

MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO COMO MEIOS DE ACESSO À JUSTIÇA

Everton Balbo Santos¹

RESUMO

Historicamente a mediação e a conciliação são institutos de direito utilizados desde a antiguidade como alternativa à jurisdição estatal, conhecidos como métodos alternativos de solução de conflitos. Foi com os estudos em Harvard na década de 70 que se institucionalizou a mediação/conciliação como se conhece hoje com o chamado Tribunal de Múltiplas Portas, algo parecido com o criado pela Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça em 2010, os Centros Judiciais de Solução de Conflitos e Cidadania. Estes Centros visam ampliar a utilização da mediação/conciliação para casos em que direitos disponíveis estão em disputa, ampliando o acesso à justiça da população e, conseqüentemente desafogando o judiciário brasileiro. Essa inserção dos meios autocompositivos na jurisdição, vem não para enfraquecê-la ou substituir o processo como é conhecido, mas vem para coexistir, abrindo mais as portas da jurisdição para que se tenha uma justiça melhor distribuída, chegando a todos os cidadãos. A ideia de coexistência entre o modelo heterocompositivo que se tem hoje e o autocompositivo (mediação e conciliação) é que darão respaldo a uma estrutura judiciária que permitira o amplo acesso à justiça.

PALAVRAS-CHAVE

Mediação, Conciliação, Acesso à Justiça, Jurisdição.

¹ Everton Balbo dos Santos é Advogado, com especialização em Direito Internacional e Mestrando do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM.

INTRODUÇÃO

O conflito é um fato inerente da vida em sociedade, onde cada indivíduo tende a defender seus interesses, o que muitas vezes, vai de encontro a interesses de outros. Quando esses interesses se contrapõem o cidadão pode valer-se da jurisdição para dirimi-lo. Tendo como jurisdição a função estatal de dirimir os conflitos.

Para tal função, utiliza-se o Estado do processo, onde cabe ao juiz dizer qual deve ser a lei aplicada. O processo é uma sistematização em que as partes colocam seus interesses e, ao fim, o juiz diz qual a lei deve reger aquela relação. Esta decisão deve ser a mais justa para as partes.

Porém, pelos altos números de conflitos que se materializam em processo, o judiciário brasileiro encontra-se abarrotado, sendo impossível a tutela jurisdicional ser prestada a contento.

Ao se tentar encontrar uma saída para tal fato, chega-se aos meios alternativos de solução de conflitos, mais especificamente a mediação e a conciliação, como métodos capazes de promover a justiça.

Mediação e Conciliação são os métodos alternativos de resolução de conflitos conhecidos como autocompositivos, ou seja, métodos em que as próprias partes chegam a um acordo sobre o litígio que existe entre elas.

Normalmente quando se fala em resolução de conflitos ou justiça, a primeira coisa a ser lembrada é o Poder Judiciário, isto ocorre, pois, no Brasil a jurisdição sempre foi monopólio Estatal.

Sempre coube a um “funcionário” do Estado, nos dias atuais a um Juiz, dizer o Direito a ser aplicado e decidir as lides; porém não é de hoje que, por este monopólio, o judiciário brasileiro sofre com crises por excesso de demandas.

A cultura brasileira de litigar se tornou algo que acabou cerceando, para muitos, o Direito de acesso à justiça.

Acesso à justiça é bem mais ter acesso ao Judiciário, é ter acesso a um processo rápido (que demore apenas o necessário para que se produzam as provas cabíveis), a um custo razoável (não onerando demasiadamente as partes, o que pode tornar impossível dar andamento a um processo) e com fim justo, dando a cada uma das partes aquilo que lhe cabe, e que lhe deixará com a sensação de efetividade.

Como dito, a cultura brasileira ainda é o processo judicial para resolver seus litígios, porém, por razões que serão expostas no decorrer do texto, nem sempre uma sentença que julga o mérito de modo convencional dá fim ao litígio e proporciona o sentimento de justiça às partes, pois a parte vencida sempre estará contrariada. Como

explica a professora Fernanda Tartuce²:

Em certos litígios, a definição da situação conflituosa por sua sentença de mérito pode não ser a via mais apropriada para gerar a efetiva pacificação. Se a relação jurídica tiver índole continuativa, tratar um episódio controvertido por meio de uma demanda judicial pode ocasionar uma ruptura ainda maior no relacionamento entre os envolvidos, circunstância que por certo não se coaduna com o objetivo de pacificação social.

Neste ínterim é que surgem os métodos conhecidos como alternativos, que conseguem alcançar o objetivo de finalizar, ou transformar, o conflito sem recorrer a um processo. Por estes meios o final da lide chega através de uma autocomposição das partes, que chegam a um acordo sobre o que será melhor para suas vidas dali em diante. Com isto, e levando em consideração os 3 “pilares” do acesso à justiça, citados acima, que pode-se colocar como tempo, custo e efetividade, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) optou por colocar a mediação e a conciliação como métodos alternativos de resolução de conflitos para resolver, em grande parte, este problema.

Em 2010 o CNJ editou a Resolução 125, que deu a incumbência aos Tribunais Estaduais de criarem os Centros Judiciais de Solução de Conflitos e Cidadania³, dando verdadeiro início a uma “política nacional de resolução pacífica de conflitos”, que apesar de já constar no preâmbulo constitucional, não era efetivamente utilizada.

Na mesma linha, o “Novo Código de Processo Civil”, Lei 13.105/15, estipula que os processos deverão ser submetidos a mediação/conciliação, antes que se inicie o tramite que tem-se hoje, e a Lei de Mediação (Lei 13.140/2015) fixa os parâmetros para a Mediação entre particulares e no âmbito da administração pública.

O texto do chamado Novo Código de Processo Civil, que entrará em vigor no ano de 2016, só define indiretamente cada um dos dois métodos de

² TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis – Rio de Janeiro: Forense, 2008. pg. 20.

³ DOS CENTROS JUDICIÁRIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E CIDADANIA
Art. 8º Para atender aos Juízos, Juizados ou Varas com competência nas áreas cível, fazendária, previdenciária, de família ou dos Juizados Especiais Cíveis, Criminais e Fazendários, os Tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (“Centros”), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão.

autocomposição, quando descreve como deve agir o mediador e o conciliador⁴, porém, não diz qual deve ser aplicado ao caso concreto, ou em qual ramo do Direito.

A relevância do tema se dá justamente pelo momento que vive o judiciário brasileiro, em crise pelo número crescente de processos empilhados em seus cartórios e a tentativa de quebra de paradigma e mudança de cultura, da cultura do processo/litígio para a cultura da autocomposição.

Um dos paradigmas a ser quebrado é fazer com que a população compreenda que será mais rápido, menos oneroso e mais efetivo a resolução de seus conflitos, gerando melhor bem estar aos envolvidos, perdendo assim o estigma que a justiça só é feita quando o Estado/Juiz determina o que deve ser feito, quem saiu vitorioso e quem saiu como perdedor do processo.

Faz-se necessária uma ampla discussão e estudo do tema, que levará ao aprimoramento da aplicação destes institutos e contribuirá para a mudança da cultura. Uma inovação trazia tanto no Novo Código de Processo Civil e na Lei da Medição é a regulamentação da conciliação/ mediação extrajudicial, ou privada, acabando com o monopólio Estatal⁵ de “fazer justiça”.

O presente trabalho apresenta a Conciliação e a Mediação como métodos eficazes de proporcionar um real acesso à justiça, considerando que ela não exclui a jurisdição estatal e o processo, como é concebido em nossos dias, mas como meio que auxiliará o judiciário a cumprir o seu papel.

Utilizando-se do método dedutivo visa propiciar ao leitor maior consciência sobre o que é a mediação e a conciliação e como estas podem coexistir com o atual modelo de acesso à justiça, justificando tal fato com a adoção de novas leis brasileiras que estimulam a utilização destes institutos, no judiciário e fora dele.

MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

Histórico

Há relatos que estes institutos já eram utilizados nas Cidades Estados

⁴ Art. 145. A realização de conciliação ou mediação deverá ser estimulada por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

§ 1º O conciliador poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 2º O mediador auxiliará as pessoas interessadas a compreenderem as questões e os interesses envolvidos no conflito e posteriormente identificarem, por si mesmas, alternativas de benefício mútuo.

⁵ Art. 153. As disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes.

da antiguidade e de acordo com Rozane Cachapuz⁶ “A prática da mediação como forma de resolução de conflitos é utilizada desde a antiguidade, e sua existência remonta aos idos de 3000 A.C.”.

O que pode ser comprovado é que a mediação como profissão apareceu nos E.U.A. em 1913, onde se instituiu os “comissários de conciliação”, para tratar de assuntos trabalhistas, que deu lugar em 1946 ao “Federal Mediation and Conciliation Service”.

Segundo nos explica Eliana Bispo de Souza Alves, nos estudos na obra de Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa⁷:

O instituto da mediação, segundo Targa (2004, p.142) teve sua fundamentação teórica na Universidade de Harvard, Cambridge-Boston. Consta que Frank E. A. Sander, em 1976, apresentou um estudo com a intenção de ampliar o acesso à justiça denominado Demulti-door courthouse (Tribunal de Muitas Portas), no qual um tribunal poderia receber demandas por programas distintos, pois além do processo judicial tradicional haveria os meios alternativos, tais como a arbitragem, a conciliação e a mediação. Apenas em último caso seria o problema resolvido pelo sistema judicial.

Apesar deste surgimento na antiguidade, no Brasil a primeira previsão de utilização de métodos de autocomposição foi com as Ordenações Manuelinas, 1.514, e após nas Ordenações Filipinas, 1603, constando ainda da Constituição Imperial, sendo a tentativa de conciliação condição para ingresso da ação⁸.

Após, pode-se encontrar mediação/conciliação na Consolidação das Leis do Trabalho de 1943, na lei de Criação dos extintos Juizados Especiais de Pequenas Causas (Lei 7244/84)⁹; no Código de Processo Civil de 1973, em seus artigos 447 a 449 e no procedimento sumário; na Lei 9099/90 - Juizados Especiais (onde se prevê o uso da conciliação em larga escala) e Lei 9245/95 - Procedimento Sumaríssimo.

Deve-se ainda levar em consideração que o legislador constituinte de 1988

⁶ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos conflitos e Direito de Família* - Curitiba: Juruá, 2003 . pg 23.

⁷ SOUZA, Eliana Bispo Alves de. *Mediação como forma alternativa de solução de controvérsias*; orientador: Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior. Marília, SP: [s.n], 2012. 77 f. Monografia. UNIVEM, Marília 2012.

⁸ TOLEDO, Iara Rodrigues de, *Desarmando os Sentimentos na Família – Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos: A Conciliação, A Mediação e a Arbitragem*.

⁹ Idem.

colocou no preâmbulo da Constituição Federal, como um de seus fundamentos, a solução pacífica das controvérsias, o que vem de encontro e fundamenta a utilização destes métodos ora estudados.

A mudança iniciada, verdadeiramente, no Brasil com a Lei 9.099/90, ganhou maior impulso somente com a edição da Resolução 125/2010 do CNJ e mais recentemente com a promulgação da Lei de Mediação - 13.140 de 2015 e principalmente com a promulgação do Novo Código de Processo Civil que entra em vigor no ano de 2016 - Lei 13.105 de 2015.

Com a Resolução 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça os Tribunais de Justiça dos Estados foram incumbidos de criar os Centros Judiciais de Solução de Conflitos e Cidadania, que visam justamente mudar a concepção de justiça da população, levando a todos a política da autocomposição, resolução pacífica dos conflitos por meio da Conciliação e da Mediação.

No oriente já existe uma cultura da mediação/conciliação, na China foi Confúcio quem deu uma grande contribuição com o conceito de persuasão moral e consenso entre as pessoas e não a ideia de correção.

Ainda segundo a obra já citada de Eliana Bispo Alves de Souza, cita a cima, no Ocidente, pode-se citar Harvard, nos Estados Unidos, como um pólo de desenvolvimento de atividades de negociação, mediação e facilitação da comunicação entre os conflitantes.

Historicamente ainda é importante citar a Inglaterra, que na década de 1970 adotou o modelo americano, que logo em seguida foi instalado também na Austrália, visto a proximidade de língua entre estes países e os EUA. Já a França deu início a esses institutos pela proximidade com o Canadá.

No Japão, a cultura jurídica já tem a mediação como um de seus pontos principais, não tendo muitos advogados, dedicando-se os profissionais à mediação e conciliação.

O primeiro país Sul-americano a aplicar tais institutos foi a Argentina, que também copiou o modelo de Harvard, que logo foi copiado por países vizinhos.

Principais aspectos e conceituação

Tanto a mediação como a conciliação são meios alternativos e autocompositivos de resolução de conflitos, onde um terceiro auxilia as partes a chegarem a uma decisão comum. Na prática, não se faz muita diferenciação entre estes dois institutos, mas para questão de estudo esta diferenciação se faz necessária.

Ambas podem ser aplicadas tanto em conflitos judiciais, que já se tornaram

processos, como extrajudiciais.

A Lei 13.140 de junho de 2015, apesar de constar que dispõe sobre a “mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública”, não faz diferenciação entre mediação e conciliação, utilizando-se várias vezes os termos como sinônimos.

Em tal lei, só se encontra o conceito como sendo de Mediação, mas como pode-se ver, ele é aplicado aos dois institutos:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Parágrafo único. 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.

Como acima consta, historicamente a mediação/conciliação pode ser percebida na antiguidade, onde as soluções de disputas eram mediadas pelos líderes das comunidades ou alguém escolhido por ele.

Porém foi nos Estados Unidos, na década de 70, quando se teve um “surto de processos”, que motivou a criação de mecanismos que resolvessem mais rápido os conflitos e “desafogassem” o judiciário, surgindo em 1976 o Tribunal Multiportas e *Neighborhood Justice Center`s*.

No Brasil, somente em 2010 com a resolução 125 do CNJ há a previsão do encaminhamento dos litígios que versam sobre direitos disponíveis aos Centros de Soluções de Conflitos, que nada mais é do que o sistema de múltiplas portas.

Além desta mudança de paradigma, que visa dar à população, de forma geral, amplo acesso à justiça, os Centros de Solução de Conflitos e Cidadania atendem de forma mais informal, tendo inclusive a instalação de sessões de conciliação/mediação extrajudicial gratuitamente.

Este é um grande avanço, pois é sabido que um dos grandes entraves ao acesso à justiça é justamente o custo que se tem um processo.

Outro objetivo desses Centros é “desafogar” o judiciário, resolvendo litígios antes que eles se tornem processos, pois, o grande número destes é outro entrave ao acesso à justiça, pois gera demasiada demora, o que acaba por colocar em risco o direito pleiteado.

Não é incomum no país causas sejam julgadas após o falecimento do autor,

ficando para seus herdeiros os bens ou direitos pleiteados.

Os *Neighborhood Justice Center's* Norte Americanos, de onde se tem a impressão de que foram inspirados os CEJUSCs, são centros de mediação comunitárias, formados de acordo com a geografia e/ou cultura de um lugar, onde se deve prevalecer a linguagem simples e a abordagem individual, vendo o histórico de cada demanda, fórmula trazida aos Centros brasileiros.

Em aula do módulo II do Curso de Formação de Conciliadores da Escola Paulista da Magistratura de 2012 foi ensinado que com a divulgação destas técnicas de autocomposição, surgiram várias escolas ou modelos de mediação/conciliação:

Harvard – Facilitativo: separa as pessoas dos conflitos:

- Percepção – colocar-se no lugar do outro;
- Emoção – compreender e reconhecer as suas emoções e a do outro;
- Comunicação – todos devem ser entendidos, retirar os ruídos e falhas da comunicação.

Avaliativo: Avalia-se o que é importante na discussão, com o uso de técnicas e estratégias que tem o condão de fazer tal avaliação.

Transformativo – Bush & Folger: Foca diretamente nas pessoas envolvidas e nas transformações delas.

Circular-Narrativo – Com foco no diálogo, nas relações entre as pessoas e nas possíveis soluções.

Vários doutrinadores não fazem diferença entre a aplicação da mediação ou conciliação, nem mesmo quanto a sua conceituação, utilizando os termos como sinônimos, porém a doutrina pátria, em sua maioria, usa diferenciá-los, inclusive o Novo Código de Processo Civil, mesmo que indiretamente.

Embora com grande parte de técnicas e procedimentos comuns a ambos os institutos, no mesmo curso é ensinado à diferenciação feita entre Conciliação e Mediação, explicando que existe principalmente em países de origem Latina, sendo que nos países de origem Anglo-Saxônica esses dois verbetes são utilizados como sinônimos.

Brevemente, a mediação pode ser entendida como um método, ou técnica, que modifica um conflito para chegar a um acordo em relações que precisam ser resguardadas, que não terminarão com o acordo, por exemplo, as relações de família, onde existe relação de afeto, entre vizinhos, sócios de uma empresa, no ambiente escolar, por serem relações que continuam após a sessão de mediação. Na mediação o intermediador só auxilia as partes a entenderem seus conflitos e

chegarem a uma solução.

Enquanto que a Conciliação um método onde o intermediador toma uma posição mais ativa, sugerindo caminhos a serem seguidos.

O que se deve levar em conta, em ambas as situações, é que são as próprias partes que decidem a respeito das suas vidas, com ampla liberdade.

A mediação e a conciliação tem como função a transformação da relação entre as partes, ajudando a resolverem seus conflitos de forma cooperativa. Por isso deve ser feita de forma voluntária, nunca pode ser feita de forma forçada.

O mediador/conciliador deve ser totalmente imparcial, tendo uma formação para harmonizar e resolver conflitos, ter habilidade na troca de informações.

Deve ser levado em consideração não só a resolução do conflito em si, mas também a manutenção da relação entre as partes e a pacificação social, deve-se ter uma visão em longo prazo.

A mediação/conciliação pode ser feita em várias áreas do Direito, desde se trate de direitos disponíveis.

Em contrapartida, culturalmente, não se aceita muito no país a teoria da autocomposição, todos são criados para saírem vencedores das disputas, sejam conflitos na área de família, contratos, empresas, etc.

Na prática o que se vê em muitas sessões de conciliação ou mediação, em que uma das partes é uma empresa, é que ela não está disposta a fazer acordo, enviando prepostos e advogados que sequer tem conhecimento do que será tratado.

Outras áreas do Direito que podem ser aplicadas as formas alternativas ou autocompositivas são, segundo curso da Escola Paulista de Magistratura:

- Empresarial: Um bom exemplo de mediação empresarial é no setor de franquias, pois neste setor temos relações continuadas entre empresários.

- Ambiental: Um dos métodos que são utilizados para a mediação/conciliação ambiental são os TACs do Ministério Público (Termos de Ajustamento de Conduta), que leva as partes a sentarem-se e decidirem juntas as ações que serão feitas.

- Trabalhista: Usada na relação de emprego, entre patrão e empregado(s).

- Penal: Não existe em nosso país. O que temos aqui é a Justiça Restaurativa, que promove o encontro de ofensor e vítima. Ocorre nos crimes de menor potencial ofensivo, e somente se o ofensor assumir sua culpa (Juizados Especiais Criminais).

A grande expansão da mediação/conciliação se deu com a resolução 125 do CNJ, porém um passo mais importante nesta política de solução de conflitos se

dará com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, colocando estes métodos como obrigatórios, e fazendo com que os cidadãos tenham acesso não só ao judiciário, mas a justiça em si; que é um direito essencial da democracia.

Conforme já preconiza o Preâmbulo da Constituição Federal de 1988:

Preâmbulo da Constituição Federal de 1988

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e **a justiça como valores supremos** de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a **solução pacífica das controvérsias**, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (grifo do autor)

Conciliação:

O conceito que é dado por Fernanda Tartuce¹⁰:

Por tal técnica de autocomposição, um profissional imparcial intervém para, mediante atividades de escuta e investigação, auxiliar os contendores a celebrar um acordo, se necessário expondo vantagens e desvantagens em suas posições e propondo saídas alternativas para a controvérsia sem, todavia, forçar a realização do pacto. O objetivo de sua atuação é alcançar um acordo que, ainda que não plenamente satisfatório, evite complicações futuras com dispêndio de tempo e dinheiro.

Em seu trabalho sobre o assunto, Iara Rodrigues de Toledo¹¹ utiliza-se do Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa para conceituar a conciliação: “a harmonização de litigantes ou pessoas desavindas. O verbo conciliar traduz o ato de pôr de acordo, pôr em boa harmonia, congraçar.”

O Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105 de 16 de março de 2015, não

¹⁰ TARTUCE, Fernanda. *idem*, p. 66

¹¹ TOLEDO, Iara Rodrigues. *Idem*

tratou de conceituar o que o legislador entende por Conciliação, mas colocou no §2º do seu Art. 165 qual o papel do Conciliador, *in verbis*:

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.

Pelos conceitos acima e pela descrição dada pelo Novo Código de Processo Civil, conciliação deve ser utilizada em relações onde não existem vínculos afetivos, nem uma convivência posterior entre as partes, encerrando-se na sessão de conciliação a ligação entre elas. Exemplos: consumidor x empresas, acidente de trânsito, etc. Considerando tal fato, é aceitável que o terceiro, conciliador, de sugestões para o término do conflito, utilizando-se de métodos de negociação ou apresentando alternativas. Assim entende-se porque é este o instituto utilizado nos Juizados Especiais.

Mediação:

Na Conceituação de Fernanda Tartuce¹², baseada nos estudos da obra de Marcial Barreto Casabona:

Mediação é a técnica pela qual uma terceira pessoa, treinada, capacitada e neutra, auxilia as pessoas em conflito no conhecimento das multifacetadas origens da controvérsia, de modo que elas, portadoras de um conhecimento ampliado, construam, por si, a composição do litígio da maneira mais satisfatória (ou menos insatisfatória possível) à sua realidade interna e externa.

Já José Luis Morais e Fabiana Spengler¹³:

... a forma ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva terceirizada de uma sanção legal. Trata-se de um processo

¹² TARTUCE, Fernanda. *Idem*, p. 69/70.

¹³ MORAIS, José Luis Bolzan de, SPENGLER, Fabiana Marion, *MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM: ALTERNATIVA À JURISDIÇÃO*. 3ª Ed. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. pg.131.

no qual uma terceira pessoa – o mediador – auxilia os participantes na resolução de uma disputa. O acordo final trata o problema com uma proposta mutuamente aceitável e será estruturado de modo a manter a continuidade das relações das pessoas envolvidas no conflito.

Professora Iara Rodrigues de Toledo¹⁴ utiliza-se do estudo de Andreia Cristina Marques Campana, para dar a definição de Ildemar Egger:

O método extrajudicial, não adversarial, de Solução de conflitos através do diálogo é um processo autocompositivo, isto é, as partes, com o auxílio do mediador, superam o conflito sem a necessidade de uma decisão externa, proferida por outrem que não as próprias partes envolvidas na controvérsia, ou seja, na mediação, por intermédio do diálogo do mediador auxilia os participantes a descobrir os verdadeiros conflitos, seus reais interesses e a trabalhar cooperativamente na busca das melhores soluções. A solução obtida culminará num acordo voluntário das partes. A mediação consegue na maioria das vezes, restaurar a harmonia e a paz entre as partes envolvidas, pois o mediador trabalha especialmente nas inter-relações. Na mediação, as soluções surgem espontaneamente, reconhecendo-se que a melhor sentença é a vontade das partes.

Assim como fez com a conciliação, o Novo Código de Processo Civil, não faz uma conceituação de Mediação, mas este ao definir a conduta do mediador, da o entender que segue a doutrina dominante, vê-se no artigo 165, § 3º da nova lei:

Art. 165 § 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.

Sendo assim, a mediação é vista como o método, ou técnica, que modifica um conflito para chegar a um acordo em relações que precisam ser resguardadas, que não terminarão com o acordo, tendo como maior exemplo as relações de família, onde existe relação de afeto, mas também entre vizinhos, sócios de uma empresa,

¹⁴ TOLEDO, Iara Rodrigues. Idem

no ambiente escolar, por serem relações que continuam após a sessão de mediação.

MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E ACESSO À JUSTIÇA

Desde o momento em que o homem começou a viver em sociedade, o conflito passou a fazer parte do seu cotidiano. Interesses contrapostos se encontram no dia a dia, e nem sempre é fácil sua resolução, seja pela outra parte se impor contra, seja pela impossibilidade legal.

O conflito, ou lide como preferem alguns autores, podem surgir de várias áreas do relacionamento humano. Em sentido amplo, conflito deve ser entendido como desentendimento, oposição de interesses e ideias; e até mesmo briga e confusão.¹⁵

Fernanda Tartuce¹⁶ trás a clássica definição de lide de Carnelutti ‘conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida.’

Para dirimir esta lide, sem que o indivíduo se utilize da própria força, o Estado tomou para si tal decisão, por meio da sua função Jurisdicional. Jurisdição, nas palavras de Luis Henque Barbante Franzé, é “a função Estatal que faz prevalecer a vontade concreta da lei material, substituindo a vontade das partes.”¹⁷

A Jurisdição Estatal, como função, tem o condão de dirimir lides, e o faz por meio do Processo, que é um conjunto coordenado de atos, para que o órgão da jurisdição faça valer a real vontade da lei.¹⁸

Quando se fala em tutela jurídica e processo, devem ser feitas algumas considerações. A primeira delas é que tutela jurisdicional deve conter um processo justo, sendo somente assim as partes envolvidas terão realmente um final justo para seu litígio. Quando se fala em tutela jurisdicional e, portanto em processo justo, deve ser levado em consideração todo um aparato, para que os atos coordenados que dão forma ao processo se desenrolem da maneira mais adequada.

Tal aparato, segundo Michel Teixeira de Souza, citado por Franzé¹⁹, compreende organização do judiciário, investimento estatal, acesso universal à

¹⁵ GABBAY, Gabriela Monteiro; FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. **Meios alternativos de solução de conflitos**. Rio de Janeiro : Editora FGV, 2013. p. 07

¹⁶ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo : Método, 2008. p. 24.

¹⁷ FRANZÉ, Luis Henrique Barbante. **Teoria geral dos recursos revisitada**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 21.

¹⁸ Idem, p. 23.

¹⁹ Idem, p. 21

justiça, igualdade das partes e contraditório, previsibilidade do pronunciamento, prazo razoável de duração do processo e procedimentos diferenciados.

Sem qualquer destes elementos a probabilidade de um fim que não seja justo para as partes se torna mais real.

Na atualidade brasileira, o que se pode notar é que muitos desses requisitos inexistem, e devido a uma ligação intrínseca entre vários deles, quando não existe um, torna-se impossível a existência dos demais.

Por conta da inexistência de vários desses requisitos, o judiciário brasileiro se acha com grande número de processos, sendo impossível o julgamento deles de forma célere e previsível, tendo como resultado, o acesso ao judiciário, mas não o acesso à justiça.

Para definir o sentimento de justiça, Fernanda Tartuce²⁰ utiliza-se das ideias de Rudolf von Ihering e Marçal Barreto Casabona:

[...] as situações peculiares da vida e das instituições de cada povo são determinantes das reações do sentimento de justiça dos Estados e das pessoas. Com efeito, cada ser humano concebe a justiça segundo seus próprios parâmetros e suas íntimas convicções, por certo carregadas de forte coloração afetiva e grande ressonância emotiva. Eis por que há quem afirme que 'a justiça total não é deste mundo'.

Em continuação, ensina a autora que nos séculos XVIII e XIX o acesso à justiça era considerado como o direito de demandar, ou contestar uma demanda, porém tal conceito já e ultrapassado, pois o ponto central do acesso à justiça não é propiciar o livre acesso ao judiciário, mas sim possibilitar as partes que consigam ter acesso ao que é seu.

Neste contexto, não importa o meio utilizado para conseguir o acesso à justiça, se a autotutela, limitada pela lei, a outocomposição, onde as partes entram em acordo, ou pela imposição de um terceiro, seja pela arbitragem ou pelo julgamento no judiciário.

Ou seja, não é necessário que se tenha a tutela estatal para que se tenha acesso à justiça, pois o acesso ao judiciário é um dos meios de se chegar a uma decisão justa.

De encontro com este pensamento os CEJUSCs já realizam as mediações/ conciliações pré-processuais, e o Novo CPC contempla a realização da mediação e

²⁰ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo : Método, 2015. p. 75.

conciliação extrajudicial, que é regulamentada pela Lei 13.140 de 2015.

Novo Código de Processo Civil:

Art. 175. As disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica.

Parágrafo único. Os dispositivos desta Seção aplicam-se, no que couber, às câmaras privadas de conciliação e mediação.

A mediação e a conciliação não visam acabar com os processos judiciais, mas conviver simultaneamente, sendo utilizadas quando se trata de direitos disponíveis, e quando as partes estão dispostas a autocomposição. Friza Fernanda Tartuce²¹ que não deve se ter a forma como o mais importante, o valor superior é o acesso à justiça o “dar a cada um o que é seu” e não o formalismo utilizado para se alcançar esse direito.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth, no projeto nomeado como Florença, destacam a importância do Direito de acesso à justiça, pois é ele quem leva a efetivação dos demais, e que para essa efetivação os métodos autocompositivos seriam os melhores por serem apaziguadores. Porém eles não devem ser utilizados de modo isolados, devendo os métodos de atingir o acesso à justiça serem “plurais” e “combinação de várias soluções integráveis entre si”²².

Cappelletti chama este enfoque de “justiça coexistencial”, sendo, ainda conforme Fernanda Tartuce, um meio mais apto quando se fala em assegurar o acesso à justiça. Sendo uma tendência mundial, onde as partes dão fim ao um conflito definitivamente, estipulando, por elas mesmas, as regras que seguirão. Diferentemente do sistema jurisdicional estatal, onde um terceiro diz a lei que deve ser seguida.

Se valendo dos ensinamentos de Chiovenda, explica a autora que o objetivo do processo é expor a vontade da lei, o que pode não fazer cessar a contenda, pois uma das partes saiu perdedora do julgamento. É o sistema perde/ganha que está enraizado no sistema judiciário e na sociedade atual. Não é raro, nos casos decididos pela via do judiciário, que haja “litigiosidade remanescente”. Isso ocorre quando as partes ainda mantem relação após o termino do processo, pode-se citar vizinhos ou mesmo familiares, que não conseguem manter relacionamento.²³

²¹ Idem, 77 - 78.

²² Idem, p.78 – 79.

²³ Idem, p.81 - 82.

Ainda no contexto de coexistência, caberá as partes a decisão de ingressar no judiciário ou procurar um meio autocompositivo para dar fim ao seu conflito, Rudolf von Ihering espera que os conflitantes saibam raciocinar na relação ‘custo-benefício’ para tomar essa decisão.²⁴

Salienta ainda a mudança de visão que é dada ao conflito, por quanto a decisão judicial visa resolver um conflito do passado, a conciliação e a mediação visam revolver o conflito presente e preservar a relação futura, evitando novos litígios entre os envolvidos.

Quando se fala em escolha do melhor método para dirimir conflitos e alcançar o real acesso à justiça, há que se ver entre os envolvidos não só as partes, mas quem as auxilia na escolha. Entra aí a formação dos operadores do direito, principalmente dos advogados, que devem estar cada vez mais atentos a estas possibilidades. Tal escolha deve se basear na “índole do conflito e no perfil das partes”. E com esses elementos pode-se ser levantado as vantagens e as desvantagens de se acessar a justiça pelos métodos, até então, chamados alternativos.²⁵

Com essas convicções, Fernanda Tartuce²⁶ apresenta vantagens e desvantagens na escolha destes métodos, que poder ser listadas de forma simples para melhor visualização e entendimento.

São consideradas como vantagens:

- “Obtenção de resultados rápidos, confiáveis, econômicos e ajustados às mudanças tecnológicas em curso.”
- “Ampliação de opções ao cidadão, que teriam oportunidades diversas de tratamento do conflito.”
- “Aperfeiçoamento do sistema de justiça estatal por força da redução do número de processos em curso.”
- “Estabelecimento de uma interação produtiva entre os indivíduos, compondo a controvérsia já instalada e prevenindo a verificação de outros impasses.”
- Cumprimento espontâneo dos ajustes entabulados.

São colocadas pela autora como Desvantagens:

- “Deletéria privatização da justiça (retirando do Estado, a ponto de enfraquecê-lo, uma de suas funções essenciais e naturais, a administração do sistema de justiça);”

²⁴ Idem, p.84.

²⁵ Idem, p.168.

²⁶ Idem, p.168-172.

- “Falta de controle e confiabilidade de procedimentos e decisões (sem transparência e lisura);”
- “Exclusão de certos cidadãos e relegação ao contexto de uma ‘justiça de segunda classe’;”
- “Frustração do jurisdicionado e enfraquecimento do Direito e das leis.”

A autora se posiciona contra as desvantagens aqui listadas, pois não vê como enfraquecimento o fato de que a parte toma para si a decisão a ser adotada, mas sim vê como empoderamento e maior justiça.

“[...] Ademais, não há enfraquecimento, mas justamente o fortalecimento do Direito a partir do momento em que as partes o cumpram espontaneamente (sem atender a ilegítimos elementos de coerção). A autoridade dos institutos jurídicos há de ser mais bem reconhecida a partir do momento em que sua observância seja discutida, negociada e genuinamente admitida pelos contendores.”²⁷

Ressalta ainda, que, como já foi explanado no presente estudo, os métodos alternativos, no caso a mediação e a conciliação, visam coexistir com o Poder Judiciário, e não enfraquecê-lo ou substituí-lo, mas auxiliando a sua modernização e facilitando o acesso à justiça.

CONCLUSÃO

Como se pode perceber, apesar de institutos semelhantes, a conciliação e a mediação são utilizadas de formas e para litígios de fontes diferentes, apesar de a própria legislação brasileira utilizar um termo pelo outro. A doutrina por sua vez faz a diferenciação dando maior ênfase à mediação, pela transformação que realiza no convívio das partes.

Com a jovem história do Brasil na utilização destes métodos, 16 anos se for contado desde a lei dos juizados especiais, os cidadãos ainda tem a figura do Juiz como aquele que deve dizer se a conduta está certa ou errada, ou se direito que deve ser aplicado é este ou aquele.

O que vem propor o novo rumo das solução de conflitos é que as lides mais simples, e que versem sobre Direitos disponíveis sejam revolvidas pela autocomposição, deixando que as partes achem o melhor caminho para resolvê-los,

²⁷ Idem, p.171.

ficando a cargo do Estado/Juiz, as causas mais complexas.

Um não substituiria nem enfraqueceria o outro, mas como dito no texto, coexistiriam, fazendo com que o acesso à justiça, se dê por formas diferentes.

Esta coexistência não só geraria um destravamento do Judiciário brasileiro, como levaria a maior sensação de justiça, pois quem necessitar realmente a jurisdição estatal, por meio do processo, veria todos os aspectos do devido processo legal atingidos, sendo feita justiça.

A mediação e a conciliação veem para somar, fazendo parte efetiva da Jurisdição, tornando a justiça realmente acessível em todos os níveis.

Assim, é de suma importância que para a aplicação e a efetivação dessa coexistência é necessário a mudança de pensamento, por meio da educação para que o cidadão tome consciência de que ele pode e deve resolver seus litígios, e que o Poder Judiciário deve ser utilizado depois de esgotados os métodos que ainda hoje são chamados de alternativos.

REFERÊNCIAS

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos conflitos e Direito de Família* - Curitiba: Juruá, 2003.

MORAIS, José Luis Bolzan de, SPENGLER, Fabiana Marion, *MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM: ALTERNATIVA À JURISDIÇÃO*. 3ª Ed. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SOUZA, Eliana Bispo Alves de. *Mediação como forma alternativa de solução de controvérsias*; orientador: Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior. Marília, SP: [s.n], 2012. 77 f. Monografia. UNIVEM, Marília 2012.

SANDEL, Michael J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*; tradução Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 6ª ed. - Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis* – Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*, 2 ed. Revista, atualizada e ampliada – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

TOLEDO, Iara Rodrigues de, *Desarmando os Sentimentos na Família – Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos: A Conciliação, A Mediação e a Arbitragem*.