) sobre quem esta certo por meio de provas e argumentos que podem ou não ser reais, mas sim de demonstrar uma a outra, com o auxílio do mediador, seu ponto de vista sobre aquela controvérsia. Esse é o papel do mediador, facilitar o diálogo entre os sujeitos para que eles se desprendam do comportamento hostil e compreendam a posição do outro. Por óbvio não é uma tarefa fácil, mas, uma vez que o terceiro que intermedia a relação de conflito se exime do dever de decidir sobre quem está “certo”, desempenhando tão somente o papel de catalisador, as partes resta tentar entender o outro lado.

Há de se ressaltar, ainda, que ao se passar essa função para os sujeitos, de solucionar o conflitos em eles são partes, não há como negar que dali surgirá a melhor e mais efetiva solução, posto que a decisão é tomada por ambos e então desconstrói-se a perspectiva de vencedor e perdedor, há um equilíbrio, logo está feita a justiça social.

Este contexto possibilita aos indivíduos a conscientização, a emancipação social, o efetivo acesso ao direito que tanto se fala no presente trabalho, uma vez que a mediação não só oportuniza a construção de uma solução, ela também orienta e muda a percepção sobre o acesso à justiça, que não necessariamente precisa “vir” do Poder Judiciário.

É, em suma a manifestação do direito propriamente dita, é via **adequada** de solução de conflitos é para a qual precisa caminhar a sociedade juntamente com o Estado, pois, propicia a justiça social, a conscientização sobre os direitos e deveres individuais e coletivos, e desenvolve a autonomia em cada um dos indivíduos acarretando na emancipação social e no efetivo acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha. (Coord.). *A mediação no novo código de processo civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ALMEIDA, Mariana Amaro Theodoro. *A Mediação dos Conflitos de Família como Instrumento de Concretização da Fraternidade*. Revista de Direito de Família e das Sucessões, vol. 6, p. 175 – 193, out./dez. 2015.

ALQUALO, Fernando Pereira. *A Compreensão Jurídica da Sustentabilidade e o Desenvolvimento Humano*. *apud* FREITAS, 2012, p. 69-70. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=19b29d1cfff0a18c>>; Acesso em 05/10/2017.

BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). *Manual de Mediação Judicial*. 6ª Edição (Brasília/DF:CNJ), 2016.

BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. 1ª ed. 2ª reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BRUNO, Susana. *Conciliação: prática interdisciplinar e ferramentas para a satisfação do jurisdicionado*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos conflitos e direito de família*. 1ª ed. (2003), 4ª tir. Curitiba: Juruá, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1988.

CASELLA, Paulo Borba; SOUZA Luciane Moessa de. (Coord.). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

CORDEIRO, Carlos José; DINIZ, Priscila Aparecida Lamana. A mediação no direito das famílias e na resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça: perspectivas da mediação enquanto política judiciária. *In.*: CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo (Coord.). *Temas contemporâneos de direito das famílias*. São Paulo: Editora Pilares, 2013.

DIAS, Maria Tereza Fonseca (Coord.). *Mediação, cidadania e emancipação social: a experiência da implantação do centro de mediação e cidadania da UFOP e outros ensaios*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

HOLANDA, Fábio Campelo Conrado de. *O acesso à justiça e a lealdade das partes*. Fortaleza: RDS, 2011.

GOMES, Marina Pereira Manoel. Mediação comunitária e o princípio da solidariedade: o acesso à justiça pela disseminação da cultura de paz nas comunidades. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e465ae46b07058f4>>. Acesso em: 29/04/2018.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário universitário jurídico*. Atualização Equipe Riddel. 17. ed. São Paulo: Riddel. 2013.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. 15ª reimpr. Da 17ª ed. de 1995. São Paulo: Brasiliense, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MAUS, Ingeborg. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Judiciário como superego da sociedade*. Novos Estudos CEBRAP. N.º 58, Nov-2000.p. 183-202.

MAYRINK, Viviane Tompe Souza; VIANNA, Luciana Leão Pereira. *Mediação de Conflitos: instrumento de emancipação social dos sujeitos*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=60243f9blac2dbal>>. Acesso em: 09/10/2017.

MARCONI, Mariana de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Metodologia científica*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *A Audiência de Conciliação ou Mediação no Novo Código de Processo Civil*. *Revista de Processo*. vol. 253/2016. p. 163 – 184. Mar – 2016.

NETO, Adolfo Braga. *Marco Legal da Mediação – Lei 13.140/2015 – Comentários Iniciais à Luz da Prática Brasileira*. *Revista de Mediação e Arbitragem*. vol. 47/2015. p.259 - 275. Out - Dez/2015.

NUNES, Rizzatto. *Manual da monografia jurídica: como se faz uma monografia, um dissertação, uma tese*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alavaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: volume I: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual*. São Paulo: Atlas, 2010.

OSNA, Gustavo. *A “Audiência de Conciliação ou de Mediação” no Novo CPC: seis (breves) questões para debate*. *Revista de Processo*, vol. 256, p. 349-370, jun. 2016.

RIBEIRO, Rodrigo dos Santos. *Meios dialógicos de solução de conflitos: a justiça restaurativa e mediação comunitária como instrumentos de justiça social*. 2015.

SALES, Lília Maia Morais. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTOS, Alexandre Aguiar dos. Direitos humanos e emancipação social. Disponível em: <<http://www.uff.br/iacr/ArtigosPDF/53T.pdf>>. Acesso em: 29/04/2018.

TARTUCE, Fernanda. *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). Disponível em: <www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora>. Acesso em 29/04/2018.

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