



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A RELEVÂNCIA DO DIÁLOGO ENTRE A MEDIAÇÃO, A CONCILIAÇÃO E O
PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA.

Olinda Pires Botelho

Rio de Janeiro
2017

OLINDA PIRES BOTELHO

A RELEVÂNCIA DO DIÁLOGO ENTRE A MEDIAÇÃO, A CONCILIAÇÃO E O
PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA

Artigo Científico apresentado como exigência
de conclusão do Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professor Orientador: Ubirajara da Fonseca
Neto.

Rio de Janeiro
2017

A RELEVÂNCIA DO DIÁLOGO ENTRE A MEDIAÇÃO, A CONCILIAÇÃO E O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA

Olinda Pires Botelho

Graduada pela Universidade Gama Filho. Advogada. Pós - Graduada pela Universidade Gama Filho em Direito Civil e Direito Processual Civil. Pós - Graduada pela EMERJ - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil. Pós - graduada pela EMERJ - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Processo Civil.

Resumo - As controvérsias oriundas de relações jurídicas intersubjetivas submetidas ao Poder Judiciário se apresentam de maneiras complexas e ilimitadas, de modo que cada caso concreto torna-se totalmente distinto de outro, por maiores que sejam as semelhanças que venham a demonstrar. Com a evolução da sociedade como um todo, surgem diversas espécies de relações e obrigações delas decorrentes que, quando inadimplidas por quaisquer das partes, são normalmente solucionadas pelo Judiciário, por meio da figura imparcial do juiz, numa relação triangular que se aperfeiçoa com a citação do réu. Todavia, deve-se dar especial atenção a outras formas de solução de controvérsias, muitas vezes mais céleres e menos custosas para as partes envolvidas. Por este motivo, cada vez mais se percebe a necessidade de que sejam não só elaboradas, mas efetivamente implementadas, leis que venham a dispor sobre métodos alternativos para a solução das mais variadas espécies de controvérsias, como se dá com as novas normas sobre conciliação e mediação estabelecidas pelo Código de Processo Civil de 2015 e pela recentíssima Lei n. 13.140/2016, respeitados, ainda, os princípios constitucionais. Sob o enfoque constitucional do acesso à justiça, busca-se, por meio do presente trabalho, apontar as vantagens da conciliação e da mediação em relação ao método tradicional de composição de controvérsias submetidas ao crivo do Poder Judiciário, dando-se especial ênfase à maior inclusão e pacificação social que os aludidos institutos são capazes de proporcionar aos cidadãos que deles se utilizam.

Palavras-chave - Direito Processual Civil e Constitucional. Conciliação. Mediação. Acesso à Justiça. Inclusão e pacificação social. Garantias constitucionais. Código de Processo Civil. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015.

Sumário - Introdução. 1. A conciliação e a mediação como meios alternativos para a solução de controvérsias: conceito, modernização e diversificação das formas adotadas pela sociedade contemporânea. 2. A crise no poder judiciário e a implementação da mediação e da conciliação no sistema processual civil em atenção aos princípios e garantias constitucionais. 3. A mediação e a conciliação como meios para se alcançar o maior acesso à justiça, isonomia e inclusão social. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho enfoca a temática dos métodos alternativos utilizados para a solução de conflitos de interesse e controvérsias, dando-se especial atenção à conciliação e à mediação,

ambas previstas na legislação pátria, seja por meio da recentíssima Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015, que trata especificamente da mediação, seja pela previsão dos referidos institutos em diversas passagens do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015), em razão da grande atualidade do tema.

O assunto é abordado sob o enfoque cultural e jurídico, sobretudo no viés constitucional, voltado para os princípios que devem ser observados pelas partes, sobretudo a relação com o princípio do acesso à justiça.

Inicia-se o primeiro capítulo com a abordagem dos conceitos de conciliação e mediação, comparando-as, ainda que superficialmente, com o instituto da arbitragem, como alternativa para a solução de controvérsias até então submetidas apenas ao Poder Judiciário.

Posteriormente, são introduzidas, no segundo capítulo, noções de como a conciliação e a mediação são tratadas com a recente previsão no Código de Processo Civil de 2015. E, por fim, no terceiro capítulo do presente artigo é analisada a relação dos institutos da mediação e da conciliação com os princípios constitucionais, em especial o do acesso à justiça.

Como consequência, verifica-se, também, a questão circundante à utilização da mediação e da conciliação como mecanismos alternativos, ágeis e menos custosos de composição de litígios em contrapartida à morosidade e inchaço do Poder Judiciário, com a possibilidade, no caso da mediação, de escolha do terceiro imparcial que atuará como mediador das partes envolvidas na questão posta e, na hipótese da conciliação, como sendo o primeiro passo na tentativa de composição amigável sobre determinado assunto controvertido antes de se adentrar no litígio propriamente dito.

Tal análise é realizada sob o prisma da atual e moderna sociedade brasileira, fundada nas freqüentes e ilimitadas relações intersubjetivas havidas entre seus membros e na efetiva aplicação dos institutos em comento a partir da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 e de legislação específica e inovadora sobre o instituto da mediação, na busca pela autocomposição como primeira alternativa apresentada às partes e com vistas, também, a desafogar o Poder Judiciário.

Convém salientar que, para tanto, a pesquisa classifica-se como descritiva, de cunho essencialmente bibliográfico, com utilização de abordagem qualitativa, tendo por objetivo a análise dos principais aspectos da mediação e da conciliação sob o enfoque constitucional do acesso à justiça e suas vantagens em relação ao método tradicional de composição de controvérsias submetidas ao crivo do Poder Judiciário, tendo em vista serem cada vez mais empregadas e difundidas no Brasil como meios céleres e eficientes de resolução de conflitos de interesses.

1. A CONCILIAÇÃO E A MEDIAÇÃO COMO MEIOS ALTERNATIVOS PARA A SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS: CONCEITO, MODERNIZAÇÃO E DIVERSIFICAÇÃO DAS FORMAS ADOTADAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Não obstante a instituição da vida em sociedade, o homem sempre se deparou com conflitos de interesses, sejam eles individuais, coletivos ou difusos, como uma constante na vida social e, portanto, uma realidade que não se pode negar.

Nesse passo, incontestável a necessidade de que tais conflitos sejam solucionados para a manutenção do convívio harmônico em sociedade.

Geralmente, as soluções das controvérsias ocorrem às custas da intervenção Estatal soberana, por meio da figura do juiz, exteriorizada por uma decisão judicial dotada de coerção.

Contudo, o tradicional instrumento processual utilizado por parte do Estado-juiz, muitas vezes ineficaz na condução e desfecho dos processos, nem sempre se mostra satisfatório aos jurisdicionados, que passam a servir-se de meios alternativos em busca de uma resolução pacífica, célere, segura, menos custosa, na qual seja possível trabalhar a comunicação e a negociação entre os envolvidos como forma de restabelecer o diálogo, facilitar o acesso à justiça e promover a inclusão e a pacificação social.

Conforme será demonstrado adiante, com a vigência do Código de Processo Civil de 2015 e da Lei n. 13.140/2015, o próprio legislador não só orientou, como também instituiu, como alternativa efetiva ao método tradicional, a aplicação dos institutos da conciliação e da mediação antes mesmo da apresentação de defesa pela parte ré, com o nítido fim de melhor distribuição da justiça na composição dos conflitos que envolvam direitos disponíveis ou direitos indisponíveis que admitam transação.

Os mecanismos alternativos mais utilizados são a arbitragem, a conciliação e a mediação, sendo as duas últimas o foco principal do presente trabalho.

O primeiro método alternativo de solução de controvérsias, previsto na Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, consiste na arbitragem, quando as partes, por livre e espontânea vontade, depositam em um terceiro a confiança para resolver conflitos que envolvam patrimônio disponível.

O ilustre jurista Carlos Alberto Carmona traz o conceito de arbitragem¹:

A arbitragem é uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial.

Já na mediação há a figura de uma terceira pessoa, escolhida de comum acordo e de confiança das partes que, de forma neutra e imparcial, as ajudará a restabelecer as comunicações, buscando um acordo sem, contudo, proferir decisão vinculativa, de modo que o mediador apenas contribui no sentido de aprimorar a comunicação entre os envolvidos.

Esse método, finalmente previsto de forma explícita no ordenamento jurídico com a edição da Lei n. 13.140/2015, é muito utilizado nas áreas societária e de família, quando o mediador, através de técnicas de negociação, conduz as partes a um entendimento que seja duradouro, tornando possível o convívio.

No entanto, levando-se em consideração as constantes, e cada vez mais velozes, mudanças sociais e a necessidade de efetiva garantia de acesso à justiça de maneira eficiente, ágil e pacificadora, com a conseqüente diminuição do volume de demandas judiciais em tramitação, além de se evitar maior desgaste emocional dos envolvidos, a legislação pátria, em especial o Código de Processo Civil, a partir de 2015, trouxe significativas inovações em relação aos institutos, distribuindo-os em vários artigos, tanto na parte geral quanto na especial, dando-se maior visibilidade e, de certa forma, estimulando a composição amigável de interesses.

Nesse passo, Carlos Eduardo de Vasconcelos² conceitua a mediação como sendo

(...) O método diagonal de solução ou transformação de conflitos interpessoais em que os mediandos escolhem ou aceitam terceiro(s) mediador(es), com aptidão para conduzir o processo e facilitar o diálogo, a começar pelas apresentações, explicações e compromissos iniciais (...) com vistas a se construir a compreensão das vivências afetivas e materiais da disputa, migrar das posições antagônicas para a identificação dos interesses e necessidades comuns e para o entendimento sobre as alternativas mais consistentes, de modo que, havendo consenso, seja concretizado o acordo.

Para Fernanda Rocha Lourenço Levy³, a mediação é um meio consensual, informal e voluntário de prevenção, condução e pacificação de conflitos, sendo conduzido por um

¹ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo - Um Comentário À Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Saraiva. 3ª ed., 2009.

² VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. 4ed. São Paulo: Método, 2015, p.56.

³ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 58.

mediador, que “atua como terceiro imparcial, sem poder de julgar ou sugerir, acolhendo os mediando no sentido de propiciar-lhes a oportunidade de comunicação recíproca eficaz para que eles próprios construam conjuntamente a melhor solução para o conflito”.

Já a mencionada Lei n.13.140/2015 estabelece em seu art. 1º, parágrafo único⁴, que a mediação consiste em uma atividade técnica exercida por um terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

A conciliação, por sua vez, já era prevista no art.331 do Código de Processo Civil/1973 e como antecedente necessário da audiência de instrução e julgamento dos arts. 447 e 448. Atualmente vem expressa em diversos artigos do novo Código Adjetivo e ganhou seção própria com o objetivo de estimular a autocomposição.

Normalmente é utilizada nos processos judiciais, tanto em primeira quanto em segunda instâncias, com o auxílio de um terceiro imparcial, não necessariamente um operador do direito, e que procura orientar as partes no sentido de compor a demanda.

Diferentemente da mediação, a conciliação geralmente é mais célere e o conciliador tem total liberdade durante o procedimento, opinando e, muitas vezes, rejeitando a proposta de acordo, por ser lesiva a uma das partes.

O conceito de conciliação é muito bem elucidado por Luiz Antunes Caetano⁵, como sendo:

[...] meio ou modo de acordo do conflito entre partes adversas, desavindas em seus interesses ou direitos, pela atuação de um terceiro. A conciliação também é um dos modos alternativos de solução extrajudicial de conflitos. Em casas específicas, por força de Lei, está sendo aplicada pelos órgãos do Poder Judiciário.

Como facilmente se percebe, a conciliação difere da mediação, eis que enquanto na primeira o conciliador indica possíveis soluções para o conflito de interesses, nesta última o mediador não apresenta opções, mas apenas facilita a negociação e a comunicação dos envolvidos ao estimular que eles, por si só, encontrem a melhor solução de acordo com suas experiências e circunstâncias pessoais.

⁴ Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

⁵ CAETANO, Luiz Antunes. *Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 17.

Luiz Antonio Scavone Junior⁶ diferencia os dois institutos ao definir que

A conciliação implica na atividade do conciliador, que atua na tentativa de obtenção de solução dos conflitos sugerindo a solução sem que possa, entretanto, impor sua sugestão compulsoriamente, como se permite ao árbitro ou ao juiz togado. O conciliador tenta demover as partes a solucionar o conflito acatando suas ponderações e alternativas para a resolução do conflito que, entretanto, depende da anuência das partes. A mediação, sempre voluntária, é definida nos termos da justificativa do projeto que resultou na Lei 13.140/2015, como 'o processo por meio do qual os litigantes buscam o auxílio de um terceiro imparcial que irá contribuir na busca pela solução do conflito'. Este terceiro não tem a missão de decidir, mas apenas auxiliar as partes na obtenção da solução consensual.

Por fim, Carlos Eduardo de Vasconcelos⁷ destaca que

Com efeito, todos esses meios judiciais ou extrajudiciais de acesso à justiça compõem o hoje denominado sistema multiportas, que engloba as práticas restaurativas, a facilitação de diálogos apreciativos etc., e pode ser livremente apropriado pela cidadania, que escolhe o meio que se mostre mais adequado, consoante as necessidades e circunstâncias pessoais e materiais de cada situação.

Destaca-se que o maior objetivo dos que utilizam os mecanismos citados, tanto perante quanto à margem do Poder Judiciário, consiste na obtenção da tutela pretendida por intermédio de um procedimento mais efetivo, mais simples e informal e, ainda, com o menor custo possível. Tal postura conduz à diversificação das formas de resolução de conflitos, desjudicializando-se o sistema e rompendo-se definitivamente com o monopólio estatal da jurisdição.

Outrossim, como se verá adiante, a adoção de um dos institutos propicia o maior acesso à justiça, baseado no diálogo e, por conseguinte, numa mais efetiva inclusão social, como uma opção ao processo judicial tradicional no qual o juiz exerce um papel central na solução das questões controvertidas.

2. A CRISE NO PODER JUDICIÁRIO E A IMPLEMENTAÇÃO DA MEDIAÇÃO E DA CONCILIAÇÃO NO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL EM ATENÇÃO AOS PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

⁶ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de Arbitragem Mediação e Conciliação*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.273.

⁷ VASCONCELOS, op.cit., p.55.

Sem a pretensão de esgotar o tema, pretende-se, neste capítulo, trazer à baila a recente legislação em vigor no Brasil acerca dos institutos da conciliação e da mediação e sua relação com os princípios e garantias constitucionais.

Como cediço, a escolha por meios extrajudiciais é justificada, muitas vezes, em razão do falho sistema de justiça e do inchaço do Poder Judiciário, com sua enorme burocracia e com o cada vez mais recorrente distanciamento em relação aos cidadãos que dele sempre dependeram para a condução de seus conflitos de interesse.

Em que pese a Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988, ter almejado a ampliação do acesso à justiça, percebe-se que a demanda pela solução judicial de conflitos vem se revelando cada vez mais crescente e o Judiciário, por conta disso, tem sofrido mudanças estruturais importantes com o intuito de acompanhar satisfatoriamente as inovações culturais e jurídicas.

Percebeu-se, portanto, que situações conflituosas que permanecem incertas no tempo têm o condão de gerar infelicidade e angústia àqueles que se utilizam da Justiça.

Nesse passo, o legislador pátrio trouxe inovações acerca da conciliação e da mediação, agora explicitamente previstas em lei, não apenas como opção, mas como necessidade que se impõe no sentido de se evitar um colapso do Poder Judiciário⁸.

Assim sendo, o Código de Processo Civil de 2015⁹, já em seu art. 3º, §§2º e 3º, estabelece que o Estado promoverá a solução consensual dos conflitos sempre que lhe for possível e por meio da conciliação, da mediação e de outros métodos, inclusive no curso do processo judicial, devendo tais medidas ser estimuladas pelos advogados, juízes, promotores e defensores públicos, de modo que, sendo as partes capazes, poderão optar pela não judicialização das ameaças ou lesões ao seu direito, observados os limites constitucionais do art. 5º da Carta Magna¹⁰.

Destarte, a expressa previsão legal no nosso Código Adjetivo revela uma mudança de paradigma no processo civil, elevando os institutos à condição de instrumentos para a pacificação social, conforme ditado implicitamente pela Constituição Federal em forma de

⁸ SILVA, Antonio Álvares da. A desjuridicização dos conflitos trabalhistas e o futuro da justiça do trabalho no Brasil. In: TEIXEIRA, Salvio de Figueiredo (coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p.259.

⁹ Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

¹⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 out. 2016.

compromisso com a cidadania ao estimular a boa - fé, a cooperação e a duração razoável do processo¹¹.

A propósito, os arts. 139, V, 190, 359, 471 e 932, todos do CPC/2015, tratam da autocomposição judicial e da busca pela conciliação independentemente do emprego anterior de outros métodos de solução consensual de conflitos, o que revela a intenção do legislador em estimular a resolução pelas partes e, consoante o disposto no art. 165, a criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos (CEJUCs) destinados a orientar e a incentivar a autocomposição.

O art. 175, por sua vez, dispõe que a mediação extrajudicial pode ser regulada por lei específica. Diante desse fato, foi criada a Lei n.13.140/2015, sobre os procedimentos para a mediação judicial e extrajudicial, de modo a ampliar o espectro da autocomposição.

Na parte geral do Codex Processual, em várias ocasiões, dentre elas nos arts. 250, IV, 303, §1º, II, 308, §3º, que tratam do mandado de citação e das tutelas antecipatórias antecedente e cautelar, bem como no art.319, VII, que cuida dos requisitos da petição inicial, e do art. 334, afeto à audiência de conciliação ou mediação, são previstas normas que trazem como inovação que as referidas audiências devem ser a regra, e não a exceção, como estímulo à composição consensual dos interesses conflitantes.

Desta feita, na hipótese de não haver interesse de uma ou de todas as partes na resolução amigável da lide, é imprescindível que, expressamente, haja manifestação de vontade neste sentido, seja na petição inicial ou nos 10 (dez) dias que antecederem à data designada para a realização da audiência, consoante o art. 334, §§4º e 5º.

Cumpre salientar, por oportuno, que o art. 335 do Código Adjetivo também prestigia a conciliação e a mediação na medida em que estabelece que o prazo para oferecimento de contestação pelo réu começa a fluir da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação infrutífera, ou do protocolo do pedido de cancelamento da audiência na hipótese do art. 334. Tal previsão legal consubstancia-se, mais uma vez, na regra geral de que se deve buscar, sempre que possível, a autocomposição.

Outrossim, importante destacar o art. 166 do CPC, ao dispor que a conciliação e a mediação são informadas por número extenso de princípios específicos: independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada.

¹¹ Brasil. Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 30 out. 2016.

Convém esclarecer que, em virtude do rol meramente exemplificativo do artigo em comento, há dissenso sobre alguns dos princípios que regem os institutos. Nesse viés, alguns autores têm divergido quanto à independência e à imparcialidade, mas apenas pelo fato de que tais princípios não seriam relativos à mediação, mas à atuação do mediador¹².

A Lei n. 13.140/2015, em seu art. 2º, também reconhece, além dos princípios supracitados, que a mediação será orientada pela isonomia entre as partes, pela busca pelo consenso e pela boa-fé.

A doutrina, a seu turno, destaca os princípios da cooperação, da dignidade da pessoa humana e da não competitividade, com a finalidade de se restabelecer a comunicação e preservar o relacionamento entre as partes, de prevenir possíveis conflitos futuros e, principalmente, como meio de inclusão e pacificação social.

Verifica-se, portanto, que o emprego dos princípios constitucionais à conciliação e à mediação traz às partes uma maior segurança na solução dos conflitos, além de reiterar a supremacia das normas constitucionais perante o ordenamento jurídico, aproximando o Estado da conquista da pacificação social e da harmonia entre as pessoas.

3. A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO COMO MEIO PARA SE ALCANÇAR O MAIOR ACESSO À JUSTIÇA, ISONOMIA E INCLUSÃO SOCIAL

No cenário no qual se insere um Estado Democrático de Direito, os tradicionais meios de solução de conflitos de interesses devem ser substituídos, casuisticamente, pela adoção de métodos alternativos, vez que o tradicional processo litigioso pode não ser o melhor caminho para a efetivação dos direitos postos naquela situação específica, tampouco para o acesso de todos, em igualdade de condições, à justiça na tutela de seus direitos.

Neste sentido já esclareciam Cappelletti e Garth¹³, o acesso à justiça deve

Ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos. (...) O acesso à justiça não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto

¹² VASCONCELOS, op.cit., p.96.

¹³ CAPPELLETTI Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988, p.11-13.

central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.

Carlos Eduardo de Vasconcelos¹⁴, a seu turno, afirma que

(...) Com efeito, a idéia de uma corte de múltiplas portas (*multidoor courthouse*), qual seja, um tribunal comprometido em apoiar e induzir a adoção de métodos mais adequados de resolução de disputas, tais como a mediação, a conciliação, a negociação, a avaliação neutra, a arbitragem e outros, é atribuída ao prof. Frank Sander, de Harvard, em palestra de 1976. Tal conceito e práticas tiveram, inicialmente, maior difusão entre os países da *common Law* e vêm paulatinamente ganhando expressiva dimensão em outros sistemas de justiça. (...) Enfim, a administração cooperativa do conflito, inclusive no ambiente judicial, passa a ser a questão central, num processo em que o juiz e demais operadores da justiça contribuem para que as partes e advogados dialoguem, no campo das suas contradições, (...) com vistas ao atendimento das reais necessidades a serem contempladas pela decisão, que deve ser, sempre que possível, consensuada.

Já Fernanda Tartuce¹⁵ pondera que “no processo democrático, o acesso à justiça desempenha um relevante papel ao habilitar o cidadão a tutelar seus interesses e possibilitar à sociedade a composição pacífica dos conflitos”.

Ainda segundo Tartuce¹⁶, não se pode olvidar, contudo, de que

Muitas vezes o modelo contencioso de tratamento de conflitos, calcado no antagonismo, enseja respostas combativas e acirradas que geram nas partes (e/ou em seus advogados) uma postura de luta que acaba por afastá-las dos verdadeiros objetivos de composição com justiça.

Como sabido, o Poder Judiciário representa um dos alicerces fundamentais para a efetivação do Estado Democrático de Direito. Contudo, este Poder tem se mostrado insuficiente para atender a o volume de demandas existentes, deixando de ser eficiente na solução dos conflitos de interesse apresentados na moderna sociedade atual.

Noutro giro, o direito de acesso à justiça, previsto no art. 5º, XXXIV e XXXV, da Magna Carta e no art. 3º do Código de Processo Civil, representado num primeiro momento pelo Estado - Juiz, é garantia destinada a promover a efetiva tutela dos direitos fundamentais por meio do princípio - garantia da inafastabilidade da jurisdição, devendo ser esta última provocada pelo jurisdicionado.

¹⁴ VASCONCELOS, op.cit., p.81.

¹⁵ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2015, p.77.

¹⁶ Ibid., p.85.

No entanto, quando o acesso ao Judiciário se demonstra falho ou adstrito a apenas uma parcela dos cidadãos, a tutela dos direitos torna-se vazia, desprovida de qualquer efetividade em relação àqueles excluídos do sistema judicial.

E uma vez que a Justiça não se encontra ao pleno alcance de todos, com um Judiciário extremamente burocrático e custoso, que restringe o acesso de pessoas economicamente frágeis, nessa perspectiva surgem os meios alternativos de solução de controvérsias, caracterizados pelo consenso, informalidade e rapidez, como elementos importantes na busca da Justiça.

Com o avanço social, principalmente na era tecnológica, através da qual se tem mais acesso à informação, a população tornou-se mais ciente de seus direitos, passando a exigí-los das autoridades judiciais em oposição à longa duração dos processos, ao formalismo e ao alto valor das custas processuais, obstáculos para muitos cidadãos.

Como se verifica, tornou-se necessária a adoção de novos métodos que servissem, ao mesmo tempo, como suporte ao Poder Judiciário, como garantia do acesso à justiça pelos cidadãos e como forma de resguardar o princípio da autonomia da vontade.

Desta forma, oportuniza-se que os envolvidos optem pela solução que entendam ser a melhor para o caso concreto, em busca de agilidade, eficiência, equidade, economia de tempo, cooperação, pacificação social e, ainda, de diminuição da quantidade de processos judiciais em tramitação.

A propósito, saliente-se que o legislador, objetivando facilitar o acesso à justiça, não condicionou o ingresso no Poder Judiciário à demonstração pelos envolvidos de que teria havido uma prévia tentativa consensual. Ao contrário, a autocomposição revela-se como regra, sendo certo que, caso não venha a ser ao menos tentada, é considerada ato atentatório à dignidade da justiça, inclusive com possibilidade de aplicação de sanção pecuniária a quem não comparecer à audiência conciliatória prevista no CPC.

Por outro lado, a exigência burocrática da justiça imprime às pessoas a sensação que o seu direito estará resguardado e protegido se for proveniente de uma sentença prolatada por juiz, após os trâmites de um processo judicial, terminando por difundir a cultura do conflito para pôr fim às querelas somente pelo meio processual.

A falsa impressão de que a justiça somente é alcançada pela decisão de um juiz togado, provoca a superlotação de processos nas secretarias, a demora no julgamento das causas, uma postura beligerante por parte dos envolvidos, a dificuldade de acesso à justiça e a burocratização da prestação jurisdicional.

Outrossim, como afirma Kazuo Watanabe¹⁷, não se pode olvidar de que incumbe ao Estado organizar e disponibilizar os meios alternativos ao lado dos mecanismos tradicionais já em funcionamento, sendo “importante que o Estado estimule a criação desses serviços, controlando-os convenientemente, pois o perfeito desempenho da justiça dependerá, doravante, da correta estruturação desses meios alternativos e informais de solução de conflitos de interesses”.

Como bem destaca Carlos Alberto Salles¹⁸,

Os meios alternativos de solução de controvérsias não constituem formas de exclusão ou limitação da jurisdição estatal, mas sim instrumentos auxiliares desta última para atingir o objetivo de prestar universalmente serviços de solução de controvérsias: vistos desta forma, os mecanismos alternativos não concorrem com a jurisdição estatal, mas a ela se somam, propiciando novos canais para dar efetividade à garantia de prestação do serviço judiciário.

Destarte, a universalização dos serviços encontra-se intimamente ligada à noção de interação produtiva e inclusão social dos cidadãos rumo a uma cultura participativa fundada no consenso e no diálogo, de pacificação, com chance efetiva de cumprimento voluntário, com a diminuição da corrupção e da morosidade (razoável duração do processo) e com a ampliação do rol de possibilidades que são apresentadas ao cidadão, no qual prevalece o bom-senso sem a necessidade de que um terceiro, com vínculo anterior (como ocorre na mediação) ou não (como na conciliação), imponha aos envolvidos uma determinada decisão.

Assim, facilita-se a efetiva prestação jurisdicional por parte do Judiciário, que passa a oferecer outros meios adequados de resolução de conflitos e, por conseguinte, a ampliar o acesso ao maior número de cidadãos, que podem se comunicar de maneira eficiente e cooperativa, com a intermediação de um terceiro, para a composição de seus interesses de maneira pacífica.

Além de novas alternativas, a mediação e a conciliação trazem consigo a possibilidade de mudança de mentalidade, de modo a desenvolver uma cultura do diálogo, da busca pelo consenso, possibilitando que as próprias partes sejam os responsáveis pela resolução de suas controvérsias. A justiça privada vem, portanto, se fortalecendo e o direito processual se modificando na busca de uma justiça mais acessível a todos os cidadãos.

Relevante mencionar que, inobstante a utilização de outros mecanismos de composição de litígios, seja porque se decidiu pela resolução extrajudicial ou em razão de

¹⁷ WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; WATANABE, Kazuo (coords.). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1998, p.133.

¹⁸ TARTUCE, op. cit. p.164.

infrutífera composição judicial por meio da conciliação e mediação, o cidadão poderá sempre e a qualquer momento invocar a atuação do magistrado, não havendo qualquer ofensa à Constituição Federal e demais normas do ordenamento jurídico pátrio.

Eis o porquê da expressão “métodos alternativos”, cabendo aos envolvidos a opção pelo meio que melhor se adequa à sua realidade concreta, na mais ampla expressão de sua autonomia de vontade, e na constante busca pelo efetivo acesso à justiça como expressão do princípio da isonomia e de uma maior inclusão social.

CONCLUSÃO

Após o estudo acerca dos institutos da conciliação e da mediação e sua nova feição perante a legislação pátria, com a previsão expressa de normas que tratam especificamente da matéria, tornam-se possíveis algumas conclusões sobre o tema.

Inicialmente deve-se ter em mente que não se pretende substituir a atuação estatal, mas complementar a atividade jurisdicional ao se oferecer aos cidadãos mais ferramentas de atuação na busca de soluções consensuais, com o fito de se evitar ou, ao menos minimizar, o prolongamento do sofrimento, da angústia, da infelicidade, sentimentos inexoravelmente vinculados aos conflitos de interesse postos em litígio.

Inconteste que o cumprimento de um acordo firmado entre os próprios envolvidos apresenta muito mais chance de ser cumprido do que aquela sentença imposta de forma coercitiva pelo magistrado, eis que se revela um maior poder decisório por parte dos indivíduos, que decidem, eles próprios, por meio do exercício de sua autonomia de vontade e com o auxílio de um terceiro imparcial, o modo, o tempo, o local, enfim, como realmente desejam compor seus interesses, sempre em observância dos direitos e garantias que lhes são assegurados constitucionalmente.

Noutro giro, a conciliação e a mediação, como meios alternativos de solução de controvérsias, têm sido adotadas com cada vez mais frequência no Brasil, sobretudo a partir da previsão expressa no Código de Processo Civil de 2015 e na Lei n.13.140/2015, que tratam os institutos como sendo a regra, e não exceção à composição dos interesses conflituosos submetidos ao Poder Judiciário.

Ao se disponibilizar ferramentas hábeis e de comunicação aos indivíduos, as controvérsias passam a ser vistas como uma oportunidade de transformação, de participação ativa, de pacificação social, de resgate da dignidade e responsabilidade pessoal e, em especial

de mudança de mentalidade frente às situações postas pela modernização das relações sociais e culturais.

Sem sombra de dúvidas, a conciliação e a mediação apresentam vantagens em relação ao método tradicional que, muitas vezes, pode não ser o melhor caminho para a efetividade de direitos dos cidadãos.

Nesse viés, pode-se destacar como pontos diferenciados dos institutos, dentre outros: a celeridade, a informalidade, a oralidade e flexibilidade do procedimento; o sigilo exigido para as partes e para o conciliador e o mediador; o procedimento menos custoso e imparcial; a possibilidade de escolha do método e dos critérios a serem utilizados por autonomia da vontade das partes; a busca pelo diálogo, consenso e cooperação; e o objetivo de se alcançar a pacificação social através do maior acesso à justiça, com a efetivação da isonomia e da inclusão social.

Isto posto, pode-se concluir que o legislador atual foi perspicaz ao expressamente prever os institutos e os procedimentos a adotar, dando-lhes maior visibilidade. Contudo, ainda é preciso estimular a utilização dos mais variados meios alternativos para a solução de controvérsias, muitas vezes mais aptos a conferir efetividade ao direito postulado, de modo a viabilizar o maior acesso dos cidadãos a soluções mais céleres e justas.

Imprescindível, também, que o próprio Estado estimule a implementação de leis eficazes e a criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos, destinados a orientar e a incentivar a autocomposição, e os mantenha em pleno funcionamento, de maneira que se possa atender às expectativas sociais de efetiva defesa dos direitos dos cidadãos, sempre em observância aos princípios e direitos fundamentais elencados na Constituição Federal.

Por derradeiro, importante repisar que a conciliação e a mediação, assim como os outros métodos alternativos de resolução de controvérsias, não têm como pretensão substituir a atuação jurisdicional. Ao contrário, se pretende estimular um sistema pluriprocessual, de coexistência de diversos métodos para a composição dos conflitos que se apresentem, de maneira a que se confira efetivo acesso a todos os cidadãos como forma de inclusão e pacificação social.

Esta não é uma tarefa fácil, mas que certamente já vem sendo implementada pelo Estado como mecanismo através do qual se almeja uma adequada e eficiente distribuição de justiça.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Tania. *Caixa de Ferramentas em Mediação: aportes práticos e teóricos*. São Paulo: Dash, 2013.

_____. *Mediação e Conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas. Mediação de Conflitos*. Novo paradigma de acesso à justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 out. 2016.

_____. Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 30 out. 2016.

_____. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> Acesso em: 03 nov. 2016.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos Conflitos e Direito de Família*. Paraná: Juruá, 2003.

CAETANO, Luiz Antunes. *Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Atlas, 2002.

CAPPELLETTI Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo - Um Comentário à Lei n. 9.307/96*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2009.

GRECO, Leonardo. O acesso ao direito e à justiça. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAIS, José Luis Bolzan de; Spengler, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem – Alternativas à Jurisdição*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 10ª ed. São Paulo: RT, 2010.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de Arbitragem Mediação e Conciliação*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

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

SILVA, Adriana S. *Acesso à Justiça e Arbitragem: Um caminho para a crise do Judiciário*. São Paulo: Manole, 2012.

SILVA, Antonio Álvares da. A desjuridicização dos conflitos trabalhistas e o futuro da justiça do trabalho no Brasil. In: TEIXEIRA, Salvio de Figueiredo (coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

SOUZA, Luciane Moessa de. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos - negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2016.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. 4ª ed. São Paulo: Método, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil, artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2015.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; WATANABE, Kazuo (coords.) *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1998.