

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
CAMPUS AVANÇADO DE NATAL – CURSO DE DIREITO

FRANCISCO ISAAC DA SILVA

**A VIABILIDADE DA CONCILIAÇÃO E DA MEDIAÇÃO PARA A SOLUÇÃO MAIS
JUSTA DOS CONFLITOS**

NATAL-RN

2017

FRANCISCO ISAAC DA SILVA

**A VIABILIDADE DA CONCILIAÇÃO E DA MEDIAÇÃO PARA A SOLUÇÃO MAIS
JUSTA DOS CONFLITOS**

Artigo apresentado à disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso II, do Curso de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, campus Avançado de Natal, como requisito parcial para avaliação, sob orientação da Professora Me. Déborah Leite da Silva Holanda.

NATAL-RN

2017

FRANCISCO ISAAC DA SILVA

**A VIABILIDADE DA CONCILIAÇÃO E DA MEDIAÇÃO PARA A SOLUÇÃO MAIS
JUSTA DOS CONFLITOS**

Artigo apresentado à disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso II, do Curso de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, campus Avançado de Natal, como requisito parcial para avaliação, sob orientação da Professora Me. Déborah Leite da Silva Holanda.

Aprovado em ____/____/____.

Banca Examinadora:

Prof^ª. Me. Déborah Leite da Silva Holanda

Universidade do Estado do Rio Grande do Norte

Prof^ª. Esp. Flavianne Fagundes da Costa

Universidade do Estado do Rio Grande do Norte

Prof^ª Sammara Costa Pinheiro Guerra de Araújo

Universidade do Estado do Rio Grande do Norte

A VIABILIDADE DA CONCILIAÇÃO E DA MEDIAÇÃO PARA A SOLUÇÃO MAIS JUSTA DOS CONFLITOS

Francisco Isaac da Silva¹

RESUMO: O presente estudo busca, face à crise do Judiciário, não apenas pelo seu custo e morosidade, mas, sobretudo, pela impotência da efetiva prestação jurisdicional e do acesso à justiça, discutir a viabilidade dos meios autocompositivos, com ênfase na conciliação e mediação, para a solução ou transformação dos conflitos de forma adequada, na medida em que os envolvidos possam construir, por si só, a composição da controvérsia na guisa mais satisfatória à sua realidade, o que poderia levar a soluções mais justas e adequadas aos seus interesses. Considerando-se que há uma resistência na utilização desses mecanismos, visto que a tendência histórica é de dar crédito, tão somente, à decisão emanada da justiça estatal, torna-se necessário relativizar o cenário contencioso e hastear a bandeira da justiça consensual. O desafio principal, decerto, é a quebra de paradigmas e a mudança cultural jurídica de resolver as litigiosidades. A fim de obter os objetivos propostos, utilizar-se-á o método de abordagem dedutivo e qualitativo. Dessa forma, dados estatísticos serão perquiridos em pesquisa de campo, como também será analisado o material bibliográfico pertinente, visando-se analisar a evolução da conciliação e da mediação como corolário à ordem jurídica justa e efetiva com fulcro na pacificação social e na busca pela cultura do diálogo e da paz.

Palavras-chave: Conciliação. Mediação. Decisões justas. Cultura do diálogo. Pacificação social.

ABSTRACT: The current study aims to, facing the judiciary questioning, not only for its cost and slowness, but, as well, due to the impotence of the effective jurisdictional provision on the access of justice, discuss the viability of the self-compacts methods, mainly conciliation and mediation, to the solution and transformation of conflicts in an adequate way, as the people evolved can make, by their own, the composition of the controversy in the best way to their reality, which can guide to more fair solutions and more adapted to their interests. Considering that there is some resistance in face of these mechanisms, once people historically tend to give credit only to state justice decisions, becomes necessary to relativize the contentious scene and to hoist the consensual justice flag. The main challenge, surely, it is to break the paradigm and to chance the juridical culture about solving conflicts. To obtain the goals proposed, it will be used the deductive way of approach, getting to a conclusion. It will be used, also, the qualitative research, once the current essay will inquire conciliation and mediation on the perception of authors that study the subject, identifying the nature and the reach of the studied theme. That way, data will be looked for in field research and bibliography access, aiming to analyze the evolution of conciliation and mediation as corollary of the fair and effective legal order, based on the social pacification and the pursuit of the dialogue and peace culture.

Keywords: Conciliation. Mediation. Decisions fair. Culture of dialogue. Social pacification.

SUMÁRIO

¹ Graduando do curso de Direito na Universidade Estadual do Estado do Rio Grande do Norte – Campus Avançado de Natal, isaacsilva89@hotmail.com.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO. 2. CONFLITO E FORMAS DE COMPOSIÇÃO 2.1. Histórico e conceituação; 2.2. Solução e abordagem de conflitos; 2.3. Meios de composição. 3. ACESSO À ORDEM JURÍDICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL; 3.1. Acesso à justiça por via estatal e justiça consensual; 3.2. A garantia da proteção judiciária; 3.3. Mudança de paradigmas. 4. INSTRUMENTOS DE IMPLEMENTAÇÃO DA SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS; 4.1 A Resolução n. 125/2010 do CNJ; 4.2 Inovações implementadas pelo CPC/2015; 4.3 A Lei de Mediação. 5. A UTILIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NO COTIDIANO PROCESSUAL; 4.1. Conciliação e Mediação; 4.2 Análise de dados estatísticos. 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 7. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Diante do cenário tradicional de agir da jurisdição, que em virtude dos limites estruturais, tecnológicos, pragmáticos e metodológicos, torna-se incapaz de administrar as demandas oriundas dos conflitos que surgem da sociedade contemporânea, fazendo com que a cada cem novos processos que aguardam julgamentos, apenas 28 (vinte e oito) são solucionados definitivamente, diante de um acervo de 73,8 (setenta e três virgula oito) milhões de processos que tramitam na Justiça brasileira, segundo dados do Justiça em Números de 2016, do Conselho Nacional de Justiça, torna-se imprescindível a adoção de outros meios.

Nesse contexto de crise, evidencia-se a fragilidade da prestação jurisdicional, cujo modelo deficitário não é capaz de proporcionar aos jurisdicionados um acesso à justiça eficaz e uma duração razoável do processo, ofendendo, dessa forma, direitos humanos e princípios constitucionais basilares do Estado Democrático.

Em virtude dessa deficiência do processo, é indubitável que os mecanismos de resolução adequada de disputas, Conciliação e Mediação, substitui o poder decisório de um terceiro imparcial - que promove de forma subjacente a cultura do “ganhar ou perder” -, observando a singularidade de cada participante do conflito, para que possam “ganhar conjuntamente”, elaborando as diretrizes de forma colaborativa e consensuada. O desafio principal, portanto, é a quebra de paradigmas e a mudança cultural jurídica de resolver as litigiosidades.

O conflito é inerente à natureza humana. Mas também é inerente a essa natureza a busca por viver em paz. E a maneira como tratar esses conflito ensejará um alteração do contexto social. Destarte, na medida em que a sociedade resolve seus próprios problemas harmonicamente, as mudanças culturais caminharão para melhor solucionar as diferenças.

A conciliação e mediação, muito embora comumente tratadas como expressões sinônimas, não se confundem, posto que a primeira consiste no processo autocompositivo

breve, aplicado aos conflitos manifestos, onde as partes são auxiliadas por um terceiro facilitador neutro ou por um conjunto de pessoas sem interesse na causa, que utilizam métodos adequados na busca de uma solução das disputas, para que aja, nos limites possíveis, harmonização social das partes. O escopo da conciliação, portanto, é resolver o conflito.

A mediação, por sua vez, é aplicada aos conflitos latentes e emergentes e pode ser conceituada como uma negociação facilitada por um terceiro imparcial ou um painel de pessoas neutras, com a finalidade de excitar o diálogo cooperativo entre as partes para que possam satisfazer seus interesses e os valores. O escopo da mediação é pacificar as pessoas e restabelecer a comunicação.

Procurar-se-á, assim, na presente pesquisa, discutir a viabilidade da mediação e conciliação para a justa composição dos conflitos, sobretudo no contexto atual, em que a legislação brasileira tem se voltado para a solução consensuada. Para tanto, a presente pesquisa será estruturada da seguinte forma: no tópico dois, serão abordados os aspectos históricos, conceitual e metodológicos dos institutos ora analisados, sob uma perspectiva da evolução dos conflitos.

Outrossim, analisar-se-á, no tópico três, a Justiça como mecanismo de pacificação social, que deve caminhar nos mesmos passos das mudanças da sociedade. Observar-se-á no tópico quatro, sob o ponto de vista das medidas estatais, a evolução estrutural e legislativa, como os projetos pilotos nos mais diversos campos da autocomposição, sobretudo no que concerne à conciliação e mediação, assim como a Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), além da busca pela reestruturação do Sistema Processual brasileiro, como a vigência do Novo Código de Processo Civil.

Ato contínuo, a partir de uma abordagem prática, mister se faz analisar, no último tópico (cinco), dados estatísticos hodiernos para que se possa perquirir a viabilidade e eficácia da adoção da conciliação e mediação para a condução dos conflitos.

Contudo, há de se analisar se os mecanismos até então adotados são suficientes para a viabilização da solução consensual de conflitos, considerando-se que ainda há uma resistência pela sua utilização, como também uma deficiência de cunho estrutural.

A fim de atingir os objetivos propostos, utilizar-se-á o método de abordagem dedutivo, por meio do qual se parte de premissas gerais para pressupostos específicos, chegando-se a uma conclusão. Utilizar-se-á, ainda, a pesquisa qualitativa, tendo em vista que o presente estudo investigará a conciliação e a mediação por meio da percepção de autores que tratam sobre o assunto, identificando a natureza e o alcance do tema estudado.

2. CONFLITO E FORMAS DE COMPOSIÇÃO

O conflito é um fenômeno natural à condição humana. A partir do momento em que indivíduos mantêm uma relação interpessoal, dos seus fatos e condutas pode advir um conflito, vez que, conforme noção cediça, os seres humanos são diferentes, com perspectivas, interesses, valores e posições antagônicas, mesmo que haja uma afinidade e afeto na relação. Dessa forma, não é possível uma relação interpessoal inteiramente harmônica e consensual.

É necessário, sobretudo, que aja uma consciência de que esse fenômeno é inerente ao contexto social, sem enfoque adversarial e argumentos unilaterais, observando, dessa forma, as diferenças e os interesses comuns para que desse fenômeno seja possível extrair: paz, entendimento, solução, compreensão, felicidade, afeto, crescimento, ganho e aproximação.

2.1. Histórico e conceituação

Desde o prelúdio das interações humanas, as relações interpessoais são permeadas por entrechoques de interesses e posições, o que acentua divergências entre condutas, fatos, coisas ou pessoas, ensejando, assim, situações conflituosas. Percebe-se que, mesmo organizados em sociedade, os indivíduos divergem em razão de interesses ou objetivos particulares, bem como resistem em aceitar posições alheias, interesses contrapostos. Assim, a diversidade e a insatisfação pessoal ensejam um estado de incompatibilidade na conjuntura social.

Percebe-se esse cenário nos dizeres de Dora Fried Schnitman²:

Os conflitos são inerentes à vida humana, pois as pessoas são diferentes, possuem descrições pessoais e particulares de sua realidade e, pós-consequente, expõem pontos de vista distintos, muitas vezes colidentes. A forma de dispor tais conflitos mostra-se como questão fundamental quando se pensa em estabelecer harmonia nas relações cotidianas. Pode-se dizer que os conflitos ocorrem quando ao menos duas partes independentes percebem seus objetivos como incompatíveis; por conseguinte, descobrem a necessidade de interferência de outra parte para alcançar suas metas.

² SCHNITMAN, 1999, p.170, *apud* CANABARRO, Luiz Eduardo Cavalcanti. **Mediação como Método de Solução Alternativa de Conflito**. Judicialização da saúde, parte II: ética nos relacionamentos do setor saúde, IV Jornada Médico-jurídica de Saúde Suplementar, Seminário de Direito Sanitário. Rio de Janeiro: EMERJ, 2012, p. 89. Disponível: <<http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/8/judicializacaodasaudeII.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2017.

No léxico, a palavra conflito significa “oposição entre duas ou mais partes; desavença entre pessoas, grupos; divergência, discordância de ideias, de opiniões.”³ No senso jurídico, a expressão conflito costuma ser usada como sinônimo de lide e litígio.

Segundo Douglas H. Yarn⁴ “o conflito pode ser definido como um processo ou estado em que duas ou mais pessoas divergem em razão de metas, interesses ou objetivos individuais percebidos como mutuamente incompatíveis”.

2.2. Solução e abordagem de conflitos

Conforme afirmado, o conflito decorre da relação social dos indivíduos com suas incongruências. Habitualmente, costuma-se abordar o conflito de forma negativa, com o fulcro de suprimi-lo e eliminá-lo peremptoriamente. Contudo, em que pese a dificuldade em abordá-lo, uma vez que há diversos fatores – fisiológicos, emocionais e comportamentais - aptos a impedir a eficácia do manejo, revela-se salutar tratá-lo de maneira adequada para que seja possível alterar o modo de visualizar os fatos controvertidos.

Nesse sentido, assevera Carlos Eduardo Vasconcelos⁵:

Tradicionalmente, se concebia o conflito como algo a ser suprimido, eliminado da vida social. E que a paz seria fruto da ausência de conflito. Não é assim que se concebe atualmente. A paz é um bem precariamente conquistado por pessoas ou sociedades que aprendem a lidar com o conflito. O conflito, quando bem conduzido, pode resultar em mudanças positivas e novas oportunidades de ganhos mútuos.

Em rápidas e acertadas pinceladas, Ana Célia Roland Guedes⁶ aduz sobre a questão da (re)solução do conflito em que muito se fala em solução (ou resolução), contudo, na realidade fática, nem sempre é possível que o conflito seja resolvido (no sentido de ser extinto) por uma medida isolada, já que o impasse pode apresentar fases e só é efetivamente superado após inúmeras experiências vividas ao longo do tempo pelos envolvidos.

³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio**: o dicionário da língua portuguesa. 8. ed. rev., atual. e ampli. Curitiba: Positivo, 2010, p. 188.

⁴YARN, Douglas H., p.49, *apud* Brasil. Conselho Nacional de Justiça. Azevedo, André Gomma de (org). **Manual de Mediação judicial**. 6º ed. Brasília, 2016, p. 49.

⁵ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008, p. 20.

⁶ GUEDES, 2001, p. 17, *apud* TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed., rev., atual. e ampli. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2016, p. 17.

Indubitável é que, à medida em que se percebe o conflito como um fato natural na relação de quaisquer seres vivos, é possível compreender esse fenômeno de forma positiva, podendo ser ensejador de mudanças, inovações e criatividade.

Como bem aponta Fernanda Tartuce⁷, para abordar os conflitos é importante entender o que causa. Segundo a autora, vários são os fatores que podem originá-los, os quais podem ser citados: limitação de recursos; ocorrência de transformações; a capacidade dos envolvidos em anuir com os posicionamentos alheios; a presença de interesses antagônicos e, por fim, o desrespeito à diversidade e a insatisfação pessoal. A par da gerência do conflito, pondera Angela Hara Buonomo Mendonça⁸ que na evolução do corpo social sempre se constataram dois viés para administrar conflitos: pela natureza pacífica da relação, através da negociação (de forma direta entre as partes ou mediadas por um terceiro) e pelo embate, em um ambiente contencioso, mediante a imposição de solução pelo Estado.

Os processualistas Ada Pellegrine, Cintra e Dinamarco⁹, analisando a tutela adequada à solução dos conflitos, aduzem:

Ora, como é de conhecimento de todos, a sociedade contemporânea é altamente conflitiva, atingida por um sempre crescente número de desavenças envolvendo cada vez mais os seus integrantes. O adensamento populacional, o caráter finito e consequente insuficiência dos bens materiais e imateriais à disposição dos homens para a satisfação de suas necessidades, a escassez de recursos, a concentração de riquezas em mãos de poucos, tudo coopera para que indivíduos e coletividades se envolvam cada vez mais em situações conflituosas. Além disso, as atuais estruturas político-administrativas do Estado, com sua ineficiência e seu comportamento desrespeitoso perante os direitos das pessoas, levam a uma forte tendência à judicialização dos conflitos, assoberbando os tribunais do país, dos quais se espera a tutela jurisdicional aos titulares de interesses e direitos. Avulta nesse quadro a premente necessidade de aparelhar o Poder Judiciário de instrumentos capazes de promover a efetividade daquele escopo social magno do processo, com a real capacidade de solucionar satisfatoriamente os conflitos e pacificar de modo adequado as pessoas. Mas, como os conflitos diferem muito entre si, o sistema deve ser flexível para ser apto a propiciar a quem tem razão a tutela jurisdicional efetiva e adequada a que tiver direito, produzindo com isso resultados legítimos perante a lei e os valores da nação.

Nesse contexto, há de se afirmar que a concepção do conflito deve ser compreendida como transformação e mudança para o crescimento e o desenvolvimento do ser em seu ciclo de

⁷ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2016, p. 05.

⁸ MENDONÇA, Angela Hara Buonomo. **A reinvenção da tradição do uso da mediação**. Revista de Arbitragem e mediação. São Paulo: RT, ano 1, n.3, set.-dez. 2004, p. 145.

⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 30ª ed. rev., atual., aum. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 30 – 31.

vida. Mas, para que isso seja possível, é mister que o tratamento se dê da forma mais adequada possível, para que os indivíduos possam estabelecer, entre si, uma relação de convívio saudável.

2.3. Meios de composição.

Impende aludir, preliminarmente, o significado da palavra composição, que segundo o dicionário Houaiss¹⁰, consiste na “ação de constituir um todo, retratando o modo pelo qual os elementos constituintes do todo se dispõe e integram, configurando uma organização.” No cenário jurídico, reporta-se à concepção de regramento, assim evidenciado nos termos autocomposição e heterocomposição.

Preleciona Niceto Alcalá-Zamara y Castilho¹¹ que “constatado o conflito entre duas esferas contrapostas de interesses, sua resolução pode se verificar por atitude dos próprios contendores ou mediante a decisão imperativa de um terceiro.” Refere-se nessa passagem à autocomposição, o processo (heterocomposição) e autodefesa (autotutela). Nesse diapasão, ensina Moacyr Amaral dos Santos¹² que “compor a lide é resolver o conflito segundo a ordem jurídica, restabelecendo-a. Assim, o conflito de interesses em lide compor-se-á pela atuação do Direito objetivo que o regula. Isto é, pela atuação da lei ao caso concreto”.

Os instrumentos de abordagem aos conflitos foram prosperando com o passar do tempo, na medida em que esse fenômeno se tornava mais complexo. Destarte, inicialmente, despontou a autotutela, como uma solução egoísta do conflito. Nesse enfoque, ressalta Fernanda Tartuce no sentido de que¹³:

Pela autotutela (ou autodefesa), o indivíduo resolve o conflito por sua própria força, agindo por si próprio para obter uma posição de vantagem em relação à situação rejeitada. Sua prática costuma ser malvista por trazer a ideia de violência. E ser identificada como um resquício de justiça privada.

Conforme aponta os mestres Marinone, Arenhart e Sérgio Cruz¹⁴, sua utilização foi considerada uma alternativa ante a falta de poder do Estado para definir as querelas, o que

¹⁰ HOUAISS, *web apud* TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2016, p. 15.

¹¹ CASTILHO, 1970, p. 13 *apud* TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2016, p. 15 – 16.

¹² DOS SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v. 1. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p 31.

¹³ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2016, p. 19.

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento**. 12 ed. São Paulo: RT, 2014, p.30.

ocorreu no Direito Romano, anteriormente ao período de *cognitio extra ordinem*. Passado esse período, o Estado tomou para si o poder de “solucionar” as contendas.

Hodiernamente, como regra, a prática da autotutela no ordenamento jurídico pátrio configura exercício arbitrário das próprias razões, crime disposto no art. 345 do Código Penal brasileiro¹⁵, *in verbis*: “Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite”. Como se percebe, a lei criminal permite, em casos expressos, a possibilidade de atuação em autodefesa. Nesse contexto, em consonância com a codificação Civil, Fernanda Tartuce¹⁶ assevera:

Os principais casos em que se permite a autotutela no âmbito civil: legítima defesa e estado de necessidade; legítima defesa e desforço imediato na proteção possessório; autotutela de urgência nas obrigações de fazer e não fazer; direito de cortar raízes e ramos de árvores limítrofes que ultrapassem a estrema do prédio; e direito de retenção de bens.

Na autocomposição, as partes solucionam, conjuntamente ou isoladamente, o conflito, inexistindo, assim, a influência de um terceiro com o poder decisório. Assim, verifica-se que autocomposição pode ser unilateral ou bilateral. A autocomposição unilateral ocorre, segundo Fernanda Tartuce¹⁷, “quando depender de ato a ser praticado exclusivamente por uma das partes em sua seara da disponibilidade”. Constata-se essa forma de composição na renúncia, desistência ou reconhecimento jurídico do pedido. A bilateral dar-se-á quando as partes envolvidas no conflito estabelecem as tratativas, ensejando uma composição por si mesmas. Esse instituto é aferido na negociação, conciliação e mediação.

Outra possibilidade para as partes, em um conflito, consiste na heterocomposição – um terceiro imparcial à contenda, por meio do poder atribuído pelas partes, impõe uma decisão. Conforme ensina Fernanda Tartuce¹⁸, a heteromposição pode ser constatada por meio de duas possibilidades: arbitral, onde um terceiro imparcial, escolhido pelas partes, decide a controvérsia por meio de uma sentença arbitral; e a via jurisdicional, onde uma das partes, através do acesso à justiça e o direito de ação, recorre ao poder judiciário para obter uma decisão (sentença) prolatado por um terceiro imparcial investido de poder decisório.

¹⁵ BRASIL. **Código Penal brasileiro**: Decreto-lei n.º. 2.848, promulgado em de 07 de dezembro de 1940. 11. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 551.

¹⁶ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2016, p. 21.

¹⁷ *Ibidem*, p. 36.

¹⁸ *Ibidem*, p. 56.

É forçoso reconhecer, em que pese a existência de instrumentos aptos a compor de maneira mais eficiente as desavenças oriundas da esfera social, a tendência brasileira de distribuir a justiça com esteio na litigiosidade, retirando o poder natural das partes envolvidas em negociar/solucionar e conduzindo às adversidades privadas das interações humanas para o poder estatal dizer o direito.

3. ACESSO À ORDEM JURÍDICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O viés transformativo é uma das características mais marcante do corpo social. O povo - devido às relações interpessoais complexas - e suas instituições, atados a transformações profundas e instantâneas, necessitam de uma justiça e de um acesso a esta, eficaz e efetivo, ensejando, entretanto, um acesso à ordem jurídica justa.

A justiça constitui um dos assuntos mais emaranhado para os estudiosos, vez que incorpora vários sentidos. Nesse enfoque, em consonância com o pensamento de Adriana dos Santos Silva¹⁹, malgrado a evolução contínua da justiça, esta continua com definição aberta por se tratar de um assunto complexo e exaustivo. Dessa maneira, o conceito de Justiça diverge de uma sociedade para outra, moldando-se conforme a complexidade das relações interpessoais, o quais vão se incorporando a sua noção.

A professora Zoraide Amaral de Souza²⁰, traz à lume importantes indagações

O conceito de justiça ou o do que é justo, que foi estudado por filósofos e doutrinadores, como Platão, Aristóteles, Kelsen Bobbio, Rawls e outros, despertou, na realidade, outra preocupação nos homens: como possibilitar a cada cidadão solucionar o seu litígio, como possibilitar a cada cidadão obter justiça? Será que a justiça encontra, facilmente, ao alcance do cidadão comum ou ele necessita, para solucionar os seus conflitos, de meios nem sempre tão fáceis de serem acessados para obter a paz e a segurança almejadas?

O filósofo político Norberto Bobbio²¹, ao analisar o tema, concluiu que “o mais importante do que encontrar um conceito de justiça ou desvendar o que seja justiça, é encontrar uma solução para o acesso à justiça, para todos aqueles que dela necessitam”.

¹⁹ SILVA, Adriana dos Santos. **Acesso à justiça e arbitragem: um caminho para a crise do Judiciário**. São Paulo: Manole, 2005, p.82.

²⁰ SOUZA, Zoraide Amaral de. **Arbitragem: conciliação: mediação nos conflitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2004, p. 20.

²¹ BOBBIO, 1996, p. 25, *apud* SOUZA, Zoraide Amaral de. **Arbitragem: conciliação: mediação nos conflitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2004, p. 20.

A consecução da justiça deve ser encarada com uma significação superior em relação ao seu alcance, tutelando os direitos em consonância com os princípios norteadores do acesso à justiça: acessibilidade, operosidade; utilidade e proporcionalidade. Assim, consoante Projeto Florença, desenvolvido pelos notáveis Mauro Cappelletti e Bryant Garth²², a noção de acesso à justiça serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico: proporcionar acesso igualitário a todos e produzir resultados individual e socialmente justos.

3.1. Acesso à justiça por via estatal e justiça consensual

Conforme pormenorizado, os conflitos fazem parte da vida dos indivíduos no contexto social e permeiam todos os tipos de interações humanas. À vista disso, é forçoso reconhecer que os instrumentos tradicionais disponíveis se revelam insuficientes na (re)solução dessas desavenças, tanto do ponto de vista quantitativo e qualitativo quanto no sentido de acessibilidade da ordem aos titulares de direitos.

Impende salientar que a jurisdição constitui uma das atividades do Estado, e que o acesso à justiça por meio da tutela jurisdicional estatal é uma garantia e direito de todos. Mister se faz aduzir, corroborando o exposto, o que dispõe o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal²³, *in verbis*: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Como tal característica, o tradicional acesso à justiça é reconhecido como um direito fundamental no Estado Democrático de Direito, fazendo parte de uma gama dos direitos humanos, indispensável aos indivíduos.

O Estado tem, assim, a capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Contudo, a via judiciária para a busca do reconhecimento do direito do jurisdicionado apresenta vantagens e desvantagens.

A resolução da controvérsia por meio da solução judicial tem a vantagem de contar em sua abordagem com princípios e garantias como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa²⁴ - art. 5º, LV, CF²⁵: aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a

²² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 12.

²³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 11. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 07.

²⁴ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2016, p. 135.

²⁵ BRASIL. Constituição (1988), *op. cit.* p. 08.

ela inerentes; além disso, as partes têm a concepção de maior estabilidade e segurança no que diz respeito ao resultado posto.

Nessa vereda alude Cármen Lúcia Antunes Rocha²⁶, Ministra do Supremo Tribunal Federal:

A indeclinabilidade da jurisdição é uma garantia para o cidadão, que certamente sairá do estado de indefinição ao contar com uma decisão judicial sobre a matéria. Assim, seu direito há de ser tutelado com a manifestação do Poder Judiciário; diante de tal garantia (de que os direitos deverão ser assegurados em instância definitiva pela via jurisdicional), não precisa nem deve o jurisdicionado transigir com a quebra ou a afronta aos seus direitos.

O poder estatal de dirimir os conflitos, até mesmo os seus, é carreado, sobretudo, de garantia da legalidade, imparcialidade e publicidade, onde as partes têm o direito, em um processo, de participar ativamente, bem como de dialogar com o juiz, o qual irá proferir uma decisão devidamente fundamentada (motivação da decisão) com o fulcro de pacificar com justiça – art. 93, IX, CF²⁷, *in verbis*:

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

A publicidade do processo constitui uma importante garantia: como regra, todos os atos processuais devem ser acessíveis ao conhecimento.²⁸ Tal diretriz tem previsão na CF (art. 5º, LX) e no CPC (art. 189). A imparcialidade, garantia de grande importância, se traduz na equidistância e na ausência de compromisso entre as partes e o juiz.²⁹ Aos magistrados deve ser assegurada independência funcional. A motivação das decisões também estabelece uma vantagem relevante. O Poder Judiciário deverá fundamentar todas as suas decisões, sob pena de nulidade; tal comando se revela essencial para permitir o controle dos atos do juiz e de sua imparcialidade, bem como para possibilitar impugnações ao conteúdo de seu julgamento.³⁰

Em relação à estabilidade da decisão derradeira, a coisa julgada desponta como importante vantagem da solução judicial em relação a outros meios. A coisa julgada visa

²⁶ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O direito Constitucional à jurisdição**. In: Teixeira, Sálvio de Figueiredo (coord.). *As garantias do cidadão n justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

²⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 11. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 36 - 37.

²⁸ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2016, p. 136.

²⁹ *Ibidem*, p. 136.

³⁰ *Ibidem*, p. 137.

proteger os valores da segurança jurídica e da pacificação social.³¹ Outra importante vantagem da utilização da via judicial é a possibilidade de coerção dos indivíduos infratores ao cumprimento dos comandos emanados pelos órgãos estatais.³²

Em virtude da crise do sistema judicial de administração e distribuição da justiça, ensejada principalmente pela limitação de recursos materiais e humanos, a prestação da tutela jurisdicional tem se verificado com grandes percalços.³³

No que tange aos problemas enfrentados pela via judiciária para (re)solucionar as querelas oriundas da sociedade e de suas instituições, pondera Cândido Rangel Dinamarco³⁴:

(...) da lei vêm defeitos como a extrema burocracia dos serviços judiciários e pequena abrangência dos julgamentos, como causas que se repetem às centenas e congestionam os juízos e tribunais (...). Da realidade econômica vem a insuficiência de recursos das pessoas carentes para custear o litígio sem prejuízo da subsistência, associada à precariedade dos serviços de assistência judiciária. Da realidade cultural da nação vem a desinformação e, que é pior, a descrença nos serviços judiciários. Da estrutura política do Estado vêm dificuldades como a que se apoia no mito da discricionariedade administrativa e exagerada impermeabilidade dos atos administrativos à censura judiciária – esse fator de resistência, felizmente, vai sendo atenuado na jurisprudência mais recente.

Em decorrência da atuação conjugada de tais ilegítimos fatores limitativos, muitas pretensões são excluídas da análise do Poder Judiciário, não tendo como receber tratamento e solução em via jurisdicional.³⁵ Ainda no que tange ao aspecto da incerteza, outra grave desvantagem da solução estatal judicial diz respeito à falta de alcance da efetiva pacificação das partes. Este, sem dúvida, revela-se um ponto sensível e muito preocupante.³⁶

Para Ada Pellegrine Grinover³⁷, a decisão que o juiz prolata não pacifica as partes, uma vez que sempre haverá uma delas, ou até mesmo as duas, que ficarão descontente com a sentença do magistrado, e que, não obstante, poderão recorrer, agravando o cumprimento da pacificação.

³¹ DELLORE, 2013, p. 186 *apud* TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2016, p. 138.

³² TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2016, p. 138

³³ *Ibidem*, p. 138.

³⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito processual civil**. v. 1. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 112 – 113.

³⁵ *Ibidem*, p. 113.

³⁶ TARTUCE, Fernanda, *op. cit.*, p. 141.

³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela**. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 10 – jul./dez. 2007. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-013_Ada_Pellegrini_Grinover.pdf>. Acesso em 18 de ago. 2017.

O Ministro Marco Aurélio Mendes de Faria Mello³⁸, do STF, já havia tratado dessa questão há 17 (dezessete) anos, onde ressalta que o brasileiro acredita apenas na solução judicial. Assim, quando surge posições antagônicas, os indivíduos recorrem ao poder judiciário, no seu direito cívico de acesso à justiça, permanecendo em segundo plano, os meios consensuais para solucionar as divergências. À luz das ponderações retro, o ministro conclui que, por esse motivo, torna-se fácil constatar o número demasiado de processos que tramitam no judiciário brasileiro.

À vista disso, o problema que é enfrentado há décadas tem encontrado solução em outras partes do mundo, em que sistemas/mecanismos são largamente utilizados de forma paralela à justiça estatal (extrajudicial) ou dentro da própria justiça (judicial). São instrumentos instituídos por lei, que podem substituir a atuação do juiz estatal pela de um particular, onde as partes envolvidas no conflitos têm autonomia e, de forma colaborativa, podem chegar a um consenso, decidindo os rumos da controvérsia.

Nesse sentido, é imperioso colacionar as sábias palavras da professora Fernanda Tartuce³⁹:

A lógica consensual (coexistencial ou conciliatória) é aplicada em um ambiente onde a pauta é colaborativa: as pessoas se dispõem a dialogar sobre a controvérsia e a abordagem não é centrada apenas no passado, mas inclui o futuro como perspectiva a ser considerada. Por prevalecer a autonomia dos envolvidos, o terceiro facilitador da comunicação não intervém para decidir sobre o mérito, mas para viabilizar o diálogo em prol de resultados positivos.

Os meios de composição onde os próprios envolvidos protagonizam sua solução é uma tendência mundial, não em consequência somente dos percalços vivenciados pelos sistemas jurídicos e judiciários, mas pela ascensão participativa da sociedade.

Torna-se importante transcrever, também, o pensamento dos autores Juan Luis Colaiácovo e Cynthia Alexandra Colaiácovo⁴⁰ acerca das vantagens dos meios essenciais de solução de controvérsias:

As vantagens da adoção de mecanismos alternativos à via jurisdicional são várias: obtenção de resultados rápidos, confiáveis, econômicos e ajustados às mudanças tecnológicas em curso; ampliação de opções ao cidadão, que teria oportunidades diversas de tratamento do conflito; aperfeiçoamento do sistema de justiça estatal por força da redução do número de processos em curso.

³⁸MELLO, 2000, p. 21 *apud* SOUZA, Zoaraide Amaral de. **Arbitragem: conciliação: mediação nos conflitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2004, p. 24.

³⁹TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2016, p. 81.

⁴⁰COLAIÁCOVO, Juan Luis; COLAIÁCOVO, Cynthia Alexandra. **Negociação, mediação e arbitragem: teoria e prática**. Trad. Adilson Rodrigues. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 61.

Quando as pessoas concorrem com sua vontade para a construção de uma saída produtiva para ambas, elas cumprem espontaneamente os ajustes entabulados, sendo desnecessário promover iniciativas adicionais para fazer jus ao combinado.⁴¹ Trata-se de um cumprimento voluntário das partes envolvidas no processo autocompositivo.

No que tange às supostas desvantagens dos instrumentos autocompositivos de conflitos, prelecionam Figueira Júnior e Tourinho Neto⁴²

As críticas à adoção dos mecanismos ‘alternativos’ podem ser resumidas às seguintes: deletéria privatização da justiça (retirando do Estado, a ponto de enfraquecê-lo, uma de suas funções essenciais e naturais, a administração do sistema de justiça); a falta de controle e confiabilidade de procedimentos e decisões (sem transparência e lisura); exclusão de certos cidadãos e relegação ao contexto de uma ‘justiça de segunda classe’; frustração do jurisdicionado e enfraquecimento do Direito e das leis

A introdução dos meios alternativos não visa substituir ou enfraquecer o Poder Judiciário, mas, pelo contrário, a oferecer meios mais adequados de resolução de conflitos e inserir-se no âmbito de modernização do Poder Judiciário⁴³. A perspectiva adotada objetiva justamente obter o cumprimento do Direito pelos próprios envolvidos, no resgate de sua responsabilidade pessoal⁴⁴. No que tange à coesão social, esta é mais bem assegurada a partir do momento em que as partes se comunicam eficientemente e conseguem compor seus interesses de forma pacífica⁴⁵.

3.2. A garantia da proteção judiciária.

A Carta Magna de 1988 garantiu que sempre que houver violação de direito, mediante lesão ou ameaça, o Estado não poderá escusar-se de dar tutelar jurisdicional, de forma adequada e apta, pelo menos no plano teórico, ao pedido (direito de ação). Assim, alargou-se o amparo dos direitos ultrajados para albergar a ameaça ao direito e não somente a lesão ao direito individual, conforme estabelecido anteriormente na Constituição de 1967. Contudo, o princípio-garantia da inafastabilidade da jurisdição, também denominada direito de ação,

⁴¹ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2016, p. 171.

⁴² FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juizados Especiais cíveis e criminais**: comentários à Lei 9.099/1995. 4 ed. São Paulo: RT, 2005, p. 40.

⁴³ SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 73.

⁴⁴ TARTUCE, Fernanda, *op. cit.*, p. 174

⁴⁵ *Ibidem*, p. 174.

princípio do livre acesso ao Judiciário, ubiquidade da justiça e da proteção judiciária, teve reconhecimento constitucional a partir de 1946.⁴⁶

Em entrevista ao Jornalista Felipe Recondo sobre mudança no Processo Civil brasileiro, o Ministro Luiz Fux⁴⁷ asseverou que:

A Constituição Federal de 1988, moderna e progressista no que concerne aos direitos fundamentais, é também inovadora em muitos aspectos. Exemplo disto é o artigo 5º, §§1º e 2º da Carta Magna, que veio ampliar o leque de direitos fundamentais reconhecidos aos cidadãos. As declarações fundamentais de direitos humanos garantem que todo homem faz jus a um processo justo em que a decisão ocorra em um prazo razoável, sob pena de a justiça ser considerada inacessível ao cidadão. O grande obstáculo é fazer com que se realize a promessa constitucional de que os processos terão uma duração razoável.

É tarefa dos órgãos judiciais dar justiça a quem a pedir, sendo a todos assegurado o direito cívico de solicitar a apreciação de sua pretensão⁴⁸. Cumpre assinalar, em consonância com Leal Júnior⁴⁹ que a hodierna Carta Magna sinalizou a redemocratização do Estado, posto que estabeleceu em sua essência boa parte dos desejos do povo brasileiro, assumindo diversos compromissos concernentes a melhoria da vida dos cidadãos, passando a ocupar o centro do ordenamento jurídico pátrio e, conseqüentemente, os demais atos normativos adequar-se-ão a ela.

A garantia de inafastabilidade encerra a fundamental promessa de conceder tutela jurisdicional, constituindo a moderna expressão do que tradicionalmente, em um prisma técnico, era denominado garantia constitucional da ação.⁵⁰ Nos dizeres de Cândido Rangel Dinamarco⁵¹:

(...) tutela jurisdicional é o amparo que, por obra dos juízes, o Estado ministra a quem tem razão em um litígio deduzido em processo. Ela consiste na melhoria da situação de uma pessoa, pessoas, ou grupo de pessoas, em relação ao bem pretendido ou à situação imaterial desejada ou indesejada. Receber tutela jurisdicional significa obter situações felizes e favoráveis, propiciadas pelo Estado mediante o exercício da jurisdição.

⁴⁶ LENZA, Pedro. A amplitude do acesso à ordem jurídica justa. *In*: TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olvavo A. V. Alves; LENZA, Pedro (coords). **Constituição Federal 15 anos: mutação e evolução**. São Paulo: Método, 2003, p. 74.

⁴⁷FUX, Luiz. Entrevistado por Felipe Recondo. 2010. "**Mudança no processo civil pode reduzir em 50% o tempo de ações**". Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias>>. Acesso em: 01 de jun. 2017.

⁴⁸ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2016, p. 108.

⁴⁹LEAL JUNIOR, João Carlos. **O direito à razoável duração do processo e os impactos econômicos da morosidade processual nos negócios empresariais**. Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em Direito Negocial, 2012, p. 13 – 15.

⁵⁰ NERY JUNIOR, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade *web apud* TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2016, p. 109.

⁵¹ DINAMARCO, *web apud* TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2016, p. 109.

Algumas ações foram, de forma simplória, vistas no sentido da efetividade do acesso à justiça e garantir a inafastabilidade da jurisdição: com fulcro de romper a barreira econômica, viabilizou-se a assistência gratuita (Lei nº 1.060/1950) para as pessoas hipossuficientes financeiramente. Outra medida concerne nas ações populares ou coletivas, o que possibilita a defesa de grupo, difuso ou coletivo, com apoio do Ministério Público. Buscou-se, ainda, a simplificação do Poder Judiciário, como a implementação de procedimentos mais céleres – sumário e sumaríssimo -, assim como a criação das Súmulas Vinculantes. Foram criados também os Juizados de Pequenas Causas (Lei nº 7.244/1984) e, mais recentemente, os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, instituídos pela Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que principiou a posição conciliadora e proporcionou aos jurisdicionados ajuizar ação sem a assistência de advogado, nas causas de valor até vinte salários mínimos. Impende salientar, ainda, a remodelamento do sistema processual pátrio com a promulgação da Lei nº 13.115/2015 – Código de Processo Civil -, o qual facilita o acesso à justiça à luz da Constituição Federal, garantindo aos jurisdicionados uma tutela de direitos mais célere, eficaz, efetiva e consentânea, fomentando a mudança de paradigma por meio da justiça conciliatória, com escopo na boa-fé e no princípio da cooperação processual.

3.3. Mudança de paradigmas.

A história do Brasil é mais profunda como colônia e como império do que como república, tão frágil, tão difícil. Disso decorre a extrema necessidade que os brasileiros tem de ser tutelados pelo Estado. Entretanto, com a evolução dos conflitos diante de sua complexidade e multifacetação, o Poder Judiciário não prosperou de igual modo. A “cultura da sentença”, expressão utilizada por Kazuo Watanabe⁵², instalou-se assustadoramente, preconizando um modelo de solução contenciosa e adjudicada de conflitos de interesses. Há que se substituir, paulatinamente, a cultura da sentença pela cultura da pacificação.

Verdade seja, a professora Fabiana Marion⁵³ relata a situação do Poder Judiciário, asseverando que:

⁵²WATANABE, p. 685, *apud* TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2016, p. 94.

⁵³SPENGLER. 2010, p. 110 *apud* SPENGLER, Fabiana Marion; NETO, Theobaldo Spengler. **Mediação, conciliação e arbitragem**: artigo por artigo de acordo com a Lei nº 140/2-15, Lei nº 9.307/1996, Lei nº 13.105/2015 e com a Resolução nº 125/2010 do CNJ (Emendas I e II). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016, p. 21.

A crise de eficiência, uma vez que impossibilitado de responder de modo eficiente à complexidade social e litigiosa com a qual se depara, o Judiciário sucumbe perante a inovadora carga de tarefas a ele submetidas. Evidencia-se, então, o ‘flagrante descompasso entre a procura e oferta de serviços judiciais, em termos tanto qualitativos quanto quantitativos’. Esse descompasso entre a oferta e a procura gera uma frustração geral, decorrente da morosidade e da pouca eficiência dos serviços judiciais que possuem a complexidade burocrática/formal dos ritos processuais. A conjugação dessas duas circunstâncias acaba provocando o desprezo e o descrédito do cidadão comum pela justiça, muitas vezes afastando-o dela.

Como bem destaca Rodolfo de Camargo Mancuso⁵⁴, apenas com uma mudança de mentalidade se passará a considerar como boa demanda aquela que foi prevenida de algum modo ou se foi antes submetida, em um momento pré-processual, a mediação ou arbitragem. Ressalta o autor que se a demanda tiver sido judicializada, a melhor forma de solucioná-la antecipadamente é através de uma sessão de conciliação conduzida por um facilitador preparado para esse mister, mesmo que o processo esteja na instância recursal – segundo grau.

As pesquisas sobre o Poder Judiciário têm destacado que o jurisdicionado percebe a justiça estatal como local onde estes terão impostas sobre si decisões ou sentenças. Considerando que o corpo social ainda transporta em si a concepção de que a forma mais adequada de solucionar seus conflitos é por meio de um processo judicial, esta conscientização de pacificidade vem ocorrendo aos poucos, e, desta forma, aflora-se, hodiernamente, uma precursora e vindoura mudança de mentalidade e cultura no tratamento de conflitos.

4. INSTRUMENTOS DE IMPLEMENTAÇÃO DA SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS.

Insta observar, em primeiro plano, que os meios adequados de tratamento de controvérsias, conciliação e mediação, são recentes no cenário brasileiro, ante a priorização histórica da intervenção judicial estatal para resolução das demandas, em que pese a acentuada dificuldade do Poder Judiciário em administrar o sistema da justiça, esse meio – justiça estatal – é tradicionalmente preferível pelas partes envolvidas no conflito.

⁵⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo, p. 35 *apud ibidem* SPENGLER, Fabiana Marion; NETO, Theobaldo Spengler. **Mediação, conciliação e arbitragem**: artigo por artigo de acordo com a Lei nº 140/2-15, Lei nº 9.307/1996, Lei nº 13.105/2015 e com a Resolução nº 125/2010 do CNJ (Emendas I e II). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016, p. 94.

As primeiras iniciativas legislativas no fomento à justiça consensual despontaram na década de 1990. Nesse sentido, aduz André Gomma de Azevedo⁵⁵

Desde a década de 1990, houve estímulos na legislação processual à autocomposição, acompanhada na década seguinte de diversos projetos piloto nos mais diversos campos da autocomposição: mediação civil, mediação comunitária, mediação vítima-ofensor (ou mediação penal), conciliação previdenciária, conciliação em desapropriações, entre muitos outros, bem como práticas autocompositivas inominadas como oficinas para dependentes químicos, grupos de apoio e oficinas para prevenção de violência doméstica, oficinas de habilidades emocionais para divorciandos, oficinas de prevenção e sobre endividamento, entre outras.

Assim, surgiram os primeiros resultados positivos na disseminação da cultura de pacificação social. A distribuição de justiça comporta inegável relevância pública, sendo essencial contar com atuação do Estado de forma marcante e eficiente em todos os sentidos.⁵⁶O incremento ao estímulo às vias alternativas à jurisdição revela-se marcante, visto que se busca atribuir ao resultado do consenso das partes a mesma eficácia da decisão proferida pelo órgão estatal.⁵⁷

A Justiça como mecanismo de pacificação social deve caminhar nos mesmos passos das mudanças da sociedade. Nessa perspectiva, sob o ponto de vista das medidas estatais, incrementou-se políticas públicas de acesso à justiça com o condão de colher meios essenciais para solucionar de forma eficiente as controvérsias provenientes dos indivíduos em suas relações na conjuntura social. Dessa forma, a Resolução n°125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, a Lei de Mediação (Lei n° 13.140) e o Novo Código de Processo Civil (Lei n° 13.105/2015) apresentam-se como um grande avanço para a implantação de um política pública voltada à resolução de disputas a partir de meios essenciais de solução de conflito, tais como conciliação e mediação.

4.1. A Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça.

Conforme noção cediça, os meios autocompositivos conciliação e mediação, são recentes no cenário nacional. Contudo, no fomento à inserção no corpo social desses instrumentos consensuais para a composição de conflitos, o Legislador editou, em 20 de

⁵⁵ Brasil. Conselho Nacional de Justiça. Azevedo, André Gomma de (org). **Manual de Mediação judicial**. 6° ed. Brasília, 2016, p. 37.

⁵⁶ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2016, p. 166.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 166.

novembro de 2010, através da Emenda Constitucional nº 01/2013, a Resolução nº 125 do CNJ. Essa Resolução estabeleceu a Política Pública Nacional de tratamento adequado aos conflitos através de instrumentos autocompositivos, institucionalizando a mediação e a conciliação para que as parte possam, por meio do consenso e assegurando os meios para sua realização, pacificar socialmente, de forma mais célere e satisfativa.

Como consequência da desenfreada busca ao Poder Judiciário ao qual leva-se qualquer controvérsia, ensejando uma excessiva litigiosidade, efetivar o acesso à ordem jurídica justa está cada vez mais difícil. Buscar-se-á com os meios de tratamento de conflito adequado não uma paz instituída e imposta, mas uma paz operada mediante políticas públicas.⁵⁸ Para Bacellar⁵⁹ “o processo perante o Judiciário só deve aparecer na impossibilidade de auto superação do conflito pelos interessados, que deverão ter à disposição um modelo consensual que propicie a resolução pacífica e não adversarial da lide”.

Em virtude da entrada em vigor da Lei de Mediação e do CPC, foi editada pelo CNJ a Emenda nº 2/2016 com o fulcro de adequação da Resolução 125/2010 aos novos diplomas normativos. Assim, a referida Emenda sustentou o entendimento que incumbe ao Poder Judiciário oferecer instrumentos de solução de controvérsias como a mediação e conciliação, uma vez que o Poder supra estabelece políticas públicas de tratamento adequado aos problemas jurídicos e aos conflitos de interesse da sociedade. Para estar em conformidade com o art. 334 do CPC e o art. 27 da Lei de Mediação, foi imprescindível alterar o parágrafo único do art. 1º da Resolução 125⁶⁰, estabelecendo-se que cabe aos órgãos do Poder Judiciário, antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.

A Resolução em análise estabeleceu, ainda, a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc), onde serão realizadas as audiências - fases pré-processual e processual - de conciliação e mediação, por seus respectivos agentes facilitadores, devidamente instruídos. Dessa forma, é possível realizar audiências de conciliação e mediação antes do

⁵⁸ CASTILHO, 2001, *apud* SPENGLER, Fabiana Marion; NETO, Theobaldo Spengler. **Mediação, conciliação e arbitragem**: artigo por artigo de acordo com a Lei nº 140/2-15, Lei nº 9.307/1996, Lei nº 13.105/2015 e com a Resolução nº 125/2010 do CNJ (Emendas I e II). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016, p. 106.

⁵⁹ BACELLAR. Roberto Portugal. **A mediação no contexto dos modelos consensuais de resolução dos conflitos**. São Paulo: Revista do Processo, n. 95, p. 122-134, jul./set.1999, v. 24, p. 126.

⁶⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. 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 de Justiça Eletrônica / CNJ**, Brasília, 01 dez. 2010. Disponível em:< <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em 29 jul. 2017.

ajuizamento da ação corroborando a importância de se buscar outros meios de tratamento, possibilitando, dessa forma, a verdadeira solução por via mais célere e eficaz.

A referida resolução traz à lume, fomentada pela Política Judiciária Nacional de tratamento adequado às desavenças, um Código de Ética, para pautar e servir como orientação a atuação dos conciliadores e mediadores, com o condão de assegurar a efetividade, a imparcialidade e a transparência dos atos.

Além disso, de acordo com André Gomma de Azevedo⁶¹, os propósitos desta Resolução estão explanados de maneira transparente e categórica nos artigos 2º; 3º e 4º: semear a cultura da pacificação social e incentivar a prestação de qualidade dos meios autocompositivos; potencializar os órgãos do Poder Judiciário a se organizarem e planejarem programas amplos de autocomposição; e reafirmar a função de agente apoiador da implantação de políticas públicas do CNJ.

4.2 Inovações implementadas pelo CPC/2015.

Historicamente, a relação entre a conciliação, mediação e a legislação processual pátria não apresentaram uma entonação semelhante. Conforme ensina Fabiana Marion e Theobaldo Neto⁶², o Código de 1939 suprimiu a possibilidade de realização de audiência de conciliação, fazendo mencionar tão somente a previsão de audiência de instrução. A alteração positiva iniciou-se com a Constituição de 1946, a qual manteve a previsão da Justiça de Paz, contudo, sem torná-la obrigatória. No campo cível, a conciliação judicial retornou paulatinamente ao ordenamento. A Lei nº 968/1949, proporcionou, na fase preliminar, a investida na conciliação ou acordo quando o processo fosse de desquite litigioso ou de alimentos. Prosseguindo cronologicamente, em 1968 o legislador editou a Lei nº 5.748 – Lei de Alimentos -, com notório estímulo à conciliação. A passada fundamental ocorreu com a promulgação, em 1973, do CPC, com empenho na solução conjunta dos conflitos, onde o juiz poderia tentar, a qualquer tempo, a conciliação entre as partes, conforme estabelecia o art. 125, IV – alterado em 1994 por meio da Lei nº 8.952. Posteriormente, a audiência preliminar foi inserida no Código do professor

⁶¹ Brasil. Conselho Nacional de Justiça. Azevedo, André Gomma de (org). **Manual de Mediação judicial**. 6º ed. Brasília, 2016, p. 37 – 38.

⁶² SPENGLER, Fabiana Marion; NETO, Theobaldo Spengler. **Mediação, conciliação e arbitragem**: artigo por artigo de acordo com a Lei nº 140/2-15, Lei nº 9.307/1996, Lei nº 13.105/2015 e com a Resolução nº 125/2010 do CNJ (Emendas I e II). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016, p. 266.

Buzaid, onde o magistrado só poderia analisar a produção de provas e o julgamento após esgotada a tentativa conciliatória.⁶³

Cumprе recapitular que o novo CPC foi proposto por uma Comissão de Juristas em 2009 e aprovado pelo Senado Federal, no final de 2010. Em consulta ao sítio da Câmara dos Deputados⁶⁴ na *internet*, verifica-se que o texto ficou três anos na Câmara, quando foi objeto de mais de 100 (cem) audiências públicas e de discussões nos estados. Uma nova versão do CPC foi aprovada pela Câmara dos Deputados em março de 2014. O texto retornou ao Senado, que deu a palavra final sobre o tema no final do ano de 2014. Nesse sentido, conforme dispõe a Exposição de Motivos⁶⁵, “deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação. Assim, entendeu-se que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz.”.

O novo CPC, promulgado em 16 de março de 2015, entrou em vigor, após a *vacatio legis* de um ano, em março de 2016. Agora, o novel *Codex* amplia consideravelmente não somente as hipóteses de busca pela solução consensual, mas os momentos e as formas. No art. 3º do diploma em comento, estabeleceu-se que a conciliação, a mediação e demais instrumentos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados pelos operadores do direito em todos os momentos. Para executar o ideal dos métodos consensuais de solução de disputas, o legislador englobou os conciliadores e mediadores judiciais como auxiliares da Justiça, fixando a sua forma de atuação e estabelecendo os princípios que os nortearão no exercício da função, bem como previu a possibilidade de serem remunerados por suas atividades.

O Código de Processo Civil, objetivando a obtenção de decisões mais céleres e justas, como também a atenuação da judicialização de demandas, valorizou os métodos consensuais e adequados de solução de desavenças, atribuindo ao autor a opção pela realização ou não da audiência de conciliação ou de mediação (art. 319, VII). No entanto, caso opte por buscar uma solução consensual para o seu litígio, o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15) traz toda a regulamentação para a realização da audiência de conciliação ou de mediação.

⁶³ SPENGLER, Fabiana Marion; NETO, Theobaldo Spengler. **Mediação, conciliação e arbitragem**: artigo por artigo de acordo com a Lei nº 140/2-15, Lei nº 9.307/1996, Lei nº 13.105/2015 e com a Resolução nº 125/2010 do CNJ (Emendas I e II). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016, p., p. 266 – 267.

⁶⁴ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Agência câmara de notícias, **Sancionado novo Código de Processo Civil, que entra em vigor daqui a um ano**. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-EJUSTICA/483606-SANCIONADO-NOVO-CODIGO-DE-PROCESSO-CIVIL,-QUE-ENTRA-EMVIGOR-DAQUI-A-UM-ANO.html> Acesso em 10 maio 2017.

⁶⁵ Exposição de Motivos do novo Código de Processo Civil (CPC) **constante no Projeto de Lei nº 8046/2010**.

Dessa forma, pela leitura art. 334 do novo CPC, é possível concluir que, via de regra, a conciliação – principalmente - ou mediação serão obrigatórias, na medida em que a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido. Contudo, o novo CPC estabeleceu exceções. Em análise, ainda, do disposto no art. 334, *caput*, da legislação supratranscrita, as sessões de audiência não serão realizadas nas hipóteses de improcedência liminar do pedido e no cenário de incompetência relativa ou absoluta alegada pelo réu como preliminar na contestação (art. 340, § 3º). Verifica-se, ainda, outras exceções, quais sejam (art. 334, § 4º, I e II): para que a audiência de conciliação ou mediação não ocorra, necessário que as partes manifestem expressamente o desinteresse pela sua realização; e não ocorrerá, por fim, a referida sessão, quando não se admitir a autocomposição, ou seja, nas situações em que os direitos são indisponíveis, que não admitam transação. É profícuo ressaltar que há possibilidade de mediação nas ações envolvendo manutenção e reintegração de posse (art. 565) e nas ações de família (art. 694 e seguintes.).

O novo CPC prevê, ainda, que todos os tribunais de Justiça do país possuam Cejuscs, respeitando determinados padrões de funcionamento, sobretudo seguindo as diretrizes estabelecidas pelo CNJ na Resolução n. 125/2010.

Conquanto a falta de tradição em soluções negociadas de conflitos, tentativas estão sendo implementadas para, pelo menos, amenizar o perfil retrógrado do Poder Judiciário. Em termos legislativos, ressalta-se a entrada em vigor do CPC, o qual enalteceu um novo sistema solucionador os conflitos, preocupando-se pela tratamento através do consenso. Para comprovar o exposto, nos artigos do novo CPC, o termo conciliação foi referenciado nada menos do que 37 vezes; a referência à mediação, 39 vezes e, vale lembrar a arbitragem que foi mencionada em 12 oportunidade.⁶⁶

4.3 A Lei de Mediação.

A beligerância nas interações humanas estimulada pelas convicções da competitividade e do individualismo ensejaram a excessiva judicialização de demandas, avolumando o número de processos nos tribunais brasileiros, resultando em uma prestação jurisdicional não condizente com as garantias constitucionais asseguradas aos indivíduos que invocam o Poder

⁶⁶ SPENGLER, Fabiana Marion; NETO, Theobaldo Spengler. **Mediação, conciliação e arbitragem**: artigo por artigo de acordo com a Lei nº 140/2-15, Lei nº 9.307/1996, Lei nº 13.105/2015 e com a Resolução nº 125/2010 do CNJ (Emendas I e II). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016, p., p. 266.

Judiciário para dizer o direito. Nesse sentido, torna-se necessário implementar políticas públicas de acesso à ordem jurídica justa através de mecanismos menos dispendiosos e mais eficientes e adequados, de modo a satisfazer às partes envolvidas no conflito.

Assim, a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, revela-se um instrumento voltado à cultura do diálogo e da paz, aduzindo sobre a mediação entre os cidadãos na solução de desavenças e, sendo um marco inicial à autocomposição de conflito na esfera da administração pública, propiciando a cooperação, o entendimento e a justiça conciliatória na sociedade contemporânea. Consoante ponderações de Fabiana Marion e Theobaldo Spengler⁶⁷, o maior cliente do Poder Judiciário no Brasil é o próprio Estado, tendo em vista os dados disponibilizados pela CNJ, apontando o poder público como parte de mais da metade dos processos judiciais que tramitam no país. Ressaltam que, diante desse contexto fático, é mister encontrar um meio adequado para solucionar as controvérsias envolvendo a Administração Pública.

A referida legislação, denominada de Lei da Mediação, é resultado, inicialmente, do Projeto de Lei nº 4.827/1998, que restou estagnado no Congresso Nacional por mais de doze anos. Posteriormente, deliberaram os seguintes projetos de lei: PL nº 517/2011, apresentada pelo Senador Ricardo Ferraço; PL nº 405/2012 pelo senador Renan Calheiros; e PL nº 434/2013, pelo senador José Pimentel.⁶⁸

Conforme evidenciado, a Resolução nº 125/2010 do CNJ estabeleceu meios autocompositivos e adequados no tratamento de conflitos na seara do Poder Judiciário. Impende ressaltar que a mediação consiste em um dos meios abordados pela Resolução, que reconheceu esse mecanismo não somente como uma forma de acesso à justiça, mas, sobretudo, como uma forma democrática de acesso a um ordem jurídica justa, uma vez que os envolvidos solucionam o conflito através do diálogo e de maneira colaborativa, resultando em um acordo e/ou na continuação de um relacionamento já existente.

No parágrafo único do art. 1º a lei⁶⁹ expõe a definição de mediação. Nesse sentido, considera mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório,

⁶⁷ SPENGLER, Fabiana Marion; NETO, Theobaldo Spengler. **Mediação, conciliação e arbitragem**: artigo por artigo de acordo com a Lei nº 140/2-15, Lei nº 9.307/1996, Lei nº 13.105/2015 e com a Resolução nº 125/2010 do CNJ (Emendas I e II). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016, p. 22.

⁶⁸ SPENGLER, Fabiana Marion; NETO, Theobaldo Spengler. **Mediação, conciliação e arbitragem**: artigo por artigo de acordo com a Lei nº 140/2-15, Lei nº 9.307/1996, Lei nº 13.105/2015 e com a Resolução nº 125/2010 do CNJ (Emendas I e II). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016, p. 20.

⁶⁹BRASIL. **Lei nº 13.140**: promulgada em 06 de junho de 2015. 11. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 2133.

que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia. As sessões de mediação poderão ser conduzidas por um ou mais mediadores.

Frise-se, em compêndio, que a Lei de Mediação dispôs acerca do procedimento da sessão de mediação, bem como estabeleceu os princípios norteadores - boa-fé, autonomia de vontade dos mediandos, confidencialidade, informalidade, entre outros - a prática da mediação judicial e extrajudicial e assinalou com a viabilidade do emprego da mediação de conflitos envolvendo a administração pública.

5. A UTILIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NO COTIDIANO PROCESSUAL.

Destaque-se que a Resolução 125/2010 do CNJ viabilizou uma nova fase no que concerne à obtenção da solução dos conflitos através dos mecanismos assentado no diálogo e na cooperação entre os envolvidos nas desavenças. Decorridos cinco anos, o novo CPC e a Lei de Mediação surgiram para ratificar a cultura do consenso e da pacificação da vanguardista Resolução supra.

Na prática, não são notórias as mudanças, uma vez que a praxe jurídica de tentar solucionar conflitos mediante, apenas, imposição de sentenças proferidas por juízes togados, está arraigada no âmago dos jurisdicionados e dos operadores do direito. É necessário, sobretudo, um intenso estímulo aos meios consensuais de tratamento adequado aos conflitos para que se possa aferir mudanças profundas que há muito tempo a sociedade carece.

De acordo com Luiz Antonio Scavone⁷⁰ Junior, a mediação é sempre voluntária, conforme dispõe o parágrafo 2º do art. 2º da Lei 13.140, segundo o qual “ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação”. Contudo, a participação na conciliação pode ser compulsória, especificamente na modalidade judicial, nos termos do art. 334 do CPC, que impõe ao juiz a determinação da sessão de conciliação. Pondera o autor que a transação é consequência da mediação e da conciliação que lograram o seu objetivo: o consenso entre os contendores.

⁷⁰ SCAVONE, Luiz Antonio Junior. **Manual de arbitragem: mediação e conciliação**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 273.

O CPC, nos parágrafos 2º e 3º do art.165, faz distinção entre conciliação e mediação. Assim, o legislador aduziu que ocorre a conciliação quando preferencialmente não houver vínculo anterior entre as partes, onde o conciliador poderá sugerir soluções para o litígio. Enquanto a mediação é preferível quando houver um vínculo anterior entre as partes, e o mediador atuará auxiliando os interessados sem poder sugerir e identificar as soluções para os mediandos. A distinção é, no mínimo, estranha, posto que, dificilmente, na prática, o terceiro envolvido na autocomposição das partes se limitará a auxiliá-la sem sugerir alguma solução, facilitando o resultado útil do seu trabalho que é a transação pelo consenso.⁷¹ Como bem esclarece Erica Barbosa e Silva, em ambos os mecanismo alguém intervém para facilitar o diálogo e estabelecer comunicação eficaz: pela ética inerente aos meios consensuais, o terceiro imparcial não pode expressar opiniões pessoais, realizar julgamento nem se aliar aos envolvidos.

5.1. Conciliação e Mediação.

No Brasil, a chance de vivenciar experiências consensuais costuma ser pautada pela designação de audiência conciliatória, mecanismo previsto em lei como etapa processual.⁷² A história legislativa contempla várias previsões sobre conciliação desde tempos longínquos, contudo, não há e nunca houve lei própria que regulamente esse instituto de grande relevância e dimensão, figurando, assim, em vários dispositivos.

Como medida embrionária, a Lei 9.099/95, conhecida como Lei dos Juizados Especiais, estabeleceu, na seara cível - com competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade -, como uma das primeiras medidas processuais e compulsórias, a realização de audiência de conciliação, que é conduzida por Juiz togado ou leigo, bem como por um conciliador. Como consequência da ausência injustificada das partes em sessão conciliatória, o processo será extinto sem resolução do mérito caso o autor da ação não compareça ao ato aprazado, ou será realizado o julgamento com a aplicação dos efeitos da revelia na hipótese de ausência do requerido na audiência.

⁷¹ SCAVONE, Luiz Antonio Junior. **Manual de arbitragem: mediação e conciliação**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 275.

⁷² BARBOSA E SILVA, 2013, p. 173, *apud* TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2016, p. 170.

Dessa forma, as práticas simplificadas, conciliatórias e céleres da Lei dos Juizados Especiais serviram como base para que, posteriormente, fossem elaboradas as regras insertas na Lei nº 13.105/2015. Outrossim, ainda de acordo com Scavone Junior⁷³ a conciliação foi enaltecida pelo CPC de tal sorte que a ausência injustificada de qualquer das partes ensejará ato atentatório à dignidade da justiça e acarretará multa de até 2% (dois por cento) do valor da causa ou da vantagem pretendida.

A mediação, diferentemente da conciliação, apresenta um marco legal com a promulgação da Lei nº 15.140/2015. Como se percebe pelo conceito tratado pela referida lei, a mediação apresenta um viés que empodera os contendores a construir uma solução do conflito, permitindo, ainda, a continuidade da relação sob um panorama vindouro, o que leva vantagem sobre outros métodos. A prática de mediação, inicialmente mais marcante em controvérsias internacionais, vem se expandindo de forma expressiva no panorama mundial nas últimas décadas em diversas searas⁷⁴. No Brasil tem havido um significativo crescimento da utilização da mediação; segundo dados coletados na Conferência internacional de “acesso à justiça por meios alternativos de resolução de conflitos” em 1997, havia no país 18 (dezoito) instituições de mediação e arbitragem, tendo tal número saltado para 77 (setenta e sete) em 2004.⁷⁵

A mediação e a conciliação podem ser aptas para o tratamento de conflitos em diversas searas. Na prática, a conciliação é aconselhada, habitualmente, para os conflitos em que inexistente uma continuidade da relação entre as partes envolvidas, como a relação de consumo. Já a mediação se mostra útil nas relações que têm continuidade no tempo, uma vez que trata o conflito além da aparência, de forma mais profunda, extrapolando, muitas vezes, o pretexto para desavença. A título de exemplo, esclarece Scavone Junior⁷⁶ que no direito de família, conflitos envolvendo pensão alimentícia podem, por vezes, apresentar, de forma oculta, situações afetivas complexas que a jurisdição estatal, a arbitragem (jurisdição privada) e a conciliação não são passíveis de resolver. Logo, a mediação é indicada para esses casos. Considera o estudioso que a mediação é indicada, igualmente, nos conflitos envolvendo as áreas administrativa, comunitária, escolar, trabalhista, infanto-juvenil, empresarial, entre outras.

⁷³ SCAVONE, Luiz Antonio Junior. **Manual de arbitragem: mediação e conciliação**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 275.

⁷⁴ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2016, p. 181.

⁷⁵ BRAGA NETO, 2005, *apud* TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2016, p. 181.

⁷⁶ TARTUCE, Fernanda, *op. cit.*, p. 274.

Para demonstrar, na prática, mister se faz transcrever Jurisprudência do vanguardista Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁷⁷:

EM PROCEDIMENTO PRÉ-PROCESSUAL DE MEDIAÇÃO FAMILIAR POR CENTRO JUDICIÁRIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E CIDADANIA - CEJUSC. APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, COMO FISCAL DA LEI. POSSIBILIDADE. ART. 996 DO NCPC E ART. 11 DA APELAÇÃO CÍVEL. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DE ACORDO OBTIDO RESOLUÇÃO Nº 125/2010 DO CNJ. DESCONSTITUIÇÃO DA SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA PARA REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE RATIFICAÇÃO. DESNECESSIDADE. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. REVISÃO DE POSICIONAMENTO. OBSERVÂNCIA, NO CASO, DOS INTERESSES DO INCAPAZ.1. O Ministério Público, como fiscal da lei, tem legitimidade para recorrer de sentença homologatória de acordo obtido em procedimento pré-processual de mediação em CEJUSC, nos termos do art. 996 do NCPC e do art. 11 da Resolução 125/2010 do CNJ.2. Cabível a mediação em procedimento pré-processual atinente a Direito de Família, com base nos arts. 8º, § 1º, e 10 da Resolução nº 125/2010 do CNJ e no art. 4º da Resolução 1.026/2014 do COMAG, sendo princípio fundamental a reger a atuação de mediadores judiciais o respeito às leis em vigor, segundo previsão do art. 1º, VI, do Anexo III da Res. nº 125 do CNJ. 3. Com relação à audiência de ratificação, segundo recente julgamento do Superior Tribunal de Justiça (REsp nº. 1.483.841/RS, em 17.03.2015), cabe ao julgador, verificando a inexistência de questão relevante de direito a ser discutida, dispensar sua realização, não ensejando a ausência da solenidade a anulação do feito. 4. A ausência do Ministério Público na sessão de mediação pré-processual não enseja nulidade a ser reconhecida, pois oportunizada a sua manifestação antes da homologação do acordo. 5. Nos termos do art. 10 da Lei nº. 13.140/15, a presença de advogados na sessão de mediação não é obrigatória, tratando-se de mera faculdade, de modo que a sua ausência não macula o acordo. 6. Caso em que o acordo entabulado entre os mediandos resguarda os interesses do filho comum, com o que deve ser desacolhido o pleito recursal de desconstituição da sentença que homologou o acordo nos termos em que propostos, sem prévia realização de audiência de ratificação. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70070149976, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 08/09/2016).

No Brasil, constata-se uma quantidade de feitos que asoberba o Poder Judiciário, tornando letra morta o princípio da duração razoável do processo⁷⁸, conforme garantem a Constituição Federal, em seu art. 5º, LXXVIII, como também o art. 4º, CPC⁷⁹ nos seguintes termos: “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”. Ato contínuo, torna-se imprescindível que a “cultura da sentença”

⁷⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70070149976. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl. **Data de julgamento: 08 de setembro de 2016, Oitava Câmara Cível.** Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/382883213/apelacao-civel-ac-70070149976-rs?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

⁷⁸ SCAVONE, Luiz Antonio Junior. **Manual de arbitragem:** mediação e conciliação. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 274.

⁷⁹ BRASIL. **Código de Processo Civil:** lei n. 13.105: promulgada em de 16 de Março de 2015. 11. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

arraigada na consciência popular e na rotina dos operadores do direito sejam modificadas, por consequência, a desjudicialização das demandas e a autocomposição devem ser incentivadas.

4.2. Análise de dados estatísticos.

No Estado Democrático de Direito, o acesso à ordem jurídica justa representa um mister fundamental que possibilita ao cidadão tutelar seus direitos e postular por uma composição célere, eficaz, efetiva e adequada, pacificando ante a complexidade hodierna das interações sociais. Assim, dados estatísticos foram buscados em pesquisa de campo e em análises bibliográficas, considerando os mecanismos de tratamento adequados de desavenças como corolário da mudança de paradigmas e na busca pela cultura do diálogo e da paz.

Embora a Constituição Federal de 1988 tenha buscado ampliar o acesso à justiça, tal iniciativa não foi acompanhada do adequado aumento na estrutura dos órgãos prestadores de jurisdição.⁸⁰ Destaca Maria Teresa Sadek⁸¹ com pensamento antagônico que, “apesar de todas as críticas, os números referentes à atuação do Poder Judiciário são grandiosos; o fato de haver milhares de processo entrados e apreciados demonstra que a demanda pela solução judicial de conflitos vem se revelando extraordinária e crescente.”

Para demonstrar por meios dos números, a quantidade de processos e o excesso de litigiosidade, os dados do CNJ, da primeira edição do relatório Justiça em Números⁸², indicava, em 2004, a presença de 57 (cinquenta e sete) milhões de processos em curso nas mais diversas esferas do Poder Judiciário. Menos de dez anos depois, em 2013, o volume de processos progrediu geometricamente e alcançou o número de 95,4 (noventa e cinco virgular quatro) milhões. O relatório de 2014 apresentou o surpreendente número de 99,7 (noventa e nove virgula sete) milhões de processo.

Insta observar que em 2015, os dados Justiça em Número do CNJ⁸³ compreendeu um mapeamento maior do Poder Judiciário, apontando, inicialmente que, em média, apenas 11% (onze por cento) das sentenças e decisões foram homologatórias de acordo. A Justiça que mais

⁸⁰ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2016, p. 161.

⁸¹ SADEK, p. 88, *apud* TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2016, p. 161.

⁸² TARTUCE, Fernanda, *op. cit.* p. 161 – 162.

⁸³ PODER JUDICIÁRIO E CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Justiça em números 2016**: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 25 fev. 2017.

faz conciliação é a Trabalhista, que consegue solucionar 25% (vinte e cinco por cento) de seus casos por meio de acordo, índice que aumenta para 40% (quarenta por cento) quando apenas a fase de conhecimento de primeiro grau é considerada. Na fase de conhecimento dos Juizados Especiais, o índice de conciliação foi de apenas 16% (dezesesseis por cento), sendo 19,1% (dezenove vírgula um por cento) na Justiça Estadual e 5,6% (cinco vírgula seis por cento) na Justiça Federal. Na execução, os índices são ainda menores e alcançam 4,1 % (quatro vírgula um por cento). No segundo grau, a conciliação é praticamente inexistente, e as sentenças homologatórias de acordo representam apenas 0,3% (zero vírgula três por cento) dos processos julgados.

Em setembro de 2017, o CNJ publicou os dados do Justiça em Números⁸⁴ referente ao ano base de 2016 - vale ressaltar que neste ano o Código de Processo Civil entrou em vigência. Assim, segundo a fonte das estatísticas oficiais do Poder Judiciário, a Justiça que mais solucionou as demandas por meio da conciliação foi a Trabalhista, que conseguiu resolver 26% (vinte e seis por centos) de seus casos por meio de acordo - índice que aumenta para 40% (quarenta por centos) quando apenas a fase de conhecimento de primeiro grau é considerada. O Tribunal Regional do Trabalho da 19ª região - jurisdição no Estado de Alagoas e sede na cidade de Maceió/AL - apresentou o maior índice de conciliação do Poder Judiciário, com 36% (trinta e seis por cento) de sentenças homologatórias de acordo.

Na fase de conhecimento dos Juizados Especiais, o índice de conciliação foi de 16% (dezesesseis por cento), sendo de 19% (dezenove por cento) na Justiça Estadual e de 6% (seis por centos) na Justiça Federal. Na fase de execução, os números atenuam e alcançam 5% (cinco por cento). No primeiro grau, a conciliação foi de 13,6% (treze vírgula seis por cento), enquanto no segundo grau a conciliação apresenta números muito baixos em todas as esferas de justiça, indicando que apenas 0,4% (zero vírgula quatro por cento) de todos os processos julgados são provenientes de sentenças homologatória de acordo. O Poder Judiciário pátrio encerrou o ano de 2016 com 79,7 (setenta e nove vírgula sete) milhões de processos em tramitação.

Comparativamente, com relação aos dados de 2016 – antes da vigência do CPC – e 2017 – após vigência do CPC -, não houve variações significativas nos indicadores. Contudo, a tendência é que haja um fortalecimento das soluções consensuais, principalmente com o

⁸⁴PODER JUDICIÁRIO E CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Justiça em números 2017**: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 05 setembro 2017.

estímulo que a nova lei processual dá aos meios adequados de tratamento de conflitos, conciliação e mediação.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O que se busca a partir do cenário caótico apresentado pelo Poder Judiciário, onde, por muitos anos, o cidadão enxergou apenas a justiça estatal como uma forma, deveras comprometida, de solução dos litígios, com uma tendência de dar crédito, tão somente, à decisão emanada da justiça estatal, não é saber quais direitos e quantos são ou, ainda, seus fundamentos, mas o meio adequado para garanti-los. Isso decorre da necessidade inerente aos seres humanos de proteção e segurança de seus direitos.

Nesse sentido, no momento em que o Estado chamou para si o poder/dever de compor os conflitos, era, mister, garantir a solução em tempo hábil, sem delongas, pois justiça demorada não é justiça.

A realidade hodierna evidencia que o corpo social, cooperativamente com o poder público, a sociedade e suas instituições (mercado), estão implementando um novo sistema de (re)solução de disputas, pautado no fundamento economicista e na busca de uma prestação jurisdicional efetiva e eficaz, galgados na função pacificadora. Contudo, toda mudança requer tempo. As sistemáticas processualistas ineficientes que na história jurídica se apoiavam contra inovações, mudou, vez que a necessidade inadiável para obstar o desfalecimento do Poder Judiciário fez com que esse poder fosse alvo de mudanças estruturais significativas.

A burocracia forense, a morosidade processual, os altos custos e formalismo demasiado que caracterizam o Judiciário resultaram no enaltecimento aos métodos consensuais de solução de conflitos, conciliação e mediação, por meio da Resolução 125/2010 do CNJ, da Lei nº 13.105/15 e Lei nº 13.140/15. Insta, agora, efetivar a conscientização da sociedade brasileira de que esses métodos são eficazes para as soluções mais justas dos conflitos, fortalecendo a confiança e o estado psicológico de que a paz, o consenso e o diálogo envolvem os contendores. Assim, devem tais instrumentos ser complementares e essenciais em relação à prestação jurisdicional estatal, e não alternativos e substitutivos em relação a ela.

Vislumbra-se um prognóstico de mudança de paradigma ao empoderar o cidadão como partícipe das decisões. A constatação é factível a partir da análise de dados estatísticos do Poder Judiciário realçados no presente trabalho científico, enfatizando novas e preferíveis perspectivas e horizontes para a efetividade da Justiça. A vontade da lei e a vontade do

legislador estão exteriorizadas, introduzindo políticas de estímulo à conciliação e à mediação como elementos centrais e não periféricos. O desafio se instala em interpretá-las e aplicá-la ante às contínuas e complexas demandas da sociedade civil.

É possível concluir, nesse trilhar, que a conciliação e a mediação são meios essenciais a serviço da sociedade, uma forma de afirmação da cidadania, tendo em vista o poder participativo e inclusivo junto ao Poder Judiciário, mas, sobretudo, a autonomia que os envolvidos têm em traçar, de maneira independente e colaborativa, os rumos da pacificação com justiça, ensejando, dessa forma, um acesso à ordem jurídica justa.

7. REFERÊNCIAS.

BACELLAR, Roberto Portugal. **A mediação no contexto dos modelos consensuais de resolução dos conflitos**. São Paulo: Revista do Processo, n. 95, p. 122-134, jul./set.1999, v. 24.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 11. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Azevedo, André Gomma de (org). **Manual de Mediação judicial**. 6º ed. Brasília, 2016

_____. **Código de Processo Civil**: lei n. 13.105: promulgada em de 16 de Março de 2015. 11. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça, de 29 de Novembro de 2010. **Diário de Justiça Eletrônica / CNJ**, Brasília, 01 dez. 2010.

_____. **Lei n° 13.140**: promulgada em 06 de junho de 2015. 11. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n° 7006708369. Agravante: FABIANO G. P. Agravada PATRÍCIA D. M. Relator: Sandra Brisolara Medeiros, **Julgado em 24 fev. 2016**. Disponível em: < <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/310668966/agravo-de-instrumento-ai-70067083691-rs>>. Acesso em: 14 mai. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n° 70070149976. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl. **Data de julgamento: 08 de setembro de 2016, Oitava Câmara Cível**. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/382883213/apelacao-civel-ac-70070149976-rs?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Agência câmara de notícias: **sancionado novo Código de Processo Civil, que entra em vigor daqui a um ano**. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-EJUSTICA/483606-SANCIONADO-NOVO-CODIGO-DE-PROCESSO-CIVIL,-QUE-ENTRA-EMVIGOR-DAQUI-A-UM-ANO.html> Acesso em 10/04/2017.

CANABARRO, Luiz Eduardo Cavalcanti. Mediação como Método de Solução Alternativa de Conflito. **Judicialização da saúde**, parte II: ética nos relacionamentos do setor saúde, IV Jornada Médico-jurídica de Saúde Suplementar, Seminário de Direito Sanitário. Rio de Janeiro: EMERJ, 2012. Disponível em:<<http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/8/judicializaodasaudeII.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2017.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 30º ed. rev., atual., aum. São Paulo: Malheiros, 2014.

COLAIÁCOVO, Juan Luis; COLAIÁCOVO, Cynthia Alexandra. **Negociação, mediação e arbitragem**: teoria e prática. Trad. Adlson Rodrigues. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito processual civil**. v. 1. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DOS SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v. 1. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio**: o dicionário da língua portuguesa. 8. ed. rev., atual. e ampli. Curitiba: Positivo, 2010, p. 188.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juizados Especiais cíveis e criminais**: comentários à Lei 9.099/1995. 4 ed. São Paulo: RT, 2005.

FUX, Luiz. Entrevistado por Felipe Recondo. 2010. **"Mudança no processo civil pode reduzir em 50% o tempo de ações"**. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias>>. Acesso em: 01 de jun. 2017.

LEAL JUNIOR, João Carlos. **O direito à razoável duração do processo e os impactos econômicos da morosidade processual nos negócios empresariais**. Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em Direito Negocial, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento**. 12 ed. São Paulo: RT, 2014.

PODER JUDICIÁRIO E CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2016**: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros/relatorios>>. Acesso em: 25 fev. 2017.

_____. **Relatório Justiça em números 2017**: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 05 setembro 2017.

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

SCAVONE, Luiz Antonio Junior. **Manual de arbitragem**: mediação e conciliação. 7. ed. rev., atual. e ampli. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SILVA, Adriana dos Santos. **Acesso à justiça e arbitragem**: um caminho para a crise do judiciário. São Paulo: Manole, 2005.

SPENGLER, Fabiana Marion; NETO, Theobaldo Spengler. **Mediação, conciliação e arbitragem**: artigo por artigo de acordo com a Lei nº 140/2-15, Lei nº 9.307/1996, Lei nº 13.105/2015 e com a Resolução nº 125/2010 do CNJ (Emendas I e II). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016.

SOUZA, Zoaraide Amaral de. **Arbitragem: conciliação: mediação nos conflitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2004.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. Ed., ver., atual. e ampli. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

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