

**UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL
CURSO DE DIREITO**

Lilian Elise Bartz

A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NO ATUAL CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO

Santa Cruz do Sul
2019

Lilian Elise Bartz

A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NO ATUAL CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Fabiana Marion Spengler

Santa Cruz do Sul
2019

Aos meus pais com todo o meu amor.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, a quem dedico todo o meu esforço, pois foram os maiores responsáveis para eu chegar até aqui.

Ao meu amor, que me apoia e vive comigo todos os meus sonhos. A minha família e amigos, que entenderam todos os momentos em que eu não estive presente. Com amor, deixo a vocês toda minha gratidão!

Aos professores da graduação no curso de Direito da UNISC, em especial à minha orientadora Fernanda Marion Spengler por toda dedicação e confiança depositadas em mim. Fico muito grata por toda experiência adquirida no grupo de pesquisa e na bolsa de iniciação científica durante a graduação, tenho certeza que foi um importante desenvolvimento pessoal e profissional.

RESUMO

O presente trabalho monográfico aborda a mediação como um meio devidamente eficaz e qualificado para tratar o conflito existente e principalmente para compreender de que forma o terceiro facilitador pode buscar a decisão dialogada e consensual das partes. Desse modo, a problemática a ser enfrentada consiste em verificar o método da mediação como um mecanismo capaz de proporcionar às partes uma análise do conflito, ou seja, com o intuito de harmonização da relação pessoal. Por conseguinte, de que modo e através de que mecanismos a mediação pode ser eficaz e devidamente qualificada para tratar o conflito existente? Para dar conta dessa tarefa, utiliza-se o método dedutivo, ou seja, através de metodologia bibliográfica voltada a livros, periódicos, artigos e de legislação referente ao tema, procura-se levantar ideias e posicionamentos que possibilitem uma solução ao problema imposto. É de fundamental importância o estudo do tema, visto que o estudo dos métodos de solução consensual de conflitos surge da ressignificação daquilo que é o conflito, bem como de seus desdobramentos entre as partes, numa construção de uma possível composição diante do litígio que estão enfrentando. Dessa forma, torna-se necessário uma mudança de paradigma a fim de que a controvérsia seja vista mediante outra perspectiva. Nessa condição, através do efetivo acesso à justiça, aos conflitantes deve ser possibilitado o alcance e a compreensão do método da mediação, com o intuito de fortalecer a cidadania e consequentemente garantir uma justiça digna e qualificada.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Conflito. Mediação.

ABSTRACT

The present monographic work deals with mediation as a duly effective and qualified means to deal with the existing conflict and mainly to understand how the third facilitator can seek the dialogued agreement and consensual decision of the parties. In this way, the problem to be faced is to verify the method of mediation as a mechanism capable of providing the parties an analysis of the conflict, that is, with the intention of harmonizing the personal relationship. Therefore, how and through what mechanisms can mediation be effective and properly qualified to deal with the existing conflict? In order to deal with this task, the deductive method is used, that is, through a bibliographical methodology focused on books, periodicals, articles and legislation related to the theme, it seeks to raise ideas and positions that allow a solution to the imposed problem. It is of fundamental importance to study the subject, since the study of the methods of consensual solution of conflicts arises from the re-signification of what the conflict is, as well as its unfolding between the parties, in a construction of a possible composition in the face of the litigation they are facing . In this way, a paradigm shift is necessary in order to see the controversy from another perspective. In this condition, through effective access to justice, to the conflicting should be made possible the reach and understanding of the method of mediation, with the intention of strengthening the citizenship and consequently guarantee a dignified and qualified justice.

Keywords: Access to justice. Conflict. Mediation.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	07
2	OS CONFLITOS EXISTENTES NO ATUAL CENÁRIO JURÍDICO	10
2.1	Análise histórica do conflito	10
2.2	O conceito e a administração do conflito.....	14
2.3	O acesso à Justiça e o método mais adequado para a resolução	18
3	ALTERNATIVAS PARA A ADMINISTRAÇÃO DOS CONFLITOS	24
3.1	Conciliação e acordos.....	24
3.2	Arbitragem.....	29
3.3	A mediação de conflitos e sua aplicação através da decisão dialogada e consensual	34
3.4	Necessidade de expansão dos métodos autocompositivos.....	38
4	A MEDIAÇÃO.....	41
4.1	Histórico da mediação e o atual cenário jurídico.....	41
4.2	A mediação judicial e extrajudicial.....	47
4.3	O papel do terceiro mediador	54
5	CONCLUSÃO	59
	REFERÊNCIAS	62

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o tema mediação de conflitos no atual cenário jurídico brasileiro. Possui como objetivo principal analisar a mediação como um meio devidamente eficaz e qualificado para tratar o conflito existente e principalmente compreender de que forma o terceiro facilitador pode buscar a decisão dialogada e consensual das partes.

A principal questão a ser respondida com este trabalho reside em verificar o método autocompositivo da mediação como um mecanismo capaz de proporcionar às partes uma compreensão do conflito, ou seja, com o intuito de harmonização da relação pessoal, de forma a restabelecer um diálogo que já foi perdido. A finalidade é analisar a mediação como uma política pública de tratamento adequado para a resolução dos conflitos, em conformidade com a Resolução nº 125 que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, sobre o amparo do Código de Processo Civil, no artigo 334, que dispõe sobre a audiência de mediação e conciliação.

Os processos judiciais atualmente são em síntese um reflexo da sociedade. É necessário modificar o meio de resolução dos conflitos, que impedem as partes de enfrentarem os reais obstáculos de seus problemas. Devido a constantes mudanças que ocorrem no Direito, o judiciário precisa acompanhar essa evolução e assim estar cada vez mais próximo do cidadão. Desse modo, o excessivo número de demandas judiciais diminuirá e essa mudança será natural a partir da modificação de visão da sociedade. Portanto, de que modo e através de que mecanismos a mediação pode ser eficaz e devidamente qualificada para tratar o conflito existente?

Para o desenvolvimento da proposta determinada, a pesquisa se desenvolveu a partir do método de abordagem dedutivo. Como método de procedimento utiliza na sua abordagem metodológica, uma pesquisa qualitativa. Assim, através de metodologia bibliográfica voltada a livros, periódicos, artigos e de legislação referente ao tema, buscou-se levantar ideias e posicionamentos que possibilitem uma solução ao problema imposto.

Dessa forma, no primeiro capítulo será analisado o conflito em si, este inerente à sociedade. No primeiro subitem pesquisa-se o histórico do conflito, de modo a verificar como pode ser feita a administração da relação conflituosa para consequentemente não prejudicar os laços afetivos entre as partes. Conjuntamente,

analisa-se histórico do acesso à justiça para seguidamente examinar qual é o método mais adequado para tratar a divergência entre as partes.

Posteriormente, no segundo capítulo explana-se acerca dos métodos para dirimir os conflitos. Por conseguinte, a resolução de controvérsias existentes pode se dar através do procedimento da heterocomposição, o qual existe a imposição de um terceiro, seja o juiz ou árbitro que determina uma decisão de acordo com o caso concreto envolvido. Alternativamente, os métodos autocompositivos, tais como, a mediação e a conciliação visam tratar o conflito através da prática do diálogo, quando for possível sua adequação de acordo com o conflito envolvido.

Destarte, será analisado conjuntamente o instituto da arbitragem e suas especificações; a conciliação e a importância dos acordos; e a mediação de conflitos e sua aplicação através da decisão dialogada e consensual. A partir da mudança de visão dos indivíduos e a expansão dos métodos através de procedimentos que intensifiquem o uso destes, os mecanismos autocompositivos podem se tornar uma alternativa viável para composição das controvérsias.

No terceiro capítulo do trabalho, analisa-se em especial a mediação. O qual será visto o histórico do instituto e como este se adequa ao atual cenário jurídico brasileiro. Posteriormente, verifica-se um panorama entre a diferença da mediação judicial e extrajudicial e o seu procedimento. Assim como, traz-se a importância do terceiro facilitador que exerce papel fundamental para tratar o conflito de maneira adequada e eficaz, de modo que posteriormente os conflitantes possam ter futuramente uma relação saudável.

O estudo do tema em comento é de fundamental importância, visto que estudo de métodos de solução consensual de conflitos surge da ressignificação daquilo que é o conflito, bem como de seus desdobramentos entre as partes, numa construção de uma possível resposta diante do litígio que estão enfrentando. Torna-se então de extrema relevância no contexto jurídico atual o estudo da mediação com um meio pertinente e eficaz para humanizar as relações e para o exercício de empatia com o outro.

É necessário agregar novos valores no contexto social e desprender-se de antigos paradigmas de judicializar qualquer divergência entre as partes. De extrema importância é destacar o papel do terceiro nesse diálogo, que deve ser qualificado para conduzir cada mediação, não lhe cabendo interferir ou expressar como agiria

diante da situação exposta. Deve-se garantir o acesso à justiça através destes métodos com qualidade para o cidadão.

2 OS CONFLITOS EXISTENTES NO ATUAL CENÁRIO JURÍDICO

Os conflitos estão presentes em todos os espaços, pois sempre que houver convivência de pessoas haverá divergências de pensamentos. A palavra conflito está relacionada com a ideia de controvérsia e são essas diferenças de interesses que produzem o conflito.

Desde os primórdios as divergências sempre estiveram presentes na sociedade, de forma diferente, de acordo com cada época da história da humanidade. Percebe-se que pela história do direito e com o passar do tempo, foi colocando-se como centro de discussões o papel do homem e sua postura frente a determinadas circunstâncias, principalmente na área política e social.

Aos poucos, muitas teorias foram surgindo acerca do modo de convivência em sociedade, principalmente em relação ao indivíduo e como este deve se comportar a partir de regras de condutas impostas de acordo com cada cultura, e assim, gradualmente o direito foi se inserindo na coletividade.

Em vista disso, o Direito veio para conduzir as relações interpessoais e como um conflito pode vir a ser resolvido, seja pelo meio judicial ou extrajudicial. As alterações na sociedade tem gerado uma grande expansão da atuação do poder judiciário na administração da questão envolvida entre as partes, ou seja, as circunstâncias carecem cada vez mais de soluções mais pacíficas e consensuais, de modo a buscar uma melhor resolução para os conflitantes.

2.1 Análise histórica do conflito

Historicamente, nota-se que a existências de conflitos sempre esteve presente, muitos antes de uma sociedade regrada pelo Estado, porém, em dimensões diferentes da atual fase que se encontra atualmente o cenário político-social. Indivíduos com diferentes ideais e estimulados por objetivos particulares sempre irão de alguma forma ao encontro de opiniões contrárias motivadas por outros pensamentos. As divergências existem ao pensar diferente de cada cultura que historicamente é guiada por outros costumes e hábitos.

Antigamente, ainda na era primitiva, onde o Estado não exercia função jurisdicional, os conflitos eram mediados pela própria comunidade, que vivia essencialmente da caça e da pesca, eram os chamados nômades. As relações

humanas eram menos complexas e mais horizontalizadas. A evolução do conflito e suas manifestações alteradas pela violência variam de acordo com a circunstância intersubjetiva, histórica, social, cultural e econômica. (VASCONCELOS, 2008)

Evidencia-se que nessa época o conflito era resolvido principalmente através da lei do mais forte, solucionados de forma hostil, fase conhecida como autotutela. Logo, as pessoas utilizavam a força para obtenção de seus desejos particulares, ignorando qualquer norma de conduta pré-estabelecida. Para Hobbes (2000) na exposição sobre o “estado de natureza”, os homens podem todas as coisas e utilizam-se de todos os meios para atingi-las, pois, possuem um poder de violência ilimitado. Ou seja, exploram de todos os modos possíveis, mesmo que seja até injusto o método praticado.

Na autotutela, ou também conhecida como autodefesa, segundo Delgado (2002) verifica-se quando o próprio sujeito busca resolver seu interesse pela força, impondo-o (e impondo-se) à parte contestante e à própria comunidade. Ou seja, permite o exercício de defesa através da coerção de um particular. Já Tartuce (2008) aborda a autotutela como a primeira resposta encontrada pelos indivíduos para resolver suas controvérsias, que atualmente é vista como um meio não apto para garantir propriamente a justiça, por valer-se do sistema da vitória do mais forte sobre o mais fraco. Contemporaneamente as formas de exercer autotutela, foram transferidas ao Estado, que passou a ditar a solução dos conflitos de interesses.

Nos dias de hoje é possível observar que esses comportamentos não garantiam a justiça e sim aumentavam a violência entre as pessoas. Ainda que não seja mais utilizada como antigamente, verifica-se que ainda se faz presente no Direito brasileiro atual através da legítima defesa e o estado de necessidade, conforme dispõe o texto do art. 188 do Código Civil (BRASIL, 2002, <www.planalto.gov.br>):

Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Desse modo, a aplicação do artigo supra através dos institutos mencionados deve ser consoante os princípios da razoabilidade e boa fé por poder acarretar danos ao outro sujeito. Se verificado algum tipo de prejuízo, o lesado tem o direito de indenizar o indivíduo que cometeu determinado comportamento invasivo, ou seja, nosso sistema contempla a responsabilidade civil por certos atos definidos como lícitos, num importante mecanismo de proteção as vítimas atingidas. Tais hipóteses também configuram-se com os mesmos parâmetros no âmbito criminal. (TARTUCE, 2008)

Posteriormente, com início da revolução agrícola, as comunidades vieram a se tornar sedentárias e com isso gerando em alguns o poder e riqueza. Então, a violência tornou-se instrumento de poder, como forma de proteção dos grandes proprietários de terras, com o apoio em suas milícias privadas. Multidões eram recrutadas à força, à plebe, apenas cabiam os deveres e obrigações, enquanto que aos nobres eram destinados os direitos e privilégios. Essa natureza patrimonialista propagou por muito tempo, como um modelo dentro da sociedade. (VASCONCELOS, 2008)

Com o desenvolvimento do comércio e mais tarde com a revolução industrial, o poder foi deslocando-se para mais esferas e assim as relações foram se ampliando. Nas explanações de Rousseau (1973) implantaram-se regras e condutas em forma de um Contrato Social, no qual os homens passam a ser regidos por um ente maior, o Estado. Assim, para viver numa sociedade organizada, ressaltaria a vontade da coletividade num todo, com uma soberania então mais limitada. Consequentemente, o poder do Estado serve para ordenar esses conflitos, sendo imparcial, porém imperativo nas decisões, para prevalecer o direito justo num conflito entre as partes.

Aos poucos com a evolução do Estado e sendo este detentor da responsabilidade de ditar regras e solucionar controvérsias, foi desenvolvendo-se a jurisdição. Portanto, diante da perspectiva de que o Estado é representado pelo Juiz e que este é o responsável em relatar a quem deve ser atribuído o direito, surge simultaneamente o processo judicial. Spengler (2016) reforça que o modelo conflitual de jurisdição caracteriza-se pela oposição de interesses entre as partes e com a atribuição de um ganhador e um perdedor, o qual um terceiro neutro e imparcial, que é representado pelo Estado, é chamado para dizer a quem pertence o Direito. Ainda, consoante o tema exposto, Spengler (2016, p. 142) expõe que:

Conseqüentemente, para tratar os conflitos nascidos da sociedade, o Estado, enquanto detentor do monopólio da força legítima, utiliza-se do Poder Judiciário. O juiz deve, então decidir os litígios porque o sistema social não suportaria a perpetuação do conflito. A legitimidade estatal de decidir os conflitos nasce, assim, do contrato social no qual os homens outorgaram a um terceiro o direito de fazer a guerra em busca da paz.

Faz-se necessário verificar o tipo de controvérsia existente para uma melhor adequação de como solucionar de acordo com o caso concreto. Logo, “conflito e desacordo são partes integrantes das relações sociais e não necessariamente sinais de instabilidade e rompimento. Invariavelmente, o conflito traz mudanças, estimulando inovações.” (SPENGLER, 2016, p. 128). Conclui-se, portanto que o conflito é inerente à sociedade e que esta vem a progredir e ampliar o modo de pensar em como solucionar os conflitos de acordo com a expansão do cenário jurídico atual.

Destaca-se que a divergência pode vir a ocorrer entre grupos sociais por envolver oposição entre culturas distintas. É certo dizer que o ser humano não consegue viver isoladamente, ao decorrer da vida é que forma-se o jeito de ser e se relacionar de cada indivíduo com o mundo exterior. Assim, gradualmente são desenvolvidos os diversos tipos de relações sociais de acordo com cada época da vida. Essas relações entre os grupos são as que formam a sociedade, e esta está sujeita a normas. São essas normas que compõe a cultura de cada corpo social juntamente com as crenças, a moral, os costumes e todos os hábitos e aptidões adquiridos.

Reforça-se que o conflito é natural à vida em sociedade; assim, são criados procedimentos para melhor lidar com ele. Conforme Eagleton (2011, p. 21), “a cultura é uma questão do desenvolvimento total e harmonioso da personalidade, mas ninguém pode realizar isso estando isolado”.

De fato, as controvérsias irremediáveis são o tempero de todas as culturas, pois um ser humano para pertencer a uma cultura específica deve ter crenças contraditórias e específicas, é a chamada dissonância cognitiva. É uma qualidade vital, pois se as pessoas não fossem capazes de ter valores contraditórios, seria improvável construir e manter qualquer cultura humana (HARARI, 2017).

À vista do exposto, verificar-se-á no subcapítulo que segue a definição de conflito, bem como seus desdobramentos e implicações.

2.2 O conceito e a administração do conflito

De forma breve, o conceito de conflito significa a oposição de interesses entre duas ou mais pessoas que pensam de forma antagônica sobre determinado assunto. O que conseqüentemente gera uma situação a qual as pessoas não conseguem chegar a um consenso, podendo acarretar em um futuro litígio judicial por envolver diferentes expectativas e valores.

Conforme Berg (2012), a palavra conflito vem do latim *conflictus*, que significa choque entre duas coisas, embate de pessoas, ou grupos opostos que lutam entre si, ou seja, é um embate entre duas forças contrárias. Semelhantemente, Spengler (2012, p. 110-111), apresenta que a classificação do conflito é marcada por “um processo dinâmico de interação humana e confronto de poder no qual uma parte influencia e qualifica o movimento da outra, enquanto ambas são influenciadas e influenciam o meio (comunidade) no qual se encontram inseridas”.

O conflito é dissenso, sinônimo de controvérsia, uma falta de acordo. Decorre de interesses, valores e expectativas contrariadas. Numa disputa conflituosa costuma-se ter ideia de que a outra parte é um adversário ou até mesmo um inimigo, a depender do caso. Dessa forma, tende a parte a reforçar sua posição unilateral, numa tentativa de enfraquecer os argumentos da parte contrária. Ou seja, o conflito então é fruto de percepções e posições contrárias quanto a fatos, condutas e crenças. (VASCONCELOS, 2004)

Ocorre pela diferença de objetivos e interesses pessoais, e é parte inevitável da natureza humana; constitui o lado oposto da cooperação e da colaboração. Para que haja conflito, além da diferença dos fatores citados, deve haver uma interferência deliberada de uma das partes envolvidas, ou seja, quando uma das partes, seja indivíduo ou grupo, tenta alcançar seus próprios objetivos interligados com alguma outra parte, a qual interfere na sua busca de atingir os objetivos. (CHIAVENATO, 2004)

Apesar de o termo conflito ser, por si só, visto sob um prisma negativo, o fato é que há também ter que considerar que existe algo de favorável no mesmo. Certamente verifica-se que as controvérsias instaladas nos meios sociais trazem benefícios aos cidadãos, pois permite encarar formas diferentes de lidar com certos problemas e situações. Estimula principalmente um pensamento crítico e criativo, o que melhora os relacionamentos e apreciação das diferenças. Conseqüentemente,

facilita a inovação, a mudança e adaptação, o que possibilita o exercício da autocompreensão.

Pode-se reconhecer que o conflito na verdade não é violento, porém a forma de resolver ou de expressar é que pode tornar as relações conflituosas. É necessário procurar a solução e o não culpado, para que então a discordância vire uma fonte geradora de mudanças e assim para crescimento mútuo de ambos. Quando reconhecido o erro, faz-se necessário procurar modificar o comportamento que levou a tal ato e principalmente dialogar para restabelecer um convívio que possa ter se perdido. Dessa forma, somente quando não for possível o entendimento, aplicar-se-á o instituto da mediação, o qual um terceiro neutro poderá facilitar e tentar restabelecer o diálogo perdido a fim de tratar o conflito.

Portanto, existe sempre a possibilidade de emergir um lado positivo de cada desentendimento, administrar o conflito de forma pacífica é essencial para a boa convivência em sociedade. Torna-se fundamental o conhecimento da situação que gera a discórdia para tentar controlar esta da melhor forma possível. O homem é caracterizado por um comportamento individual, podendo cooperar ou competir, assim coopera quando os objetivos particulares somente podem ser adquiridos por meio do esforço comum coletivo e disputa quando os objetivos são pretendidos por outros. (CHIAVENATO, 2000)

Spengler (2012) expõe que a violência pode emergir do conflito ou precedê-lo. Ou seja, o emergir do conflito cria singularidades. Ele cria o local, estabelecendo regras de convivência e limites. Dessa forma, o conflito possui grande importância na comunidade, porque a partir dele podem ocorrer rupturas e novos paradigmas de conduta como consequência da forma que é tratado. O paradigma pode ser visto como um conjunto de regras que definem fronteira entre o que é certo e errado, entre o que se deve fazer e o que não se deve fazer. Ele funciona como um modelo, como um padrão que define o comportamento das pessoas (CHIAVENATO, 1996).

As possibilidades de interação entre o conflito e as relações sociais são amplas, isso, pois o estar em conflito é uma forma de interação com a coletividade. Conforme expõe Spengler (2016, p. 114):

[...] o conflito é uma forma social possibilitadora de elaborações evolutivas e retroativas no concernente a instituições, estruturas e interações sociais, possuindo a capacidade de constituir-se em um espaço em que próprio confronto é um ato de reconhecimento, produzindo, simultaneamente, uma transformação nas relações daí resultantes. Desse modo, o conflito pode

ser classificado com um processo dinâmico de interação humana e confronto de poder no qual uma parte influencia e qualifica o movimento da outra.

O conflito pode ser considerado tanto uma potencialidade quanto uma situação, uma estrutura, uma manifestação, um evento ou um processo. Em cada uma dessas formas existe um confronto dialético entre a realidade e a perspectivas do homem, em entrelaçadas potencialidades, disposições e poderes.

Essa interação humana deve vir a ser bem administrada de forma que não comprometa a relação social das partes. Os motivos mais comuns para emergir os conflitos podem ser: a) diferença de compreensões e entendimento acerca do modo de enxergar o mundo; b) diferença de personalidade: por cada indivíduo trazer traços particulares de sua natureza e temperamento e c) frustração de uma ou ambas partes: pelo impedimento de realizar ou satisfazer desejos por alguma interferência externa.

Na realidade brasileira, a litigiosidade é agravada por inúmeros fatores inerentes às nossas instituições. O Estado é o grande gerador de conflitos e insatisfações, nas áreas fiscal e administrativa. Além de tais conflitos, existem inúmeras contradições políticas, sociais, econômicas e regionais no País. (TARTUCE apud WATANABE, 2008)

O conflito pode evoluir de acordo com cada grau de intensidade. Inicialmente as partes dialogam com serenidade, a partir das diferenças de ideias percebidas entre elas, inicia-se um debate para se chegar a alguma conclusão sobre o assunto. Se não possível, abre-se caminhos para a discussão que conseqüentemente gera uma postura de resistência para tentar entender o outro lado. A partir disso o diálogo torna-se impossível e a hostilidade contra o outro vira predominante.

Importante fazer essa diferenciação entre o termo inicial de conflito e o que faz gerar a disputa. Esses termos são frequentemente usados como sinônimos, o que ocasiona uma forma de interpretação equívoca. Spengler (2016, p.119) esclarece os termos da seguinte forma:

Uma disputa é um conflito interpessoal que é comunicada ou manifestada. Um conflito não se transforma em disputa a não ser que seja participado a alguém na forma de incompatibilidade ou de contestação. Conflitos aparecem quando as pessoas definem sua posição, reagem e correspondem a infrações, nos seus relacionamentos. Podem surgir quando líderes expressam ofensas de forma pública ou privada, por exemplo. Disputas ocorrem quando terceiros se envolvem em um conflito, apoiando ou atuando como agentes de entendimentos e tornam público. É importante fazer essa diferenciação ante a necessidade de identificar o mais adequado

processo de intervenção. Enquanto somente conflito, a incompatibilidade de interesses pode permanecer indefinidamente não identificada por terceiros e sem efeitos aparentes. Enquanto disputa, o conflito ocasiona comportamentos referentes à obrigação.

Ainda, as controvérsias existentes podem ser diversas entre elas de acordo com particularidades específicas: dimensões, intensidade e objetivos. Na dimensão classifica-se de acordo com o número de participantes potenciais, por exemplo, numa greve em que estejam todos trabalhadores das empresas envolvidas. A intensidade será conforme o grau de desenvolvimento dos participantes, na sua disponibilidade a resistir até o fim. Objetivos referem-se a um fim que se deseja atingir o qual orienta a ação dos indivíduos que podem ter posicionamentos distintos. Frisa-se que a violência não é um elemento da intensidade, pois ela não mede o grau de envolvimento, porém caracteriza uma ruptura de normas de ambas as partes, o que ocasiona conseqüentemente uma relação de poder. (SPENGLER, 2016).

De acordo com as particularidades específicas, expõe similarmente Chiavenato (2004) que o conflito pode ocorrer em diferentes níveis de intensidade. O conflito percebido é quando as partes compreendem que um conflito existe, pois sentem que seus objetivos são diferentes dos objetivos dos outros. É chamado de conflito latente. Conflito experienciado é quando provoca sentimentos de hostilidade e raiva, entre uma parte e outra. É chamado de conflito velado, pois não é manifestado externamente com clareza. Conflito manifestado ou aberto é quando é expresso através de comportamento de interferência ativa ou passiva, por ao menos uma das partes.

Para Vasconcelos (2008, p. 21), os conflitos podem ser classificados em: a) conflitos de valores (tais como as diferenças ideológicas e religiosas); b) conflitos de informação (como as informações distorcidas ou dotadas de conotação negativa); c) conflitos estruturais (a título de exemplo, as diferenças nas circunstâncias econômicas e políticas dos conflitantes); d) conflitos de interesses (relacionados à reivindicação de bens e direitos de interesse comum).

Posto que foram citadas formas de conflitos e seus resultados, sejam positivos ou negativos, é necessário verificar formas de controlar, a fim de minorar ou inclusive encerrar os efeitos de uma relação conflituosa. Assim, identificam-se os seguintes modos segundo Hampton (1991) para administrar as relações conflituosas: acomodação; dominação; compromisso e solução integrativa de

problemas. A acomodação pode ser usada com um mecanismo para mascarar a controvérsia, ou seja, em desde tentar solucionar, diminui-se a importância do problema a fim de negar sua existência. A dominação tem o proveito de resolver de forma rápida e decisiva, porém pode envolver riscos emocionais. No compromisso, cada parte cede um pouco a fim de solucionar o problema, contudo não se satisfazem ao completo. Por fim, a solução integrativa busca uma maneira de encontrar uma resposta para atender ambos os lados a fim de sanar o obstáculo envolvido.

Verifica-se que para um bom desenvolvimento do tratamento do conflito, é necessário reconhecer as diferenças de percepções e interesses do outro. A relação interpessoal consiste justamente nessas expectativas, pois compreende valores, sentimentos e crenças que se intercomunicam. Dessa forma, se existir um conflito afetará o indivíduo que estiver envolvido. É importante verificar o meio mais adequado para resolução de acordo com cada caso concreto, assim, passa-se a analisar os métodos resolutivos.

2.3 O acesso à Justiça e o método mais adequado para a resolução

A Constituição Federal garante a todos o acesso à justiça de forma plena, conforme art. 5º, XXXV que diz: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988, <www.planalto.gov.br>). Desde o início da criação da figura de Estado, o direito de acessar a justiça é garantido, de forma a assegurar a paz de todos que habitam em sociedade, sendo expressamente vedado negar essa prestação.

Considerando a inevitabilidade de propor uma ação judicial pelo prejuízo de algum direito, seja por dano, lesão ou ameaça, verifica-se que se trata de um direito pessoal, ou seja, é necessário o interesse na ação processual para preencher o pressuposto de análise do mérito em questão.

Para o reconhecimento de um direito e após a prolação de uma sentença, o juiz deve verificar se está válida a petição inicial proposta e se estão presentes os requisitos indispensáveis: interesse processual e legitimidade das partes. A falta desses pressupostos processuais provoca a extinção da causa, sem julgamento do mérito, segundo o art. 485 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015b,

<www.planalto.gov.br>). A jurisprudência do Rio Grande do Sul mantém-se em concordância com o acima exposto:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. LOCAÇÃO. AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA PERICIAL. EXTINÇÃO DO FEITO POR AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL. A ação autônoma para antecipação da produção de provas pressupõe relação de anterioridade cronológica em relação ao ajuizamento do feito principal. No caso em comento, já em trâmite a ação principal, deve o autor postular a antecipação da produção da prova pericial naqueles próprios autos. Sentença confirmada. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70078326048, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Otávio Augusto de Freitas Barcellos, Julgado em 20/03/2019) (RIO GRANDE DO SUL, 2011, <<http://www.tjrs.jus.br>>).

Nota-se portanto que é essencial a análise dessas questões processuais a fim de apreciar a demandas judiciais que ingressam. Nesse modo, a jurisdição guia-se pelos princípios fundamentais estabelecidos na Constituição Federal, tais como: princípio do devido processo legal; princípio do contraditório e da ampla defesa; princípio do juiz natural; princípio da inafastabilidade da apreciação jurisdicional e princípio da razoável duração do processo.

O acesso à justiça pelo art. 5º, XXXV da Constituição Federal e conforme explanado acima guia-se pela inafastabilidade de apreciação jurisdicional, ou seja além de servir para reparar ou resgatar o direito, serve para precaver que o indivíduo seja lesionado. O ingresso ao sistema judiciário está intimamente ligado com a justiça social, pois se sabe que deve-se proporcionar a maior efetividade possível desse direito aos mais carentes economicamente. Portanto, “a busca por um acesso à justiça justa e de todos, sem dúvida, perpassa pela valorização da cidadania.” (DIEHL; COSTA, 2015, p. 88)

Ainda que conforme o texto constitucional disponha que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (BRASIL, 1988, <www.planalto.gov.br>), sabe-se que existem muitos empecilhos para classes menos favorecidas. Apesar de existir meios como a Defensoria Pública e assistência judiciária gratuita ligada ao núcleo de práticas jurídicas de universidades, os chamados NPJ, nota-se que muitas vezes essa assistência não é efetiva, pois existem muitas demandas judiciais ocasionando uma ineficiência e morosidade na prestação desses direitos pleiteados em juízo.

Pela grande expressividade das demandas e com a incapacidade basilar do sistema judiciário, percebe-se que esta nem sempre é um meio célere e eficaz para

assegurar ou obter algum direito. A melhor solução seria então resolver o conflito extrajudicialmente ou através de meios autocompositivos, o qual um terceiro facilita o diálogo entre as partes. Acerca da prestação jurisdicional, acrescenta Torres (2005, p. 44):

O volume de processos que ingressa a cada ano, em todas as esferas do Judiciário brasileiro, soma-se ao resíduo existente, contribuindo essa aglutinação para dificultar a entrega de uma jurisdição mais rápida, prejudicando, dessa forma, o tão almejado acesso à Justiça. Ocorre que aumenta o número de ações propostas a cada ano, mas a estrutura do Poder Judiciário não se harmoniza para um efetivo atendimento. Assim, não sendo satisfatoriamente ampliados e dinamizados os serviços judiciários, o crescimento dos processos ocasiona uma desproporção, porque o número de feitos julgados fica aquém do número de causas que ingressam, aumentando os resíduos e, com isso gerando um clima de insatisfação e descrença na Justiça, por mais esforço e trabalho dos operadores do Direito.

Ademais, por questões culturais, é demasiado o número de pessoas que não sabem precisamente os direitos que possuem, ou não entendem a maneira apropriada para exercê-los. Assim, necessita-se de um amparo de um profissional habilitado para auxiliar precisamente sobre as alternativas jurídicas possíveis e também se necessário para ingressar com uma ação judicial. Porém, sabe-se que o custo com um advogado particular demanda bastante economicamente, o que faz por muitas vezes os mais desfavorecidos não buscar um auxílio jurídico, por não saberem os meios disponíveis ao seu alcance, o qual por vezes poderia ser solucionado através de um acordo. É necessário ser feita uma conscientização dos cidadãos acerca dos direitos disponíveis e os meios para solucionar as controvérsias.

Para o tratamento dos conflitos estas podem ser categorizadas em autocompositivas e heterocompositivas. Na autocomposição o tratamento do conflito é fruto de decisão dos seus próprios autores (como exemplos, podem ser citadas a autotutela ou autodefesa, a facilitação, a conciliação, a mediação e a negociação). Na heterocomposição o tratamento do conflito é feito por meio da decisão de um terceiro (como exemplos, citam-se a arbitragem e a jurisdição) (ARLÉ, 2016).

Frisa-se novamente conforme já exposto no subcapítulo da análise história do conflito que a autotutela ou autodefesa era exercida antigamente quando ainda não existia a figura do Estado e os indivíduos utilizavam-se da força para proteger seus direitos, ou seja, o exercício da defesa era através da coerção de um particular.

Porém, mais tarde as formas de exercer os direitos foram transferidas ao Estado, que passou a ditar as normas.

A negociação é o meio autocompositivo caracterizado pela conversa direta entre os envolvidos e o problema existente, sem intervenção de um terceiro facilitador. Dessa forma, deve-se entender como um mecanismo guiado pelo princípio da cooperação, em que, as próprias partes buscam, por elas mesmas, resolver a lide existente. O objetivo é avaliar somente o problema, deixando de lado impressões pessoais, de modo que a negociação fique centrada somente nos interesses em questão, para a busca do acordo com ganhos mútuos para ambas as partes. Caso não seja possível resolver o problema diretamente com o outro envolvido, busca-se para retomar o diálogo a colaboração de uma terceira pessoa, que poderá atuar com uma mediadora. (CALMON, 2007)

A principal vantagem da autocomposição é a celeridade processual, visto que as próprias partes dialogam para solucionar o conflito existente. Porém, por muito tempo a sociedade foi permeada pela ideia de levar tudo ao judiciário e na busca incessante da decisão imposta pelo magistrado. Ainda que a Constituição Federal, conforme artigo 5º, inciso LXXVIII, assegure a todos uma razoável duração para o processo judicial, a cultura da litigiosidade ainda impera por muitos na realidade brasileira.

Por outro lado, importantes inovações legislativas foram criadas no sistema judiciário nacional, passando por uma significativa transformação a partir da edição de novas normas. No ano de 2010, o CNJ editou a Resolução 125, que recomendou a implantação de métodos autocompositivos, por todos os Tribunais do país, como forma de se alcançar uma prestação jurisdicional mais efetiva e célere. Nesse sentido, Guerrero (2015, p. 5), destaca a relevância da referida Resolução:

Ademais, merece destaque a Resolução nº 125 do CNJ, de 29 de novembro de 2010, que ampliou institucionalmente, no âmbito do Judiciário, o „direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, além da vertente formal perante os órgãos judiciários, [o que] implica acesso à ordem jurídica justa', criando um flanco importante para a utilização dos métodos de solução de controvérsias, estabelecendo „política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses.

Mais tarde, no ano de 2015, foi editado o Código de Processo Civil (instituído pela Lei nº 13.105/2015) e a lei específica sobre mediação entre particulares como

meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública (Lei 13.140/15). O Código de Processo Civil destinou vários dispositivos especificadamente à abordagem da mediação e da conciliação (mais precisamente, os arts. 165 a 175). Observa-se que os “métodos de solução consensual de conflitos” (assim denominados pelo legislador no § 3º do art. 3º) ganharam merecido destaque, devendo ser “estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” (BRASIL, 2015b, <www.planalto.gov.br>).

Destaca-se que o Código estabeleceu a audiência de conciliação e mediação como primeiro ato do processo, excepcionando tal procedimento somente nos casos em que não se admitir a autocomposição e em que houver manifestação de desinteresse de ambas as partes. Paumgarten (2015, p. 194) bem enfatiza a intenção do novo Código de promover a conciliação e a mediação:

O art. 334 do CPC/2015 reflete o intuito conciliatório que se espera do magistrado na condução do processo judicial sob a novel legislação. Se a petição inicial preencher os requisitos legais e não for caso de improcedência liminar do pedido (art. 332 CPC/2015), o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação, antes do oferecimento da contestação pelo réu.

Será prioritário que, antes de qualquer decisão judicial o magistrado busque a reconciliação das partes, conforme preceitua o § 3º do art. 3º do CPC/2015, salvo quando a matéria não admitir a autocomposição (que é mais amplo do que direitos disponíveis), ou quando ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual.

O novo Código evidencia que a proposta é estimular a mediação e a conciliação, e tal incentivo deve ser tarefa de todos operadores do direito, mesmo que já ajuizada a ação. Busca-se um acordo partindo do esforço mútuo entre as partes, mediador/conciliador, o advogado, os serventuários e o magistrado. Ou seja, dessa forma, cada um realiza sua função de forma a possibilitar às partes envolvidas no processo uma cooperação contínua e cumprimento do avençado (SPENGLER, 2017).

Portanto, percebe-se que, apesar de relativamente recentes, os métodos adequados de solução de conflitos ganharam expressão normativa no ordenamento brasileiro, principalmente tendo em vista a necessidade de não serem ajuizadas tantas demandas judiciais e de garantir a resolução mais efetiva e célere dos litígios. É necessário verificar qual o meio de tratamento dos conflitos mais adequado para

cada caso, pois os métodos tradicionais, muitas vezes, impedem as partes de enfrentarem seus reais obstáculos. Nesse sentido, Spengler (2016, p. 162):

Para que todos esses métodos de “resolução” de disputas possam ser postos em prática, contudo, o primeiro passo é deixar de considerar o conflito como um evento social patológico, um mal a ser curado, para vê-lo como um fenômeno fisiológico, muitas vezes positivo. Isso significa abrir mão da lógica processual judiciária de ganhador/perdedor para passar a trabalhar com a lógica ganhador/ganhador desenvolvida por outros meios de tratamento (dentre os quais a mediação), que auxiliam não somente na busca de uma resposta consensuada para o litígio, mas também na tentativa de desarmar a contenda, produzindo, junto as partes, uma cultura de compromisso e participação. Nesses casos, não há ganhador ou um perdedor: ambos são ganhadores.

Deve-se verificar diante da peculiaridade de cada conflito e da situação das partes envolvidas, mecanismos diferentes para gerar a mais idônea e adequada resposta possível. Ou seja, buscar o melhor mecanismo para a composição e a transformação da controvérsia existente. Assim, o termo “composição” revela-se mais adequado que “solução”, pois na verdade a composição indica uma estruturação do conflito em uma nova disposição. Importa em uma resposta cuja formulação participem concretamente os envolvidos para o alcance de uma saída efetivamente pacificadora (TARTUCE, 2008).

Ainda sobre os termos de autocomposição, expõe Tartuce (2008, p. 35):

Muito se fala em solução (ou resolução) do conflito. Em realidade, porém, nem sempre é possível que ele seja resolvido (no preciso sentido de extinção) por um ato isolado; muitas vezes, o impasse tem fases e só é efetivamente superado após uma série de experiências vividas ao longo do tempo pelos envolvidos. Sobreleva aqui a já mencionada noção de “transformação do conflito”.

Ademais, em algumas circunstâncias as partes nem sequer desejam encerrar totalmente a relação com o outro, desejando apenas compor uma específica situação controvertida; é o caso de uma relação negocial contínua, em que as partes querem (ou necessitam) manter o contrato por serem empresas parceiras. Em outros casos, ainda que quisessem, as partes não poderiam encerrar de vez seu vínculo por terem ligações permanentes (como ocorre no parentesco).

Assim, visto que na autocomposição o principal objetivo é o tratamento do conflito de forma pacífica através de um diálogo o qual por vezes se dá por concessões recíprocas de ambas partes, verificar-se-á no capítulo que segue as alternativas específicas e suas distinções, para administrar os conflitos, tais como: conciliação, arbitragem e a mediação.

3 ALTERNATIVAS PARA A ADMINISTRAÇÃO DOS CONFLITOS

Verifica-se que a composição dos conflitos pode se dar através de métodos alternativos ao sistema tradicional existente no judiciário, o qual no procedimento da heterocomposição existe a imposição de um terceiro, seja juiz ou árbitro, que determina uma decisão de acordo com o caso concreto envolvido.

Ressalta-se que em determinadas situações fáticas, é fundamental a atribuição de um terceiro para decidir a lide, por envolver questões específicas, as quais não poderiam ser tratadas através de um acordo, como na conciliação, ou pela mediação mediante o tratamento da controvérsia por um mediador qualificado.

Porém por um longo tempo a sociedade por permeada pela ideia de levar tudo ao judiciário e para deixar como veredito final a sentença imposta por um juiz, que por muitas vezes não resolve completamente a lide entre às partes. Isso porque, frequentemente os conflitos envolvem sentimentos e emoções que devem ser tratadas e dialogadas.

Evidencia-se que essas alternativas apresentadas visam tratar o conflito da melhor maneira possível, principalmente no instituto da mediação, a qual busca a restauração do diálogo a fim de harmonizar a relação das partes. A partir da mudança de visão dos indivíduos, os métodos autocompositivos podem tornar-se uma alternativa viável para composição das controvérsias.

3.1 Conciliação e acordos

A conciliação é um instituto autocompositivo no qual os indivíduos buscam solucionar o conflito através de um acordo, em que um terceiro, o conciliador, tem a atribuição de orientá-las a chegarem num consenso. Desse modo, verifica-se que se enquadra em casos mais acessíveis, relativos principalmente a questões materiais.

O termo conciliação segundo o dicionário online de português (DICIO, 2018) significa “ação ou efeito de conciliar”, “ação ou efeito de fazer com que alguém (que esteja em desacordo com outra pessoa) entre em acordo com; harmonizar ou harmonizar-se” ou ainda segundo o termo jurídico “acordo feito entre as partes que estão num litígio”.

Por se enquadrar num modelo focado no acordo, é apropriada principalmente para lidar com relações eventuais de consumo e relações casuais, pois não existe o

interesse de manter um relacionamento com o outro conflitante, o objetivo de ambos é apenas de equacionar os interesses materiais. Ou seja, é um procedimento célere e pacífico em que um conciliador auxilia as partes a definir uma solução ao problema que enfrentam. Desse modo, tem a particularidade de que o conciliador desempenha uma posição hierárquica, pois toma iniciativas, faz recomendações e apresenta sugestões. (VASCONCELOS, 2008)

Uma vez que o conciliador atua preferencialmente em situações que inexistem vínculo prévio entre as partes, verificará pela manifestação dos envolvidos se o diálogo vai se encaminhar para uma possível autocomposição, percebendo uma resistência maior dos litigantes, poderá formular outras sugestões de modo a encontrar outro caminho para resolver o conflito (GONÇALVES, 2016). Ainda, segundo Spengler (2017, p. 74-75) o “conciliador possui a prerrogativa de elaborar sugestões e propostas, orientando e direcionando o debate e seus resultados; seu escopo é o de alcançar o acordo, focando na composição entre as partes.”.

Consoante Tavares (2002) além do acordo busca-se a harmonização do diálogo das partes e, se possível, a restauração da relação social entre elas. A conciliação resulta de um acordo de vontades de concessões mútuas, em que o conciliando expõe as vantagens e desvantagens que acarretam aos litigantes. O conciliador busca fazer com que as partes evitem o processo judicial, ou ainda que desistam da ação judicial proposta através de um acordo, sem a necessidade de dar continuidade à ação judicial proposta.

Consequentemente, verifica-se que “como procedimento, a conciliação é mais rápida do que uma mediação transformativa; porém, muito menos eficaz.” (VASCONCELOS, 2008, p. 38). Isso porque a mediação busca o tratamento do conflito e não apenas a obtenção de uma resolução célere. Ou seja, verifica que na mediação o acordo não é a principal finalidade, porém “a provável resultante de um processo de comunicação sobre os reais interesses que se escondem sob a rigidez das posturas assumidas pelas partes em conflito.” (FOLEY, 2010, p. 79)

Assim sendo, é necessário verificar caso a caso o tipo de controvérsia existente, pois a depender do que envolve o desentendimento, é fundamental aplicar o método autocompositivo adequado. De acordo com Warat (2001), a conciliação restringe-se a atuar na disputa das posições, não no conflito em si e suas implicações. Desse modo, nota-se que a conciliação está envolvida em situações objetivas, sem muita abrangência emocional ou interpretativa da discórdia, por existir

menos complexidades, não se procura a alteração da problemática, porém, a sua solução pragmática e direta. Logo, verifica-se que na diferenciação entre os dois métodos autocompositivos existe a atuação do terceiro imparcial, encarregado por direcionar o conflito.

Acerca da conciliação e sobre o papel desempenhado pelo terceiro nesse método autocompositivo, destaca-se que este, desempenha uma posição mais ativa do que numa mediação, pois pode propor algumas soluções para o problema exposto. (TARTUCE, 2008). Destaca-se a presença de um terceiro, com distintas atribuições e graus de intervenção, a depender do método adotado:

O conciliador possui a prerrogativa de elaborar sugestões e propostas, orientando e direcionando o debate e seus resultados; seu escopo é o de alcançar o acordo, focando na composição entre as partes. Por sua vez, o mediador não sugere, nem propõe ou orienta; seu mister é o de auxiliar os conflitantes a restabelecerem a comunicação. Nessa senda, a ausência de um acordo não necessariamente significa o malogro da mediação, se tal dinâmica permitiu que os conflitantes voltassem a dialogar (SPENGLER, 2017, p. 74-75).

Consta-se que o conciliador pode sugerir, orientar, direcionar a demanda e seus efeitos. Portanto, em resumo ao exposto, a mediação e conciliação diferem em quatro aspectos: quanto ao tipo de conflito existente; quanto ao papel do mediador/conciliador; quanto aos objetivos de cada método e quanto às técnicas empregadas e os procedimentos usado nas sessões. (SPENGLER, 2017).

Através desses conceitos conclui-se que o método tem a peculiaridade de buscar de maneira célere e eficaz a pacificação do litígio existente. Em regra, quando se usa a expressão “litígio”, refere-se a uma demanda judicial já instaurada, seria o caso de uma conciliação judicial. Ou seja, é quando uma parte já ingressou com a ação e o réu é citado para uma audiência de conciliação a fim de tentar um acordo. Destaca-se que conforme a Lei nº 13.105/2015 que editou o Código de Processo Civil se preenchidos os requisitos da petição inicial e não ser o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará a referida audiência. (BRASIL, 2015a).

Verifica-se que esse método de autocomposição possui vasta aplicação jurídica, sendo identificada em vários institutos do Direito. O Código de Ética e Disciplina dos Advogados estabelece no seu art. 2º, parágrafo único, VI, como princípios fundamentais que uma das suas atribuições é estimular, sempre que

possível, e a qualquer tempo, a conciliação e a mediação entre os litigantes prevenindo assim a instauração de litígios. (BRASIL, 2015b, <www.oab.org.br>). Ou seja, constata-se que antes mesmo de ingressar em juízo, é possível fazer uma conciliação extrajudicial a fim de um acordo entre as partes, e que incube ao advogado o dever de incentivar esses meios. Ainda, vê-se no art. 175 do Código de Processo Civil o fomento de não excluir outras formas de conciliação, sejam elas extrajudiciais, vinculadas a órgãos institucionais ou executadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica. (BRASIL, 2015b).

Pelo fato de a conciliação passar a ser uma realidade no âmbito processual, nota-se que integra cada vez mais ao cotidiano do profissional do Direito, que deve estar apto a lidar com os meios autocompositivos. Ressalta-se que este, deve estar atento à sua responsabilidade social como agente de transformação da sociedade, além disso, deve ser cultivador do diálogo, para assim construir uma sociedade, mais justa, harmônica e feliz (SILVA, 2008).

Evidencia-se que a conciliação foi marcada ao longo da história por diversos institutos. No processo do trabalho, tem sua atuação voltada à conciliação, conforme se verifica no artigo 764 da CLT que afirma que os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação. Ainda, no mesmo artigo, no parágrafo 1º determina a ação efetiva dos juízes na busca da conciliação, enquanto seu parágrafo 2º assevera que só no fracasso da conciliação é que o juízo converter-se-á em arbitral. Afinal, seu parágrafo 3º possibilita a conciliação válida mesmo depois de encerrada a fase conciliatória. (BRASIL, 1943).

A conciliação trabalhista não é um meio de renúncia de direitos, mas sim com objetivo de propor uma solução ao litígio. Considerando a importância da conciliação, acabou por torna-la obrigatória, tanto no início quanto no final da audiência de julgamento. Conforme dispõem os artigos 846, “caput” e 850, “caput” do Decreto-Lei 5.452:

Art. 846, “caput”. Aberta a audiência, o juiz ou presidente proporá a conciliação.

Art. 850, “caput”. Terminada a instrução, poderão as partes aduzir razões finais, em prazo não excedente a dez minutos para cada uma. Em seguida,

o juiz ou presidente renovará a proposta de conciliação, e não se realizando esta, será proferida a decisão. (BRASIL, 1943, <www.planalto.gov.br>).

Ainda, com a entrada em vigor da Lei n. 9.099/95, que regulamentou os procedimentos dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, verifica-se já no artigo 2º que: “orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível a conciliação ou a transação” (BRASIL, 1995, <www.planalto.gov.br>). A partir daqui a conciliação começou a ganhar maior espaço no cenário jurídico. Ou seja, apresenta-se a conciliação como um efetivo instrumento de pacificação social, uma vez que deve ser estimulada nos Juizados. O princípio da oralidade conforme expõe o artigo 2º é essencial no desenvolvimento da conciliação, pois se faz necessário o diálogo direto entre as partes para chegar-se a um consenso em torno do conflito.

O Código Civil de 2002 instituído pela Lei nº 10.406/2002, não foi omissivo com a conciliação, que tratava de um capítulo específico sobre o instituto da transação, expondo em seu artigo 840 que “É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas”. (BRASIL, 2002, <www.planalto.gov.br>). Porém, por muito tempo esteve deslembrada pelo descaso do judiciário e do convencional meio processual de resolver os litígios, a ação judicial.

Contudo, através do impulso pelo Conselho Nacional de Justiça, reapareceu no ano de 2006, que lançou naquele ano a campanha “Movimento pela Conciliação” que contou com a participação de tribunais de todo o país, tanto na esfera estadual, federal e do trabalho. Nesse sentido, essa atividade em prol do método já executou diversas ações, “entre as quais: parcerias com entidades representativas de classe, com empresas públicas e privadas e com órgãos públicos; criação de centrais de conciliação; realização de cursos técnicos e de mutirões conciliatórios no âmbito dos tribunais. ” (CNJ, 2009, <www.cnj.jus.br>)

Ainda, outra iniciativa que surgiu, foi a Semana Nacional da Conciliação, que trata-se de uma campanha realizada anualmente para diminuir o grande número de processos da justiça brasileira. Atualmente, está na XIV semana, que se realizará de 9 a 13 de setembro de 2019 em todo o País.

Em 2010, foi lançada ainda a Resolução nº 125 conforme já exposto no primeiro capítulo, que trouxe importantes inovações legislativas e regulamentou a Política Nacional de Conciliação e de Mediação, que acabou por reconhecer esses institutos como efetivos meios de pacificação social.

Posteriormente, com a edição do Código de Processo Civil, no ano de 2015, instituído pela Lei nº 13.105/2015, verificou-se que vários artigos incentivam os meios autocompositivos, em especial a mediação e a conciliação. Percebe-se já no início da lei, em seu artigo 3º, nos parágrafos § 2º e § 3º, respectivamente que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” e “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.” (BRASIL, 2015b, <www.planalto.gov.br>).

Ainda, instituiu uma seção destinada exclusivamente aos Conciliadores e Mediadores Judiciais, sendo que especifica no art. 165 § 2º a função do conciliador de 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.” (BRASIL, 2015b, <www.planalto.gov.br>).

Além disso, o artigo 334 do Código de Processo Civil é destinado exclusivamente para a audiência de conciliação e mediação, que vem a ser a regra, pois o réu não é mais intimado para contestar a ação e sim para tentar um acordo antes mesmo de evoluir o litígio judicial.

É inevitável que nem todas as demandas que surgirem na sociedade serão resolvidas através do método da conciliação, porém, ela deve ser vista com uma alternativa viável para as partes resolverem seus choques de interesses, a partir do estímulo do diálogo e da mudança de entendimento a respeito dos meios alternativos.

À vista do exposto, verificar-se-á no subcapítulo que segue o método heterocompositivo da arbitragem, o qual conta com a decisão de um terceiro para solucionar a discórdia.

3.2 Arbitragem

A arbitragem é um método compreendido como um instrumento alternativo de solução de conflitos, em que existe a semelhança ao processo judicial, pois as partes litigantes estabelecem que a controvérsia seja solucionada através de um terceiro, o árbitro. Porém, existe a vantagem de que os litigantes podem escolher árbitros especialistas no assunto em discussão, com o devido conhecimento na área

relativa ao conflito, como por exemplo, no caso de precisar um engenheiro civil, engenheiro mecânico, contabilista ou administrador para decidir alguma inconformidade decorrente de uma discórdia de ideias.

Atualmente, a arbitragem encontra-se devidamente regulamentada pela Lei 9.307/1996, conforme o artigo 1º: “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (BRASIL, 1996, <www.planalto.gov.br>). Diversamente de as partes submeterem os seus conflitos a um juiz togado, elas elegem um terceiro, capaz e neutro, para fazê-lo. Esse procedimento é ligado ao princípio da autonomia da vontade das partes, ou seja, existe a liberdade de estabelecer o modo pela qual o litígio será resolvido (CARMONA, 2006).

Já na jurisdição, existe todo um processo judicial, o qual a decisão é imposta a um magistrado, que por muitas vezes persiste uma grande morosidade em cada demanda litigiosa. Destaca-se que aumenta cada vez mais o número de ações propostas, mas a estrutura do Poder Judiciário não se harmoniza para um eficaz atendimento, o crescimento dos processos ocasiona então uma desproporção, porque número de feitos julgados fica aquém do número de causas que ingressam (TORRES, 2005). A análise da crise pela qual passa o Judiciário segundo Spengler (2010) está centrada em duas vertentes principais: a crise de eficiência e a crise de identidade, principalmente o fato de que sua ocorrência está vinculada a um positivismo jurídico inflexível, que traz como consequência o “esmagamento” da Justiça e a descrença do cidadão comum.

O judiciário que conta com inúmeras demandas, não acompanhou um efetivo atendimento a população, apesar de a Constituição Federal de 1988, buscar propiciar um amplo acesso à justiça, tal iniciativa não foi acompanhada do adequado aumento da estrutura dos órgãos prestadores jurisdicionais. Devido também ao grande aumento populacional, emerge um crescimento constante dos problemas. Ressalta-se que muitas demandas nem chegam ao conhecimento do Poder Judiciário, mas que estão a exigir do Estado, meios para solucionar essas situações reprimidas e que são geradoras de outros conflitos e injustiças. Ou seja, é necessário, aproximar o Judiciário, criando alternativas para solução de conflitos com o objetivo de pacificação social (CAPPELLETTI; GARTH, 1998).

Desse modo, verifica-se que a arbitragem é um método viável de resolver conflitos de modo mais célere, de tal modo que é que é apontado como um

mecanismo de heterocomposição, posto existe a figura de um terceiro ou colegiado, com a função de aclarar a discórdia que a ele foi submetida, o qual a vontade deste, irá se aplicar às partes. (CAHALI, 2012)

A arbitragem tem sua origem ao Código Comercial de 1950, que previa a resolução dos conflitos por meio do árbitro, que segundo Bolzan e Spengler (2012, p. 213): “estabeleceu o arbitramento obrigatório para as causas entre sócios de sociedades comerciais, durante a existência legal, liquidação ou partilha da sociedade ou companhia”.

Consiste em um método antigo de composição de conflitos em que as partes escolhem um terceiro para definir o destino da discordância. Sua utilização foi muito praticada no direito romano, ainda na fase primitiva, conhecida como ação da lei e no período formulário, em que existiam árbitros para definir a questão envolvida. (TARTUCE, 2008)

Os indivíduos podem optar pela solução das suas disputas através do árbitro, que diferentemente do que ocorre numa mediação, não será mais o de facilitar o entendimento, mesmo sendo recomendado na dinâmica do processo arbitral sempre que isso for possível, mas sim o de colher provas, argumentos, e solucionar por um laudo ou sentença arbitral irrecorrível a controvérsia existente. (VASCONCELOS, 2008)

Ainda, a arbitragem segundo artigo 2º da Lei nº 9.307/1996 “poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes”. (BRASIL, 1996, <www.planalto.gov.br>). Ou seja, existe a livre escolha de decidir como usar esse instituto, porém, desde que não viole os bons costumes e à ordem pública. Também pode-se convencionar que se realize com base nos princípios gerais do direito, nos costumes e usos e em regras internacionais de comércio. A única ressalva é que quando envolver a administração pública será sempre de direito, com o respeito ao princípio da publicidade.

O uso da arbitragem é recomendável quando o litígio a ser resolvido demandar conhecimento técnico de um terceiro imparcial. Muitos árbitros se destacam pela capacitação específica em determinada área, sendo escolhido pelas partes justamente em função dessa especialidade. A lei da arbitragem 9.307/96 estabelece:

Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às

partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

§ 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.

§ 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento. (BRASIL, 1996, <www.planalto.gov.br>).

Essa convenção de arbitragem a qual o artigo 21 se refere, é o elemento indispensável para instituir um tribunal arbitral e sua competência no julgamento de uma lide. Quando se fala em uma lide futura, decorrente de uma determinada relação jurídica, geralmente de natureza contratual, a convenção de arbitragem denomina-se cláusula compromissória, ou ainda cláusula arbitral. Porém, quando a convenção de arbitragem tratar-se de uma lide já existente, costuma-se falar em compromisso arbitral. (RECHSTEINER, 2001)

Portanto, são dois tipos de instrumentos arbitrais que as partes podem submeter seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Segundo artigo 4º da lei de arbitragem “a cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato” e conforme o art. 9º “o compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.” (BRASIL, 1996, <www.planalto.gov.br>)

Ou seja, trata-se de um instituto com duas naturezas jurídicas: contratual e jurisdicional. No contrato os indivíduos escolhem se vincular em uma jurisdição privada, porém guiada por princípios tais como: ordem pública, imparcialidade, igualdade, livre convencimento do árbitro e do contraditório. Na jurisdicional ocorre quando já há um conflito e as partes em comum acordo decidem solucioná-lo pela intervenção da arbitragem. Quando for firmada a convenção, as partes ficam vinculadas a esse procedimento arbitral, conforme regulamento previamente aceito, contando com o auxílio de instituição arbitral especializada na condução dessa técnica. (VASCONCELOS, 2008)

Desse modo, consta-se que é uma técnica de solução de controvérsia pela intervenção de um ou mais indivíduos que “recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nessa convenção sem intervenção do

Estado, sendo destinada a assumir eficácia de sentença judicial.” (CARMONA, p. 33, 1993)

Segundo art. 31º da referida lei: “a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo” (BRASIL, 1996, <www.planalto.gov.br>). Dessa forma, o processo da arbitragem resolve-se em uma decisão muito mais rápida e gera o mesmo efeito de uma sentença judicial. Ainda, verifica-se que ao árbitro escolhido atribui-se o poder do juiz e sua decisão é soberana. A decisão arbitral não é sujeita à homologação ou passível de recurso ao Poder Judiciário, sendo que o cumprimento da decisão é obrigatório. (SPENGLER, 2016)

É requisito material básico para validade de uma convenção de arbitragem, verificar se uma lide é ou não suscetível a esse procedimento, ou seja, se é capaz de ser objeto de um método arbitral. Portanto, deve ser verificado se a matéria envolvida no conflito diz respeito a direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, aqueles que têm valor econômico e se as partes podem desfrutar livremente de todos os tipos de procedimentos tais como: doação, permuta, transação e compra e venda.

A jurisdição estatal e arbitragem possuem a característica comum de atribuir um terceiro o poder de decidir a solução do conflito, contudo é necessário ser feita uma distinção:

Na arbitragem, cabe às partes escolher aquele indivíduo ou tribunal arbitral que irá ditar a resposta ao conflito, enquanto a jurisdição estatal aparece organizada como uma função do Estado à qual sujeitam-se os envolvidos na lide, cujo procedimento fica vinculado às regras de competência definidas nas leis processuais. (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 126)

Destaca-se que o árbitro poderá ser qualquer um indivíduo capaz e que seja de confiança das partes. Ou seja, não é necessário ser bacharel em direito para dispor desse cargo, porém, pode ser um especialista na questão em conflito. Ainda, deve ser guiado pelos princípios da imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção. Além disso, quando estiverem no exercício de suas funções, ficarão equiparados aos funcionários públicos, para efeitos de legislação penal. (BRASIL, 1996).

Entende-se assim que é um procedimento que possibilita resultados mais rápidos do que na jurisdição tradicional através de uma sentença proferida por um

juiz, que por vezes demora a ter uma dissolução do direito pleiteado. Consta-se que o indivíduo terá menos custos por não precisar contar com a intervenção estatal, desse modo, resulta em ganhos importantes à população que conta com mais uma opção para dirimir os conflitos.

Portanto, fica demonstrado que a lei de arbitragem foi criada no intuito de dispor de mais meios de solução de litígios e para contribuir com o poder judiciário. Exerce um papel público para a pacificação de conflitos específicos de direitos patrimoniais, portanto, é fundamental que as partes tenham a liberdade de poder escolher e dispor desse instituto.

No subcapítulo que segue, será iniciado o método autocompositivo da mediação e os variados modos em que esse meio se encaixa a partir do tratamento adequado dos conflitos, de modo a fomentar a decisão dialogada e consensual.

3.3 A mediação de conflitos e sua aplicação através da decisão dialogada e consensual

De maneira mais ampla, a mediação é reconhecida como um método autocompositivo em que se busca o tratamento do conflito através do diálogo. De modo que existe um terceiro, o mediador, que irá facilitar essa conversa, para que as próprias construam uma saída para o problema que enfrentam.

O instituto da mediação caracteriza-se principalmente pela busca da decisão dialogada e consensual. Ou seja, propõe-se ver a mediação como um meio eficaz para a composição do conflito. O termo mediação procede do latim *mediare*, que significava mediar, intervir, dividir ao meio (SPENGLER, 2017). A palavra mediação evoca o significado de meio, de equilíbrio, por isso, é vista como um processo do qual o mediador ajuda os participantes de um conflito a trata-lo, de maneira que permita a continuidade das relações entre as pessoas envolvidas na controvérsia. (HAYNES, 1993).

Tartuce (2008) apresenta a mediação como atividade para facilitar a comunicação entre as partes, para que estas possam, visualizando melhor os deslindes da situação controvertida, encontrar uma solução consensual. A ideia é proporcionar aos abrangidos o enfoque para os verdadeiros interesses envolvidos e não suas posições individuais. Vasconcelos (2008) refere-se à mediação como um meio no qual o terceiro, o mediador, colabora para que as partes pratiquem uma

comunicação construtiva e identifiquem seus reais obstáculos. Ou seja, cabe a ele, de maneira imparcial, interferir para ajudar os envolvidos a solucionar o conflito.

Ainda, para Silva (2008), a mediação é uma forma pacífica de resolver o conflito, pois a decisão nasce da vontade das pessoas que estão vivenciando a controvérsia, que encontram uma solução que melhor lhes agrada, através da restauração do diálogo, com o auxílio do mediador. Nas palavras de Braga Neto (2008, p.76): "a mediação é parte de uma premissa de devolução às partes do poder de gerir e resolver ou transformar o conflito, no sentido de que são elas as mais indicadas para solucionar suas questões."

A Lei nº 13.140/2015 destinada especificadamente sobre o método dispõe seu conceito no artigo 1º, parágrafo único, ou seja, considera-se como toda atuação exercida por um terceiro imparcial, que não tem poder decisório, que pode ser escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou fortalecer soluções consensuais para o conflito. (BRASIL, 2015a, <www.planalto.gov.br>). Ainda conforme artigo 2º da referida lei, a mediação deve ser guiada por princípios que devem ser observados durante o procedimento, tais eles como: a imparcialidade do mediador, a isonomia entre as partes, a oralidade, a informalidade, a autonomia de vontade das partes, a busca do consenso, a confidencialidade e a boa-fé.

Nesse sentido, a jurista Marinela (2012, p. 25) conceitua os princípios:

Assim, os princípios são mandamentos de otimização, normas que ordena a melhor aplicação possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, portanto, a sua incidência depende de ponderações a serem realizadas no momento de sua aplicação. Existindo para o caso concreto mais de um princípio aplicável, esses não se excluem.

Portanto, os princípios são guias orientadores da elaboração das normas, que integram o direito quando nos deparamos com lacunas existentes. Por sua vez, o artigo 166, caput, do Código de Processo Civil, dispõe: "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". (BRASIL, 2015b, <www.planalto.gov.br>).

E ainda, a Resolução Nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, anexo III, art. 1º, traz o Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, segundo o qual:

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” (CNJ, 2010, <www.cnj.jus.br>).

No próximo capítulo será explanado a atuação desse terceiro facilitador e como deve exercer seu papel através dos princípios e normas regulamentadoras.

Os contextos nos quais é possível abranger a mediação são inúmeros: mediação judicial e extrajudicial, no Direito Familiar, no Direito do Trabalho, nos conflitos comunitários, escolares e corporativos (SPENGLER, 2017). Na mediação familiar geralmente envolvem problemas de separação, divórcio, guarda dos filhos, os quais são assuntos delicados e que envolvem sentimentos. Segundo Dias (2006, p. 71-72) a respeito da mediação e Direito de Família:

Ante a presença de tantos elementos sentimentais, exige-se dos operadores do direito envolvidos no tratamento da controvérsia familiar, além de uma sensibilidade mais acentuada, uma formação diferenciada para que possam lidar eficazmente com as perdas as frustrações das pessoas quando do fim de seus projetos pessoais. A interdisciplinaridade revela-se, então, necessária para a compreensão da situação dos indivíduos: com o aporte da psicanálise, da psicologia, da assistência social e da sociologia, podem ser melhor valoradas as questões sociais e as condições psicológicas das partes, bem como ser melhor compreendida sua realidade.

O Direito de Família merece uma apreciação especial, pois envolve o mais humano dos ramos jurídicos. Constata-se que nas relações familiares, o afeto é o ponto elementar de cada conflito existente, desse modo, diante de questões delicadas, necessita-se um aprofundamento maior do terceiro, o mediador, que irá lidar com as adversidades de cada indivíduo.

Verificou-se que o Código de Processo Civil deu ênfase nos métodos de solução de conflitos no ramo familiar, conforme exposto no art. 694, que todos os estímulos possíveis “[...] serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.” (BRASIL, 2015b, <www.planalto.gov.br>). Ainda, é improvável imaginar que em uma sessão sejam resolvidos os problemas envolvidos entre as partes, ou seja, faz-se necessário o tratamento do conflito através do fomento do diálogo. Em complemento o artigo 696 do CPC, deixa claro que as audiências, sejam elas de conciliação ou mediação “[...] poderá dividir-se em tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual, sem prejuízo de providências jurisdicionais para evitar o perecimento do direito.” (BRASIL, 2015b, <www.planalto.gov.br>).

Igualmente, a legislação foi consciente ao colocar a sessão de mediação no início da fase processual, pois assim, tende a evitar o estresse emocional que pode causar aos envolvidos do conflito. Com a facilitação do diálogo pelo mediador ainda em fase pré-processual, os sentimentos podem ser melhor enfrentados e compreendidos. Sendo-lhes permitido uma oportunidade para reflexão e resgate dos seus reais interesses, deixando de lado o passado, para poder se reorganizar para uma futura relação saudável (TARTUCE, 2008).

Destaca-se também a mediação comunitária geralmente para conflitos de vizinhança, como um meio de tratamento dos conflitos, frente à incapacidade estatal de oferecer uma jurisdição quantitativa e qualitativamente adequada. Procura-se enfatizar a relação entre os valores e as práticas democráticas, bem como, para convivência pacífica, de forma a contribuir para existir mais respeito, tolerância e para devido tratamento dos problemas que, no âmbito da comunidade, perturbam a paz. Tem principalmente como objetivo devolver confiança às cidades e aos subúrbios mediante uma democracia urbana, através de mediador, que um é morador do bairro que conhece e compartilha a realidade vivida pelos conflitantes (SPENGLER, 2012).

Ainda, existe a mediação escolar, que ocorre no ambiente das instituições de educação, através dos conflitos dos alunos. Segundo o Conselho Nacional de Justiça (2017, <www.cnj.jus.br>) “o Poder Judiciário oferece técnicas restaurativas de solução de conflito em salas de aula para promover a paz nos ambientes escolares do País e evitar que novos processos judiciais nasçam desses conflitos.” Através de práticas eficientes como: compreender comportamentos; analisar intenções; resolver; buscar soluções; ser proativo para resolver; despolarizar a relação e analisar personalidade de cada aluno.

Importante ressaltar que a escola é fundamental para o futuro de cada indivíduo, pois é por meio da educação escolar que os alunos são estimulados a um processo de transformação social. Além de ser um espaço para conhecimento, promove a conscientização, o que fortalece um lado afetivo do aluno e conseqüentemente na formação como ser humano. Na questão da mediação escolar, o mediador pode ser um professor ou psicólogo encarregado de promover o diálogo, ele deve estabelecer a pacificação do conflito, de modo a evitar a violência e promover relações futuras equilibradas.

É evidente que a mediação se insere em diversas situações, porém, torna-se mais propícia para vínculos que são contínuos e permanentes. Dado que as partes continuarão convivendo, a saída é sempre procurar o tratamento do conflito através do diálogo de forma a manter o relacionamento pacífico. No próximo subcapítulo será analisada a necessidade de expandir os referidos métodos autocompositivos com objetivo de ampliar conhecimentos dos operadores do Direito.

3.4 Necessidade de expansão dos métodos autocompositivos

Conforme já explanado, a cultura de levar qualquer demanda ao judiciário prevaleceu por muito tempo em nossa sociedade. Tipicamente os atos processuais sempre foram excessivamente formais e a convicção era de que apenas um juiz através de uma sentença, poderia dar um desfecho para as lides já instauradas.

Aos poucos, com incapacidade de o judiciário assumir todos os litígios, passou-se a ver e ganhar merecido destaque os meios alternativos para solução de disputas. Entre os quais, a mediação e a conciliação, como meios autocompositivos, e a arbitragem heterocompositiva através de um árbitro especialista no assunto conflitivo.

É evidente que os métodos ganharam merecido prestígio após o advento da Lei nº 13.105/2015 que instituiu o novo Código de Processo Civil, incluindo diversos artigos específicos. Além disso, a edição da Resolução 125 no ano de 2010, que recomendou a implantação dos meios autocompositivos através do tratamento adequado dos conflitos de interesses ganhou merecido destaque pelo Conselho Nacional de Justiça. Em complemento, foi destinada a Lei nº 13.140/2015 específica sobre a mediação, que aprofunda sobre os princípios que será orientada, sobre a atuação dos mediadores e também sobre seu procedimento nas reuniões com os mediandos.

A mediação através de todas suas expansões e meios nos quais é possível ser abrangida consolidou-se também através da criação Centros Judiciários de Solução de Conflitos (CEJUSCs) pelos diversos Tribunais. Conforme preceitua a Resolução n. 125 do CNJ, os tribunais deverão criar os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC), coordenados por magistrados e compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área, para principalmente planejar a política Judiciária de tratamento

adequado dos conflitos de interesses. Esses núcleos coordenam as atividades dos CEJUSCs – Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, que por sua vez concentram a realização de sessões de conciliação e mediação e desenvolvem projetos de cidadania.

Cabe ressaltar que tais métodos “[...] não objetivam a exclusão ou superação do sistema tradicional, apenas visam a sua complementação para melhor efetivação de resultados.” (MORAIS, 1999, p. 108). Os métodos autocompositivos já referidos, conciliação e mediação, buscam principalmente a restauração do diálogo entre os conflitantes. O chamado “desafogamento” do Judiciário será uma consequência natural a partir da mudança de visão dos indivíduos. Conforme Tartuce (2008, p. 248): “o caminho a ser percorrido é o da conscientização, da informação, da disponibilização de iniciativas e da gradual instauração de uma nova mentalidade sobre a condução e composição dos conflitos”.

Portanto, faz-se necessário a conscientização desses métodos desde o início dos estudos dos operadores do Direito, ou seja, ainda nas faculdades, tendo em vista o interesse pela formação de profissionais que alcancem uma visão ampla sobre as implicações de um conflito administrado inadequadamente. Santos (2014) expõe que a renovação democrática da justiça deve ocorrer pela concepção de um novo cenário de trabalho e estudos sobre os obstáculos e a reforma do ensino do direito.

Com a intenção dos acadêmicos atuarem com uma visão ampliada sobre os meios autocompositivos quando forem profissionais habilitados para exercer os ensinamentos que lhes foram transmitidos, torna-se fundamental que as grades curriculares instituem de forma obrigatória as disciplinas de mediação e conciliação. Para então incentivar a compreensão do tratamento da discórdia através do diálogo entre os conflitantes e não somente o fomento da ação judicial. Constata-se que muitas faculdades apenas oferecem as disciplinas de forma facultativa, porém é de extrema importância o incentivo desses métodos para uma propícia interpretação acerca desses institutos.

Compreender como funcionam os meios de acesso à justiça é a primeira etapa para mudar a visão da litigiosidade impregnada na cultura jurídica brasileira. Verifica-se que:

A controvérsia pode passar a ser vista como uma oportunidade de transformação e crescimento a partir de uma visão mais completa e

abrangente de sua configuração. A pacificação social, importante e complexa missão constitucional do Estado, será melhor alcançada com a participação ativa, em sua composição, de todos os envolvidos no conflito. A violência é mitigada, sendo substituída pelo respeito e pela consideração pelo outro. (TARTUCE, 2008, p. 294)

Efetivamente, os efeitos dos métodos são mais positivos quando a tentativa de uma solução ou um diálogo para o conflito ocorre antecipadamente ao ajuizamento das ações judiciais. Verifica-se que quando uma controvérsia não é bem administrada, ou não dirigida da forma correta, descontentamentos e outros sentimentos podem prejudicar a relação afetiva dos envolvidos. Por isso, faz-se necessário a ampliação dos meios consensuais e a assistência de um profissional qualificado, o mediador ou conciliador.

Apesar de muito já ter permitido que os meios alcançassem visibilidade, existe a imprescindibilidade de intensificar o uso desses institutos para desse modo atingir soluções mais céleres e efetivas. No próximo capítulo será analisado particularmente a mediação e como esta vem se inserindo no atual cenário jurídico, ainda, verificar-se-á como ela vem se desenvolvendo pela via judicial ou extrajudicial e papel do terceiro, o mediador.

4 A MEDIAÇÃO

Conforme já exposto, a mediação caracteriza-se pelo tratamento do conflito através do diálogo, de modo que os envolvidos possam recuperar um relacionamento afetivo abalado por razões externas. Tendo como foco principal esclarecer diferentes perspectivas do passado de modo a alcançar soluções efetivas para o futuro.

Verifica-se que a mediação já está inserida há muito tempo na história da sociedade pelo fato de o conflito estar sempre envolto nas relações interpessoais, ou seja, desse modo, a resolução de divergências sempre esteve presente, de forma a manter o bom desenvolvimento dos indivíduos em coletividade.

Porém, passou a ser mais legitimada partir do englobamento no ordenamento jurídico brasileiro, através da inclusão de vários dispositivos exclusivamente acerca da mediação como um meio eficaz de tratar questões conflituosas entre as partes. Atualmente, vive-se um momento auspicioso visto que o acesso á justiça e a duração razoável do processo almejam em favor deste instituto e nos demais métodos autocompositivos.

4.1 Histórico da mediação e o atual cenário jurídico

Constata-se que a mediação de conflitos se constituiu na estrutura jurídica brasileira e ainda vem se desenvolvendo através de importantes inovações legislativas. Ao passo que anteriormente era vista unicamente como um meio “alternativo”, passa a se configurar como um meio adequado e eficaz de resolver dissidências, ganhando maior notabilidade.

A começar dos primórdios da vida em coletividade, pode-se afirmar que a mediação já existia, em realidade, no momento que um terceiro intermediava um conflito de modo a auxiliar os indivíduos a chegar num consenso, já se praticava a técnica de mediar. Conseqüentemente, vale ressaltar que a utilização desse método foi praticada por vezes de modo espontâneo e involuntário.

Após a teorização desse meio de solução de conflitos, notou-se que os mecanismos empregados em épocas mais distantes, foram classificados como circunstâncias do procedimento de mediar. Ou seja, a técnica sempre existiu, porém

não havia um alcance para a compreensão do termo e seus desdobramentos para a coletividade.

Identifica-se nos anos de 1980 a 1990, que se falava muito em mediação, o que ocorreu na verdade, foi uma banalização do termo, utilizando-o para todo efeito e sem muito propósito. Ou seja, o direito brasileiro compreendeu a busca pela prévia conciliação ente os indivíduos, de modo a afastar as lides judiciais, através da adesão dos meios complementares, como a mediação. Entretanto, com a ausência de normas concretas e explícitas regulamentadoras acerca desse método. (SPENGLER, 2017)

Nota-se que o mecanismo de mediar foi legalmente introduzido em diversos ordenamentos jurídicos como na Argentina, no Uruguai, no Japão, na Austrália, na Itália, na Espanha, na França, entre outros. O Conselho da União Europeia expôs a Diretiva nº 52, publicada em 21 de maio de 2008, que estabeleceu a mediação como um procedimento no qual duas ou mais pessoas em litígio, empenham-se em conseguir um acordo sobre a questão conflituosa, com a ajuda de um terceiro facilitador, o mediador. Dessa forma, gradualmente começou a se desencadear uma política pública para a valorização da solução consensual de conflitos. (CABRAL, 2017)

Após, com um grande alcance de pessoas acerca do procedimento da mediação, os Estados Unidos analisaram e investigaram melhor sobre as técnicas e mecanismos empregados na técnica. Assim, iniciaram-se teorias e estudos sobre as três escolas clássicas e as diferentes formas de se trabalhar com o método: O Modelo Tradicional-Linear (proposto por *Harvard Law School*), o Modelo Transformativo (proposto por Bush e Folger) e o Modelo Circular- Narrativo (proposto por Sara Cobb). Vale ressaltar que os três são efetivos de modo que buscam a pacificação social e a solução consensual do conflito. (LIMA; ALMEIDA, 2010).

No Modelo Tradicional-Linear ressalta-se que tem como base a mediação passiva, de forma que não existe uma intervenção direta do mediador, este apenas exerce o papel de facilitar o diálogo para a construção do objetivo principal que é o acordo. Já no Modelo Transformativo visa-se trabalhar os interesses e laços afetivos das partes e não somente precisamente o conflito, a finalidade é apontar o acordo como uma oportunidade positiva que pode vir a acontecer. O Modelo Circular-

Narrativo é comum às duas escolas, pois evidencia tanto as relações quanto às resoluções. (LIMA; ALMEIDA, 2010).

Dessa maneira, como uma resposta a morosidade das demandas litigiosas nos Estados Unidos, introduziu-se a famosa *ADR – Alternative Dispute Resolution*, que se apresentou como uma alternativa rápida e econômica para a solução de litígios, que são designados como meios alternativos, tais como: negociação, mediação e arbitragem.

A evolução desse instituto em outros ordenamentos jurídicos foi o que favoreceu a recepção em âmbito brasileiro. É importante ressaltar que o método da conciliação já dispunha de uma estrutura legal juntamente com a atribuição de outras leis especiais. Principalmente, com a introdução da lei dos procedimentos dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais em 1995, pela busca, sempre que possível do acordo. Ainda, no Código de Processo Civil de 1973 ressalta-se que já incentivava o fomento do método, conforme parágrafo único do artigo 473: “Em causas relativas à família, terá lugar igualmente a conciliação, nos casos e para os fins em que a lei consente a transação.” (BRASIL, 1973, <www.planalto.gov.br>).

Porém, apesar de possuir disposições jurídicas acerca do termo, havia uma grande disparidade nas leis que tratavam acerca dos métodos de solução de conflitos, isso porque, na mediação não existia ainda, uma apropriada regulamentação específica.

Na própria Constituição Federal, verifica-se o fomento da solução consensual dos conflitos, que reforça essa indicação no próprio preâmbulo, que é destinado a assegurar o exercício dos direitos. Ainda, a carga magna guia-se por princípios, de forma a buscar a pacificação das relações sociais. Os métodos, ainda podem ser legitimados no próprio artigo 5º, XXXV do texto constitucional, que dispõe sobre o acesso à justiça, de modo que as controvérsias podem se resolvidas através deles, para a busca do tratamento adequado do conflito. Isso, pois, o acesso à justiça não se reduz somente ao ajuizamento de uma demanda judicial, mas pela proteção de uma justiça íntegra, sem prolações, e principalmente pela apropriada solução entre as partes.

Portanto, já no preâmbulo da Constituição de 1988, consta expressamente o poder-dever da sociedade de solucionar pacificamente, os conflitos, independentemente, pois da atuação do Poder Judiciário. Afirmações como “Justiça e paz só o juiz faz” afrontam a Constituição e a cidadania. Esse protagonismo, enquanto racionalidade moral procedimental, deve

dialeticamente integrar/suplementar o sistema autônomo do direito, na perspectiva do atendimento dos seus princípios mais gerais, que fundamentam a solução de conflitos mediante a restauração de relações intersubjetivas, com vistas à dignidade da pessoa humana. (VASCONCELOS, 2008, p. 48-49)

Ou seja, apresentam-se como instrumentos capazes de dirimir discordâncias entre as partes, através do diálogo. O tratamento do conflito visa à conversa entre as partes, buscam-se os reais interesses advindos do desentendimento, de modo a restaurar a convivência e manter uma relação saudável. Nessa exposição encaixa-se justamente o método da mediação.

Verifica-se pelo histórico do método que o primeiro projeto de lei versando exclusivamente sobre, foi exteriorizado em 1998 (PL 4.827/1998), que visou “à instituição da disciplina da mediação paraprocessual nos conflitos de natureza civil”. (VASCONCELOS, 2008, p. 49). Após aprovado na Câmara dos Deputados o projeto seguiu ao Senado Federal (PLC 94/2002), o qual sofreu uma fusão com outro anteprojeto de lei sobre a mediação, proposto por uma comissão exclusiva do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. (CABRAL, 2017)

Desse modo, a junção dos dois, resultou em uma versão única, a qual foi encaminhada para a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, que o acolheu na forma de um substitutivo em julho de 2006. Após, retornando à Câmara dos Deputados para apreciação do teor.

Consoante o aludido Projeto de Lei, as mediações “paraprocessuais”, poderão ser prévias ou incidentais em relação ao respectivo processo judicial na justiça comum. A mediação prévia será opcional, mas a mediação incidental deverá ser obrigatória no processo de conhecimento, salvo algumas hipóteses especificadas no PL. Os prazos prescricionais ficarão suspensos na fase de mediação. O juiz do feito homologará por sentença os respectivos termos de mediação. Segundo o PL, os mediadores devem comprovar a sua idoneidade e aptidão, devendo ser capacitados e indicados por entidades especializadas e cadastrados perante o respectivo Tribunal. (VASCONCELOS, 2008, p. 49)

Porém, não obteve êxito, pois não conseguiu prosseguir na Câmara, igualmente com outras propostas legislativas dispostas a aplicação da mediação como uma solução consensual dos conflitos. Ainda assim, no ano de 2011, foi apresentado ao Senado Federal o PLS 517/2011, posteriormente sendo anexado com outras propostas, sendo uma delas oriundas da Comissão de Juristas instituída pelo Ministério da Justiça. O objetivo foi de reunir as iniciativas instruídas para uma melhor adequação. Dessa forma, foi recebido pela Câmara como Projeto de Lei

7.169/2014, em seguida o texto foi aprovado e remetido ao Senado Federal, o qual foi colocado em pauta no plenário e também sendo aprovado, sem modificações. Avançando após, apenas para a sanção presidencial. (CABRAL, 2017)

Portanto, a lei é uma consequência do conjunto dos seguintes projetos de lei: a PL nº 517/2011, que foi apresentada pelo senador Ricardo Ferraço, a PL nº 405/2013, apresentada pelo senador Renan Calheiros e ainda a PL nº 434/2013, pelo senador José Pimentel. (SPENGLER; NETO, 2016)

Por conseguinte, a Lei nº 13.140/2015 foi aprovada e entrou em vigor, reconhecido então como o “Marco Legal da Mediação”, dispendo sobre a mediação entre particulares como um meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. (BRASIL, 2015a, <www.planalto.gov.br>).

Verifica-se que a lei é uma consequência do trabalho efetuado pelo Conselho Nacional de Justiça, que impulsionou através de diversas ações, tais como a campanha do “Movimento pela Conciliação”, conforme já exposto no decorrer do texto, contando com a atuação de tribunais em todo país. Bem como, mediante a edição da Resolução 125 no ano de 2010, que aborda sobre a inserção dos métodos autocompositivos nos fóruns judiciais.

A edição da referida Resolução fortaleceu positivamente os mecanismos de solução consensual de conflitos, tendo em vista que especifica sobre a política pública de tratamento adequado de contróversias, atribuindo competências ao Conselho Nacional de Justiça. Entre elas estão as seguintes: estabelecer diretrizes para a implementação dessa política, desenvolver ações voltadas à capacitação dos terceiros facilitadores, regulamentar em código de ética a atuação destes, buscar a cooperação com outros órgãos públicos para a estimulação dos métodos e estimular interlocução da Ordem dos Advogados do Brasil, Defensoria Públicas, Procuradorias e Ministério Público para a participação nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania-CEJUSCs, onde se realizam as sessões.

Ainda, disciplina acerca das atribuições do tribunais, esclarecendo sobre os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, que coordenam as atividades dos CEJUSCs. Verifica-se uma seção destinada aos conciliadores e mediadores, outra para os fóruns de coordenadores de núcleos e inclusive sobre as câmaras privadas de conciliação e mediação.

Portanto, após fomentos em âmbito jurídico, a lei resultou em uma segurança jurídica para quem aplica esses mecanismos no tratamento do conflito, pois antes, a mediação era praticada, porém sem a devida regulamentação. Percebe-se que os livros já abordavam sobre o método e as propostas de uma uniformização legislativa, conforme se verifica:

A proposta de normatização da mediação no Brasil, na área civil, apresenta-se através do Projeto de Lei de Mediação Civil, o qual visa, mediante a constatação da “maturidade” do tratamento e do estudo da mediação, regulamentar a prática da Mediação Civil seja em sede pré-processual ou ainda quando já deflagrada a ação judicial, refletindo uma participação democrática na prevenção ou solução de conflitos, além de contribuir para a concretização da Democracia nos moldes do Preâmbulo, artigo 1º, caput e parágrafo único da Carta Constitucional de 1988. (PINHO, 2008, p. 9)

Percebe-se ainda, que a lei divide uma seção individual acerca dos conflitos que envolvem as pessoas jurídicas de direito público, essa divisão se torna conveniente pois evita a confusão em relações aos métodos de autocomposição, pois por muitas vezes a conciliação é mais adequada para resolver algum conflito com os entes públicos, em função das características a eles pertencentes. Assim, usa-se a mediação apenas no que couber nesses casos. Essa iniciativa é importante para a jurisdição brasileira em função da conflituosidade crescente a respeito desses litígios, assim, o objetivo é descongestionar as vias forenses e possibilitar que possam se utilizar as práticas compositivas. (SPENGLER, 2017)

Vale destacar a diferença essencial entre os dois métodos, na conciliação o foco principal é o acordo, podendo o conciliador exercer uma posição mais hierárquica, de tomar iniciativas e fazer recomendações. Na mediação o principal objetivo é o tratamento do conflito, através do diálogo, de modo a restaurar a convivência entre as partes, se surgir uma solução para a contróversia, é uma consequência positiva, ou seja, torna-se benéfico para os envolvidos.

Na esfera processual, após edição do Código de Processo Civil no de 2015, sendo instituído pela Lei nº 13.105/2015, verificou-se um grande incentivo para as autocomposições. Vale abordar o artigo 3º, caput, da referida lei, expondo que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.” (BRASIL, 2015b <<www.planalto.gov.br>>). Ou seja, os parágrafos do artigo indicado, referem-se à utilização dos meios complementares para tratamento dos conflitos. O primeiro trata sobre a arbitragem; o segundo que o Estado deve sempre promover a solução

consensual; e o terceiro que a conciliação e a mediação ou outros métodos, devem ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do ministério público, inclusive no decorrer da demanda judicial. (SPENGLER, 2017)

Ou seja, verifica-se o incentivo através de diversos artigos no Código de Processo Civil para a utilização dos mecanismos de mediar ou conciliar, destinam-se especificações acerca dos mediadores e conciliadores e como estes devem realizar as sessões, e ainda aborda sobre a audiência, em que o réu será citado não mais para contestar e sim para uma tentativa de resolver a demanda, antes mesmo que prossiga e que cause prejuízos aos envolvidos.

Conforme já exposto no decorrer dos capítulos, a sociedade permeou por muito tempo pela antiga prática de judicializar qualquer problema advindo de uma relação mal resolvida ou não bem administrada. Assim, o judiciário, monopolizado pelo Estado, não oferece respostas efetivas para solucionar as demandas, o que ocasiona uma perda de confiança do cidadão para solucionar controvérsias pela jurisdição tradicional. Os métodos no atual cenário jurídico brasileiro dessa forma tornam-se uma opção adequada para resoluções mais céleres e mais humanas, através do diálogo.

Ainda, acerca dos mecanismos e técnicas de mediar de forma benéfica para as partes, verificar-se-á no subcapítulo que segue as modalidades da mediação, judicialmente e extrajudicialmente e seu procedimento.

4.2 A mediação judicial e extrajudicial

Verifica-se que a mediação pode vir a ocorrer de duas formas, na via judicial, ou seja, quando já tem um processo instaurado, ou pela via extrajudicial, sem o auxílio da jurisdição. A principal diferença entre elas é relativo ao auxílio dos componentes de quadros jurisdicionais e a formação do mediador.

A mediação extrajudicial pode ser considerada como um mecanismo privado de solucionar o conflito, sendo realizada anteriormente á instauração de uma demanda judicial. Consta-se que no Brasil, há diversos núcleos de mediação privada, que apresentam às partes uma resolução para a contróversia, sendo procurada exclusivamente por iniciativa dos envolvidos. (VASCONCELOS, 2008)

Pode vir a ser classificada como uma mediação comum, pois é aquela que por muitas vezes já se verifica na prática e pode ser conduzida por qualquer pessoa

de confiança dos interessados. Pode ser subdividida em mediação institucional (aquela organizada por centros de mediação ou associações) ou independente (conduzida por mediadores, sem vínculo a qualquer entidade e escolhido livremente pelas partes. (TARTUCE, 2008)

Entretanto, cabe uma mudança da visão de litigiosidade que ainda é muito existente no cenário jurídico brasileiro. Os métodos adequados de solução de conflitos devem atingir também as causas precedentes da ação judicial, ou seja, servir-se da mediação extrajudicial antes mesmo de litigar em juízo.

Identifica-se que está disciplinada na lei de nº 13.140/2015, a partir do artigo 21. Esse artigo indica que para iniciar o procedimento da mediação extrajudicial, o convite poderá ser feito por qualquer meio de comunicação, devendo ser comunicado o objetivo proposto para a negociação, bem como, a data e a local em que será realizada a primeira reunião das partes. Se não for respondido em até 30 dias a partir da data de seu recebimento, será considerado automaticamente rejeitado. (BRASIL, 2015a)

Conforme Spengler (2017) essa rejeição implicará no cancelamento da mediação e por consequência não será realizada a conversa entre as partes, pois o método seja judicial ou extrajudicial, deve ser sempre de forma voluntária.

O artigo 22, conforme incisos da referida lei, determina que a previsão contratual de mediação deverá conter, no mínimo:

- 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. (BRASIL, 2015a, <www.planalto.gov.br>).

Portanto, estabelece quais são os itens mínimos que devem estar previstos na cláusula de mediação extrajudicial. Importante referir o que esclarece Spengler (2014) acerca da cláusula compromissória, ou seja, é uma convenção a qual as partes a partir de um contrato, comprometem-se em submeter à mediação nos conflitos que podem vir a ocorrer, relativo ao negócio jurídico.

Nesse sentido, verifica-se que o inciso II do artigo 22, determina que seja escolhido o local da primeira reunião, importante indicar alguns critérios que precisam ser considerados nessa escolha, ou seja, ser um espaço neutro, de fácil

acesso, salas equipadas, enfim, um ambiente acolhedor e que ofereça privacidade para o procedimento. Ainda, o inciso III determina critérios para a escolha do terceiro facilitador, portanto conforme a Lei 13.140/2015 pode ser um mediador extrajudicial qualquer de pessoa de confiança das partes, sem necessidade de integrar algum conselho ou associação. Ou seja, é essencial considerar alguns aspectos como a experiência ou prática adquirida do mediador que atuará. Além disso, no inciso IV, determina penalidade no caso de não comparecimento da parte convidada na primeira reunião (SPENGLER; NETO, 2016).

No segundo parágrafo do mesmo artigo determina que no caso de não haver previsão contratual completa na realização da primeira reunião, os seguintes critérios deverão ser seguidos: local adequado por envolver informações confidenciais, conforme já referido no parágrafo supra, e ainda uma lista de cinco mediadores capacitados, no qual a parte convidada poderá escolher entre um deles, silente, será considerado o primeiro nome da lista. Ainda, o terceiro parágrafo aborda que nos casos de litígios decorrentes de contratos comerciais ou societários que não contenham cláusula de mediação, somente poderá cobrar pelos seus serviços o mediador extrajudicial, no caso de as partes assinarem o termo inicial e permanecer voluntariamente no procedimento. (BRASIL, 2015a)

Dessa forma, de acordo com as determinações acima, pode-se concluir conforme Spengler (2017, p. 185):

A previsão contratual da mediação não individualiza/ especifica o tipo de litígio podendo ser utilizada para toda e qualquer relação. Essa constatação gera dúvidas quanto a utilização da mediação nos conflitos para os quais foi idealizada e originalmente mostrou sua eficácia. [...] uma relação de consumo ou então uma relação comercial pode ser trabalhada e resolvida com a conciliação e a negociação. Essas relações não precisam da mediação, não são relações continuadas e de afeto. Por isso, equivoca-se a previsão legal ao falar de mediação contratual sem especificar o tipo de relação lá disposta. Melhor seria falar de autocomposição de modo genérico, podendo então ser utilizada a conciliação para lidar com os conflitos dela advindos.

Ainda, sobre os impactos dos artigos em comento, finaliza:

A mediação a partir da promulgação da presente lei, com a inclusão do artigo e dos parágrafos em comento, passa a viver um limbo jurídico constituindo uma figura atípica pois é parcialmente obrigatória e parcialmente voluntária. Tal se dá porque prevê a obrigatoriedade do comparecimento do mediado convidado na primeira sessão (com sanção pecuniária em caso de ausência) recepcionado a opção desse mediando de

não permanecer no procedimento, desistindo das próximas sessões. (SPENGLER, 2017, p. 185)

Destarte, conforme as ideias desprendidas pela autora e também pelo decorrer do trabalho, conclui-se que a depender do conflito envolvido, o método autocompositivo adequado para a questão envovida deve ser sempre analisado, de forma a preservar a mais prudente resolução para as partes. O que acontece, é que nos artigos, não houve a devida especificação do litígio ao mencionar sobre mediação contratual, sendo que o ideal seria falar no termo autocomposição de modo geral, pois a conciliação e a negociação poderia se identificar nessas questões conflituosas.

Ainda, verifica-se que por tornar obrigatório o comparecimento na primeira reunião com sanção pecuniária em caso de ausência e nas próximas por opção do mediando, o posicionamento se torna atípico, pois a impressão causada é que a mediação passa a ser meio obrigatória e meio facultativa. Ou seja, a sensação é de que se optou por um caminho intermediário, e que não houve a devida definição concreta sobre essa voluntariedade ou pela obrigatoriedade na reunião. (SPENGLER, 2017)

Recentemente, conforme provimento 67 do Conselho Nacional de Justiça foi regulamentado os procedimentos de conciliação e de mediação nos serviços notariais e de registro. Ou seja, verifica-se aqui uma mediação extrajudicial, na qual os cartórios facultativamente poderão adotar. Conforme já estava explícito no artigo 42 da lei 13.140/2015, "aplica-se esta lei, no que couber, às outras formas consensuais de resolução de conflitos, tais como mediações comunitárias e escolares, e àquelas levadas a efeito nas serventias extrajudiciais, desde que no âmbito de suas competências" (BRASIL, 2015a, <www.planalto.gov.br>).

Assim, os cartórios interessados, conforme preceitua o provimento, deverão se habilitar e solicitar nas corregedorias locais permissão específica, além de esperar regulação local. Ainda, será designado no máximo 5 (cinco) escreventes que deverão ser certificados de acordo com o provimento CNJ 125/10, Anexo I. Além disso, os cartórios terão fiscalização e regulamentação específica, através da supervisão dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC) da jurisdição e pela Corregedoria Geral da Justiça.

Portanto, cabe diferenciar da mediação judicial, que após o advento do novo Código de Processo Civil, no artigo 334, passou a ser obrigatória. O réu não mais

será citado para oferecer defesa, e sim para participar de uma audiência de conciliação ou de mediação. Após verificar se a petição está apta e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência, com antecedência mínima de 30 dias. As partes podem manifestar expressamente o desinteresse na solução consensual, ou quando não for possível de acordo com o caso concreto, a autocomposição, nessas hipóteses, a audiência não será realizada. Destaca-se o de acordo com Spengler (2017, p. 187):

Não se trata de “audiência” de mediação, e sim, de “sessão” ou “reunião”. Audiência é um ato processual presidido pelo juiz, com todo o rito e as formalidades exigidos na lei específica. A mediação é coordenada por um mediador e não obedece a ritos processuais, possuindo, como característica, entre outras, a informalidade. Assim, salutar que se use o termo correto, evitando comparações, pois são coisas diferentes.

Na própria lei de mediação em seu artigo 27, expõe que “se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de mediação.” (BRASIL, 2015a, <www.planalto.gov.br>). Ou seja, verifica-se uma errônea descrição ao falar no termo “audiência”, enquanto que o correto seria falar em sessão ou reunião, pois na mediação não existe obrigatoriedade, pois é um método alternativo que visa o entendimento das partes de forma voluntária.

Nesse sentido, Tartuce (2008) explana que a voluntariedade é uma das características principais da técnica, pois esta só pode vir a ser realizada quando houver aceitação expressa das partes envolvidas, ou seja, são estas que devem escolher o percurso, o início e as interrupções do processo da mediação. Afinal, o consenso é fundamental para a tentativa de restaurar um diálogo e posteriormente ser estabelecido um acordo.

Ainda, o termo audiência remete-se a ideia de que o litígio será resolvido através de uma sentença, por seguir ritos processuais específicos. Ou seja, a palavra empregada parece de certa forma infringir alguns princípios basilares da mediação, tal como o princípio da informalidade. Isso, pois, a sessão poderá ser conduzida como as partes entenderem ser mais adequado e proveitoso. (SPENGLER; NETO, 2016)

Consoante o artigo 24 da lei de nº 13.140/2015, os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos-CEJUSCs, sendo estes, responsáveis

pela realização das sessões de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais, bem como, pelo progresso de programas destinados a estimular, orientar e auxiliar a autocomposição. Ainda, a composição dos CEJUSCs, serão definidas de acordo com o respectivo tribunal, porém, com a observação das normas do Conselho Nacional de Justiça. (BRASIL, 2015a)

Cabe destacar que o referido artigo menciona nesse caso, a conciliação como forma autocompositiva, pois conforme já exposto, a depender do conflito envolvido, deve se verificar qual método será mais adequado para uma conveniente resolução as partes.

Ainda, prosseguindo pela análise da lei de mediação, o artigo 25 determina que na mediação judicial, os mediadores não estão sujeitos pela prévia aceitação dos participantes na sessão, porém deve ser observado o disposto no artigo da 5º da mesma lei. O qual aponta que para o mediador aplicam-se as mesmas hipóteses do juiz, impedimento e suspeição (BRASIL, 2015a).

Porém, tal dispositivo vem a colidir com o artigo 168 do Código de Processo Civil, que assegura que “as partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação.” (BRASIL, 2015b, <www.planalto.gov.br>). Somente no caso de inexistir uma decisão quanto à escolha, será designado o mediador entre aqueles cadastrados no respectivo tribunal. Além disso, outras características devem ser levadas em apreço, conforme se verificará no subitem seguinte sobre o papel do terceiro facilitador.

Ainda, para o êxito da mediação, vários são os responsáveis para um desfecho positivo. Entre eles, o advogado, ou em caso de insuficiência de recursos, a assistência da defensoria pública, que devem assistir as partes na sessão de mediação ou conciliação, conforme prevê o artigo 26 da lei em comento.

As partes precisam de assessoria para que cheguem à sessão de mediação sabendo o que as aguarda, e nesse aspecto surge o papel do advogado dentro do procedimento. Ele deve ser responsável por esclarecer ao seu cliente sobre a mediação e o mediador, bem como sobre os procedimentos que serão realizados. Contudo, para que isso aconteça, é necessária uma mudança de paradigma também em relação aos operadores do direito, visto que ainda se encontra resistência por parte deles com relação a formas alternativas de resolução de conflitos. (SPENGLER; NETO, 2008, pg. 57)

Ou seja, faz-se necessário o anseio pela formação de profissionais que alcancem uma visão ampliada sobre os resultados negativos de um conflito não devidamente tratado, ou resolvido de forma precária. Os operadores do direito são os principais responsáveis pela evolução do Direito, visto que estão inseridos no mundo jurídico de forma a auxiliar os indivíduos e esclarecer seus direitos e garantias.

Além disso, o advogado precisa estar preparado para uma postura diferente daquela considerada correta e adotada, na maioria das vezes, dentro da estrutura processual: ele precisa primar pela composição, pelo diálogo, cooperando. Isso significa rever a postura bélica adotada por muitos profissionais e que vem fomentada pela noção de quem perde X ganha disseminada nas universidades e nas lides forenses. Para a cultura do consenso ser instituída, é necessário uma mudança de papéis e de condutas que precisa ser formada (nas universidades) e informada (a cada sessão a de mediação). (SPENGLER, 2017, p. 178)

Portanto, torna-se fundamental o conhecimento destes pelos métodos autocompositivos de resolução de conflitos, uma vez que podem influenciar os conflitantes a solucionar o desentendimento através de uma mediação ou conciliação e não pela instauração de uma ação judicial que demandará um desgaste emocional muito maior.

Ressalta-se que a participação do advogado na sessão é um ponto positivo, porém encontram-se algumas consequências negativas, visto que alguns doutrinadores entendem que a intervenção do advogado atinge os princípios de liberdade e poder decisório das partes, assim como o princípio da informalidade. (SPENGLER; NETO, 2008)

Além disso, Tartuce (2008) informa que pelo de por vezes não haver advogados envolvidos, as partes são instigadas a tomar determinadas atitudes que fazem como que a decisão esteja mais de acordo com seus reais interesses. Assim, o procedimento sem advogado seria menos rígido, existiriam menos formalidades e seria mais acessível em relação aos custos financeiros.

Porém, cabe expor que frequentemente as partes não são instruídas por diversos fatores externos, desse modo, torna-se necessário e fundamental a participação do advogado para orientar sobre seus direitos e explicar sobre os mecanismos de tratamento do conflito, visto que existe certo formalismo no procedimento da mediação judicial.

Conclui-se, dessa maneira que o papel do terceiro é de extrema importância para um desfecho positivo, tanto dos operadores do direito, como os juízes, advogados, defensores públicos, membros do Ministério Público conforme preceitua o Código de Processo Civil, mas também inclusive dos facilitadores desse diálogo, os mediadores e conciliadores.

Destarte, no subitem seguinte verificar-se-á o papel do terceiro mediador e suas funções básicas de acordo com o atual cenário jurídico.

4.3 O papel do terceiro mediador

Inicialmente, cabe esclarecer que a função do mediador é de um terceiro facilitador do diálogo entre as partes. Ou seja, é um terceiro independente e imparcial que não tem poder decisório, não sugere soluções, apenas possibilita através de técnicas específicas da mediação, a restauração da conversa para que os próprios envolvidos cheguem de forma voluntária a um acordo entre eles.

Contudo, ressalta-se que o método não visa exclusivamente à formação do acordo, mas sim o tratamento do conflito, de modo que se as partes reestabelecerem o diálogo, o mediador já cumpre a função principal do seu papel.

Nesse sentido, “o mediador deve estar apto a, superando as resistências pessoais e os obstáculos decorrentes do antagonismo de posições, restabelecer a comunicação entre as partes” (TARTUCE, 2008, p. 230). O tratamento do conflito através do mecanismo de mediar ocorre mediante diversas técnicas específicas conforme se abordará nesse subitem. De acordo com Spengler (2008, p. 30):

[...] o mediador se posiciona em meio às partes, compartilhando de um espaço comum e participativo, voltado para a construção do consenso num pertencer comum. Isso se dá porque a mediação é uma arte na qual o mediador não pode se preocupar em intervir no conflito, oferecendo às partes liberdade para tratá-lo. A figura do mediador não possui pape central; via de regra, possui papel secundário, poder de decisão limitado; ele não pode unilateralmente obrigar as pessoas a resolverem a contenda ou impor decisão. Deve mediá-las, conciliar os interesses conflitivos, conduzindo para que elas concluam com o seu impulso pela melhor solução.

Verifica-se que o mediador poderá atuar judicialmente, quando eleito pelo próprio tribunal, ou extrajudicialmente, por qualquer pessoa de confiança das partes. Importante fazer essa diferenciação, pois para ser um mediador judicial exigem-se alguns requisitos indispensáveis, conforme o artigo 11 da lei de mediação são os

seguintes: pessoa capaz; graduação em ensino superior há pelo menos dois anos, em curso reconhecido pelo Ministério da Educação; capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, que seja reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados- ENFAM ou pelos tribunais e ainda com observação dos requisitos mínimos determinados pelo Conselho Nacional de Justiça, conjuntamente ao Ministério da Justiça. (BRASIL, 2015)

O curso de capacitação deve atender aos requisitos estabelecidos pelos órgãos referidos no parágrafo supra, interessa referir acerca da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça. O terceiro facilitador deve guiar-se de acordo com tais dispositivos. Tal diploma normativo estabelece, em seu Anexo I, as diretrizes curriculares para o curso de capacitação básica dos conciliadores e mediadores, a qual é dividida em módulo teórico e módulo prático (Estágio Supervisionado).

Nesse sentido, importante expor acerca do Manual de Mediação Judicial de 2015 disponibilizado no portal eletrônico do Conselho Nacional de Justiça, o qual apresenta a proposta de um curso com no mínimo 40 horas, bem como indica seu conteúdo programático, o qual contempla um panorama em relação à mediação judicial, conjuntamente com fundamentação teórica. (SPENGLER; NETO, 2016)

Ainda, o Anexo III da mencionada Resolução, institui o Código de Ética que regem a atuação destes, estabelecendo princípios básicos, tais como: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação. Por seu turno, determinadas regras regem o procedimento da conciliação e mediação e devem ser observadas pelos facilitadores para o bom desenvolvimento do diálogo, a saber: informação, autonomia da vontade, ausência de obrigação de resultado, desvinculação da profissão de origem e compreensão quanto aos métodos autocompositivos.

Após qualificar-se de acordo com o exposto na Resolução já referida, é necessário empenho e uma grande parcela de dedicação por parte do terceiro, pois este estará lidando com questões delicadas e que envolvem sentimentos por parte dos conflitantes, como é o caso da mediação familiar. Muitas dos diálogos envolvem mágoas e frustrações; o terceiro facilitador irá mostrar aos envolvidos os pontos favoráveis que a boa administração do conflito pode trazer.

Já o mediador extrajudicial, poderá ser qualquer pessoa de confiança das partes que “seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar

qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se.” (BRASIL, 2015, <www.planalto.gov.br>). Salieta-se a mediação extrajudicial é relativa ao tratamento do conflito antes mesmo do ajuizamento da ação.

[...] ao referir apenas que a pessoa deve se considerar capacitada para fazer a mediação, permite que pessoas sem conhecimento das técnicas a realizem, podendo acarretar na perda da essência do instituto ao se realizar a mediação de forma meramente intuitiva que, por conseguinte, não tratará o conflito e, conseqüentemente não interromperá a cadeia conflitiva. Por outro lado, incentiva e solidifica a existência de centros de mediação comunitária. (SPENGLER; NETO, 2016, p. 40)

Nesse sentido, Spengler (2017) expõe acerca da referência expressa acerca da escolha do mediador pelas partes, visto que o procedimento depende da confiança nele investida. Essa confiança deve ser alcançada através de técnicas específicas. Ainda, a hipótese de escolha do mediador, oferece ao procedimento certa informalidade e desburocratização.

Um das técnicas utilizadas chama-se *rapport*, “se refere ao grau de liberdade na comunicação das partes e qualidade do contato humano, ele expressa a aceitação do mediador e confiança no seu trabalho por partes dos mediandos” (SPENGLER, 2017, p. 47). Nesse sentido, verifica-se que deve ser estabelecida uma conexão de confiança, tendo início no primeiro contato entre o terceiro facilitador e as partes. Por vezes varia de acordo com cada indivíduo, porém o objetivo é permitir uma sessão tranquila, baseada na sintonia e empatia, que é o pressuposto principal para garantir uma solução adequada para o conflito.

Verifica-se, portanto que a lei de nº 13.140/2015 incentiva a mediação extrajudicial como um instrumento efetivo para tratar o conflito, sem precisar da existência de um processo judicial. Dessa forma, torna-se muito mais célere o procedimento se os conflitantes buscam um acordo sem necessitar do judiciário para resolver a demanda. Nesse contexto, torna-se de extrema importância o papel deste mediador extrajudicial, que fará o intermédio entre as partes de forma a facilitar um diálogo. A única diferença é que para ser um mediador extrajudicial não se exige formação específica, apenas deve se observar alguns requisitos básicos, conforme já exposto.

Ainda, pela análise da lei, nota-se a presença de uma seção própria para os mediadores, de acordo com o artigo 4º § 1º, eles terão a função básica de conduzir “o procedimento de comunicação entre as partes, buscando o entendimento e o

consenso e facilitando a resolução do conflito.” (BRASIL, 2015, <www.planalto.gov.br>). Nessa continuidade, verifica-se o que a comunicação entre eles é o princípio basilar e universal do procedimento. Esse diálogo deverá ser, antes de tudo, de forma direta e respeitosa, de forma que essa comunicação vise pela conversa franca e pelo comprometimento do mediador para que a controvérsia seja trabalhada da melhor maneira possível. (SPENGLER, 2017)

A seção IV da lei 13.140/2015 indica a confidencialidade como ponto essencial de toda e qualquer informação relativa às práticas mediativas. Ou seja, não se pode revelar a terceiros acerca de como ocorreu o procedimento, salvo se as partes decidirem sua divulgação. Esse dever de confidencialidade aplica-se tanto ao mediador, como às partes, os prepostos, advogados e demais envolvidos que participaram direta ou indiretamente da sessão. (BRASIL, 2015)

Essa confidencialidade pode ser observada nos princípios básicos que devem ser seguidos pelo mediador e pelo próprio procedimento, conforme o artigo 2º da lei de mediação. Sendo eles: a imparcialidade do mediador conforme já exposto no texto; a isonomia entre as partes; a oralidade; a informalidade; autonomia da vontade partes, ou seja, é um processo voluntário; busca do consenso; confidencialidade conforme exposto no parágrafo supra e a boa-fé. (OAB, 2015)

O Código de Processo Civil também previu acerca dos mediadores judiciais, o qual regra também a atividades dos conciliadores. O ordenamento realçou principalmente acerca da distinção entre os dois, ou seja, faz-se necessário à diferenciação de cada método de acordo com as particularidades específicas. O disposto prevê que o mediador atuará em casos em que houver o vínculo anterior entre as partes e poderá auxiliar os envolvidos a compreender o conflito. Já o conciliador atuará preferencialmente em situações que não há o vínculo, tendo como função sugerir soluções para o litígio para a busca de um acordo.

Ainda, o disposto nos artigos do Código de Processo Civil evidenciou também sobre os princípios que regem os dois métodos, conforme já exibido. Aborda do mesmo modo sobre a confidencialidade e o sigilo em suas funções. Trata sobre o cadastro nacional dos terceiros facilitadores e ainda acerca capacitação que deve ser efetuada para se tornar um mediador judicial.

Desse modo, em consequência ao exposto no decorrer do trabalho, o mediador é aquele que exerce a função de um terceiro facilitador, ou seja, ele não presta assessoria jurídica. O seu papel é ser imparcial para que as partes cheguem a um

consenso por elas mesmas através de técnicas do mediador e do procedimento em si. Nesse sentido, tem o condão de promover o respeito, instigar as partes sobre seus reais interesses de modo a tratar o conflito da maneira mais adequada, e se possível à construção de um acordo, de modo que os conflitantes possam manter um relacionamento estável.

5 CONCLUSÃO

Verifica-se que a abordagem do texto se centraliza na análise da mediação de conflitos no atual cenário jurídico brasileiro como um meio devidamente eficaz para tratar os conflitos. À vista disso, a partir do exposto nos capítulos através da análise bibliográfica concluída, observa-se que o instituto é um mecanismo capaz de propiciar aos indivíduos envolvidos uma visão minuciada do problema exposto e assim alcançar um consenso.

Neste sentido, pelo fato de a sociedade estar em constantes mudanças e o conflito estar sempre envolto nas relações, torna-se necessário uma expansão da atuação do poder judiciário na administração da lide. Ou seja, as circunstâncias atualmente carecem de soluções que sejam pacíficas e consensuais para beneficiar as partes.

Portanto, a mediação aposta na efetivação de um espaço aberto ao diálogo, o qual os indivíduos da relação conflituosa de modo independente atinjam um consenso e posteriormente, se possível, à formação de um acordo. Ou seja, o principal objetivo é o tratamento do conflito, pois por diversas vezes a mediação envolve conflitos delicados. Dessa forma, a formação de um acordo é apenas um ponto que torna mais favorável aos conflitantes, pois o propósito fundamental é a reestabelecimento da relação afetiva.

Desprende-se que a intenção não é o chamado “desafogamento” do judiciário conforme exposto no texto, mas sim, diante da particularidade de cada conflito, buscar gerar uma idônea e adequada resposta aos envolvidos. Ou seja, alcançar o mecanismo mais apropriado para a composição da controvérsia, para conseqüentemente existir uma devida estruturação do conflito.

Insta salientar que por diversas vezes o processo judicial em si, impende às partes de enfrentar os reais obstáculos desprendidos de uma lide, torna-se fundamental mudar a visão de litigiosidade impregnada na sociedade, o qual somente se adere à ideia de um ganhador ou perdedor.

O tratamento do conflito objetiva a cultura da participação, de modo que às partes se envolvam no conflito e cheguem num consenso favorável para ambos. Para isso, frente à evolução do Direito, faz-se imprescindível o judiciário acompanhar esse desenvolvimento e ofertar alternativas eficazes para compreensão e tratamento da relação conflituosa.

Diante disso, inclina-se para a pergunta principal da pesquisa: de que modo e através de que mecanismos a mediação pode ser eficaz e devidamente qualificada para tratar o conflito existente?

Portanto, torna-se primeiramente primordial a expansão dos métodos autocompositivos, e para isso, o caminho a ser percorrido é a conscientização dos indivíduos para a instauração de uma nova mentalidade sobre a condução das dissidências.

Faz-se necessário o alcance para todos operadores do Direito, desde estudantes na graduação, tendo em vista o anseio pela formação de profissionais conscientes. Igualmente, os advogados já formados, precisam estar preparados para adotar uma postura diferente da maneira tradicional, se torna fundamental primar pela facilitação do diálogo de forma a cooperar para a cultura da pacificação social.

A inversão dos papéis e condutas é o ponto principal da mudança de paradigma, que deve ser exercido, portanto, por todos inseridos no mundo jurídico, juízes, defensores públicos e membros do Ministério Público também fazem parte desse papel, conforme preceitua o Código de Processo Civil.

Além disso, o procedimento da mediação deve ser compreendido por estes operadores, pelo fato de estar instaurado na fase judicial como uma alternativa pré processual de composição do litígio. Ou seja, é relevante para os envolvidos do conflito saber que podem dispor de meios que não demandem tanto desgaste emocional e gastos desprendidos pela demanda judicial.

Paralelamente, outros meios alternativos à jurisdição atuam conjuntamente aos métodos adequados de tratamentos de conflitos. Entre eles, a conciliação com enfoque mais direto no acordo e a arbitragem heterocompositiva, com o julgamento através de um árbitro especialista no assunto conflitivo. O que se propõe é compreender os meios disponíveis ao alcance dos indivíduos, de modo que estes possam dispor dos métodos que devem ser apresentados por advogados que visam à cultura da composição.

Ou seja, os litigantes devem identificar a mediação ou os demais meios alternativos, como vantajoso para composição do conflito. Não pode ser visualizada apenas como uma solução encontrada devida a morosidade da justiça, pois o propósito principal do instituto é contribuir para que exista um olhar menos litigioso diante da questão envolta. Portanto, o ideal é que as pessoas busquem o judiciário apenas quando não existir outro meio resolutivo ao alcance.

O anseio por uma resposta a questão conflituosa, por vezes faz com que os indivíduos despreparados e não devidamente instruídos, logo busquem o poder judiciário. Portanto, estes métodos devem atingir igualmente as causas precedentes de um processo, ou seja, buscar a mediação extrajudicial antes mesmo de litigar em juízo.

Nesse sentido, salienta-se a importância para o fomento da mediação, através de mecanismos específicos, entre eles, os facilitadores deste diálogo, os mediadores. A figura do terceiro mediador apesar de não ser incumbido de decidir o desfecho dos conflitantes, tem o dever de tornar propício através de um ambiente saudável que estes cheguem a um consenso pelo diálogo. O que por vezes já é visto de forma voluntária mediante indivíduos que tem o poder de facilitar uma conversa divergente.

Logo, o que se propõe é uma complementação ao Poder Judiciário, de pessoas devidamente qualificadas para conduzir o desfecho de um procedimento da mediação. Conseqüentemente, os indivíduos que optarem em dirimir seus conflitos através da prática do diálogo, estarão favorecendo o fomento aos meios consensuais.

Conforme exposto, a mediação passou a ser mais legitimada a partir do englobamento no ordenamento jurídico, principalmente a partir de seu marco legal, através de lei específica, e principalmente por instituir através do Código de Processo Civil vários artigos destinados ao fomento do método.

Sabe-se que o conflito sempre estará envolto nas relações, o que difere, é o modo em que será enfrentado, e, por conseguinte o qual também irá determinar os diferentes resultados que produzirá no futuro. Desse modo, os indivíduos têm direito ao pleno acesso à justiça para dirimir suas discórdias e ver efetivado seu direito.

Porém, este acesso não se constata somente através de ações ingressas ao Poder Judiciário e através de uma sentença imposta, mas num olhar através de outra visão da justiça, mediante meios consensuais que possibilitem o consenso e fomento ao diálogo. Nesse condão, verifica-se a mediação como um método eficaz de fortalecer a cidadania e no exercício de uma justiça digna sobre uma perceptiva do exercício da empatia.

REFERÊNCIAS

ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano. *Mediação, negociação e práticas restaurativas no Ministério Público*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

BERG, Ernesto Artur. *Administração de conflitos: abordagens práticas para o dia a dia*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

BRAGA NETO, Adolfo. *O que é mediação de conflitos*. São Paulo: Brasiliense, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 out. 2018.

_____. Decreto-Lei 5.452, de 1 de maio de 1943. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 9 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 12 out. 2018.

_____. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm>. Acesso em: 10 abr. 2019.

_____. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 26 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 12 out. 2018.

_____. Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 23 set. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm>. Acesso em: 12 out. 2018.

_____. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 out. 2018.

_____. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 16 mar. 2015b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13-105.htm>. Acesso em: 12 out. 2018.

_____. Lei 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. *Diário Oficial [da] República Federativa do*

Brasil, Brasília, DF, 26 jun. 2015a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 12 out. 2018.

CABRAL, Xavier Navarro Trícia. A evolução da conciliação e da mediação no Brasil. *Revista Fonamec*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 354-369, maio 2017. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistas/fonamec/volumes/volumel/revistafonamec_numero1volume1_354.pdf>. Acesso em: 10 maio. 2019

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. 2. ed. São Paulo: RT, 2012.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Safe, 1998.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: comentário à Lei n. 9.307/96*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *Arbitragem e processo: comentário à Lei n. 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 1993.

CHIAVENATO, Idalberto. *Gestão de pessoas: e o novo papel dos recursos humanos na organização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. *Introdução à teoria geral da administração*. 6. ed. São Paulo: Campus Ltda., 2000.

_____. *Os novos paradigmas: como as mudanças estão mexendo com as empresas*. São Paulo, Atlas, 1996.

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Mediação de conflitos nas escolas em busca da pacificação social*. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85116-mediacao-de-conflitos-nas-escolas-em-busca-da-pacificacao-social>>. Acesso em: 12 out. 2018.

_____. Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 29 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 12 out. 2017.

_____. Movimento pela conciliação. Movimento pela conciliação. *CNJ*, Brasília, [2009 ou 2010]. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/356-geral/125-conciliacao>>. Acesso em: 03 abr. 2019.

CONCILIAÇÃO. DICIONÁRIO online de língua portuguesa. Dicio, [s.l.], [2009-2019]. Disponível em: <www.dicio.com.br/conciliacao> Acesso em: 3 abr. 2019

- DELGADO, Mauricio Godinho. Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro. *Revista LTr*, São Paulo, v. 66, n. 6, jun. 2002.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 3. ed. São Paulo: RT, 2006.
- DIEHL, R. C.; COSTA, M. M. *O papel da comunidade na pacificação de conflitos*. Curitiba: Multideia, 2015.
- EAGLETON, Terry. *A ideia de cultura*. Tradução de Sandra Castello Branco. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2011.
- FOLEY, Gláucia Falsarella. *Justiça comunitária: por uma justiça de emancipação*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- GONÇALVES, M. V. *Direito processual civil esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- GUERRERO, Luis Fernando. *Os Métodos de Solução de Conflitos e o Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2015.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.
- HAMPTON, D. R. *Administração: comportamento organizacional*. São Paulo: McGrawHil, 1991.
- HARARI, Yuval Noah. *Sapiens: uma breve história da humanidade*. Tradução de Janaína Marcoantonio. 19. ed. Porto Alegre: L&PM, 2017.
- HAYER, John Michael. *Fundamentos de la mediación familiar como afrontar la separación de pareja de forma pacífica para seguir disfrutando de la vida*. Madrid: Gaia Ediciones, 1993.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Ícone, 2000.
- LIMA, F. M. D. de A.; ALMEIDA, M. V. S. A mediação harvardiana e a mediação transformativa. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, n. 83,1 dez. 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8622>. Acesso em: 10 maio 2019.
- MORAIS, J. L. B. de; SPENGLER, F. M. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012.
- _____. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- OAB – ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Resolução n. 02/2015, de 04 de novembro de 2015. Aprova o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 19

out. 2015. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/Content/pdf/novo-ced.pdf>>. Acesso em: 03 abr. 2019.

PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. *Novo processo civil brasileiro: métodos adequados de resolução de conflitos*. Curitiba: Juruá, 2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria geral da mediação: à luz do projeto de lei e do direito comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RECHSTEINER, Beat Walter. *Arbitragem privada internacional no Brasil depois da nova lei 9.307, de 23.09.1996: teoria e prática*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo de instrumento n. 70080089485*. Agravante: Companhia Ultragaz S.A. Agravado: Condomínio Residencial Edgar Degas. Relator: Ministro Heleno Tregnago Saraiva. Porto Alegre, 20 de março de 2019. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=aus%C3%A2ncia+de+interesse+recursal&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 28 fev. 2019

ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social. Coleção *Os pensadores*. Tradução Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 07-152. v. XXIV.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. Coimbra: Almedina, 2014.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

SILVA, João Roberto da. *Arbitragem*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2016.

_____. *Fundamentos políticos da mediação comunitária*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2012.

_____. Fabiana Marion. *Mediação de conflitos: da teoria à prática*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

_____. ;SPENGLER, T. S. N. *Mediação, conciliação e arbitragem: artigo por artigo: de acordo com a Lei nº 13.140/2015, Lei nº 9.307/1996, Lei nº 13.105/2015 e com a Resolução nº 125/2010 do CNJ (emendas I e II)*. 1. ed. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2016.

_____. *Retalhos de mediação*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008.

TAVARES, Fernando Horta. *Mediação e conciliação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

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

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Método, 2008.

WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001.