

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
CURSO DE DIREITO

GILNÉIA SILVA DA COSTA

**A IMPORTÂNCIA DA MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NA
RESOLUÇÃO DE CONFLITOS SOCIAIS, CELERIDADE E
DESACÚMULO PROCESSUAL COM BASE NA LEI 13.105,
DE 16 DE MARÇO DE 2015 (CPC)**

MARÍLIA/SP
2017

GILNÉIA SILVA DA COSTA

**A IMPORTÂNCIA DA MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NA
RESOLUÇÃO DE CONFLITOS SOCIAIS, CELERIDADE E
DESACÚMULO PROCESSUAL COM BASE NA LEI 13.105,
DE 16 DE MARÇO DE 2015 (CPC)**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM), como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Alexandre Sormani

MARÍLIA/SP
2017

COSTA, Gilnéia Silva da.

A importância da mediação e conciliação na resolução de conflitos sociais, celeridade e desacúmulo processual com base na Lei 13.105, de 16 de março de 2015 (CPC) / Gilnéia Silva da Costa. Orientador: Prof. Alexandre Sormani. Marília, SP, 2017.

53 f.

Trabalho de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2017.

1. Mediação. 2. Conciliação. 3. Celeridade processual. 4. Pacificação social. 5. Conciliador. 6. Mediador.

CDD: 341.4618



Gilnéia Silva da Costa

RA: 53159-6

A importância da mediação e conciliação na resolução de conflitos sociais,
celeridade e desacumulo processual com base na Lei 13.105, de 16 de março
de 2015 (CPC)

Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa
de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel
em Direito.

Nota: 8,50

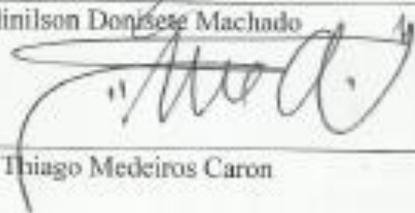
ORIENTADOR(A):


Alexandre Sormani

1º EXAMINADOR(A):


Edinilson Donizete Machado

2º EXAMINADOR(A):


Thiago Medeiros Caron

Marília, 30 de novembro de 2017.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a Deus e aos meus familiares.

Primeiramente a Deus, pois foi somente com Sua imensa ajuda e proteção que pude chegar até aqui.

Aos meus pais, Lucinéia Silva da Costa e Gilberto Aparecido da Costa, por todo carinho, apoio e incentivo concedidos, incansavelmente, à minha formação humana e acadêmica.

E também aos demais familiares e amigos, que tiveram fundamental participação nesta grande conquista.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos professores do UNIVEM que significativamente contribuíram para meu aprendizado; por todo profissionalismo, pela paciência, o respeito e a abnegação ao ministrarem suas aulas ao longo do curso. A cada um de vocês que me conduziram minha eterna gratidão pelos ensinamentos compartilhados.

E o agradecimento especial ao meu orientador, Prof. Alexandre Sormani, por tamanha dedicação e empenho, por ter-se posicionado sempre de forma atenciosa e contribuído para a realização deste trabalho.

RESUMO

Este trabalho irá analisar a conciliação e a mediação de acordo com Código de Processo Civil do ano 2015 e suas potencialidades para lidar com a problemática de ausência de acesso efetivo à Justiça e excessiva massa de conflitos e judicialização dos litígios em sociedade. O problema de pesquisa é se a conciliação e a mediação podem servir como um instrumento adequado para o combate e superação os obstáculos ao acesso à justiça no judiciário e a função de efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal Brasileira de 1988. A hipótese é positiva no sentido que a prática da mediação e conciliação com o foco no benefício de celeridade processual. Ademais, ressalta a função da figura do juiz e do advogado e os demais membros do judiciário como facilitadores da mediação e conciliação e a diferença entre mediação e conciliação ressaltando suas vantagens e benefícios não só processuais, mas, na sociedade como um todo. Sendo assim, no primeiro capítulo trata da caracterização do conflito na perspectiva da mediação e conciliação. No segundo capítulo, fala do acesso à justiça, a crise no judiciário, conciliação e mediação consoante o PL 8.046/2010 e o papel do advogado no acesso à mediação. No terceiro capítulo, será abordado quem pode ser mediador e conciliador, mediação e conciliação consoante à resolução 125/2010 e as práticas restaurativas em juizado criminal.

Palavras-Chave: Mediação. Conciliação. Acesso à Justiça. Código de Processo Civil. Conflito. Poder Judiciário. Conflito. Celeridade Processual.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO 1 – O CONFLITO NA PERSPECTIVA DA MEDIAÇÃO E DA CONCILIAÇÃO	9
1.1 CARACTERIZAÇÃO DO CONFLITO	9
1.2 O BENEFÍCIO DO DIÁLOGO NAS RELAÇÕES	12
1.3 CONCEITO DE MEDIAÇÃO	14
1.4 CONCEITO DE CONCILIAÇÃO.....	18
1.5 DIFERENÇA ENTRE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO E SEUS BENEFÍCIOS	20
CAPÍTULO 2 – ACESSO À JUSTIÇA.....	29
2.1 A CRISE DA JUSTIÇA	29
2.2 ACESSO EFETIVO À JUSTIÇA.....	31
2.3 CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO JUDICIAL CONSOANTE O PL 8.046/2010	33
2.4 O PAPEL DO ADVOGADO NO ACESSO À MEDIAÇÃO	38
CAPÍTULO 3 – FUNÇÃO DO MEDIADOR E DO CONCILIADOR	46
3.1 QUEM PODE SER MEDIADOR E CONCILIADOR.....	46
3.2 MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO CONSOANTE A RESOLUÇÃO 125/2010.....	48
3.3 PRÁTICAS RESTAURATIVAS EM JUIZADO CRIMINAL.....	50
CONCLUSÃO.....	54
REFERÊNCIAS	55

INTRODUÇÃO

A realidade brasileira é marcada pela grande desigualdade econômica e social juntamente com uma deficiência sistêmica nas prestações estatais, deste modo a Constituição Federal se ocupou em positivar os mais diversos direitos sociais, econômicos e culturais, porém, sem se atentar para os custos sociais e econômicos envolvidos.

Devido à natureza garantista da Constituição Federal de 1988, e uma vez que sendo o conflito inerente à condição humana e existente desde os primórdios da sociedade, contribuiu para que houvesse o aumento de judicialização desses litígios.

Diante dessa situação, houve interesse dos estudiosos referente a mecanismos de solução e autocomposição desses conflitos, usando-se da mediação e conciliação existentes antes do CPC/2015, porém, que ganharam estudos mais aprofundados após o mesmo, que trouxe como inovação a exigência desses dois institutos como prática jurídica, tendo a inovação da lei com fulcro na prática e adoção desses mecanismos.

O ponto de partida desta pesquisa está na análise da mediação e da conciliação, uma vez focalizados seus benefícios, em prol de uma ação célere e restaurativa entre as partes, com foco nas recentes mudanças legislativas promovidas no direito objetivo e nas práticas das instituições jurídicas, buscando-se deslindar a forma como opera cada qual na solução de conflitos.

Para tanto, procede-se a um estudo pormenorizado das características específicas com o uso do método hipotético dedutivo que as identificam, tendo como o problema desta investigação, de que maneira a mediação e conciliação podem ajudar no combate a demanda de litígios nos judiciário e em prol da autocomposição das partes em suas relações, e estabelecendo o diálogo?

Também serão trabalhadas outras indagações, nesse sentido:

I – É possível estabelecer o benefício do diálogo nas relações através da mediação e conciliação?

II – O Código de Processo Civil de 2015 trás o incentivo e a obrigatoriedade da mediação e conciliação, atentando-se para o benefício não só dentro do judiciário, mas, fora dele?

III – Quais os benefícios no âmbito do juizado criminal?

No debruçar dessas considerações, este trabalho objetiva servir no contributo de avaliação da figura do mediador e do conciliador, sua atuação e os meios por eles utilizados, sendo igualmente destacadas as responsabilidades inerentes ao exercício da função.

Outrossim, insculpe como congruência maior a pacificação social, passível de ser alçada tanto pela mediação quanto pela conciliação, cujos reflexos exalam no judiciário, na vida pessoal e, inclusive, na vida da comunidade em que os indivíduos se relacionam, favorecendo, sobretudo, o convívio mais harmônico no espaço coletivo.

No primeiro capítulo, trata da caracterização do conflito na perspectiva da mediação e conciliação. Para isso, será abordado a origem do conflito, de que maneira ele deve ser encarado e suas consequências.

No segundo capítulo, fala do acesso à justiça, a crise no judiciário, conciliação e mediação consoante o PL 8.046/2010 e o papel do advogado no acesso à mediação. Em suma, será exposto a importância que este tem, e, a forma que deve atuar perante a mediação e conciliação, estimulando o incentivo.

No terceiro capítulo, será abordado quem pode ser mediador e conciliador, mediação e conciliação consoante à resolução 125/2010 e as práticas restaurativas em juizado criminal. Possibilitando esclarecer de uma outra ótica a importância em outra área jurídica.

CAPÍTULO 1 – O CONFLITO NA PERSPECTIVA DA MEDIAÇÃO E DA CONCILIAÇÃO

1.1 CARACTERIZAÇÃO DO CONFLITO

No prelúdio das relações pessoais entre os indivíduos, há constatações de perspectivas de valores e interesses antagônicos; trata-se, pois, de um fenômeno inerente à condição humana e que, portanto, sempre existiu, vez que se deriva de expectativas, preceitos, convicções, padrões, entre outros fatores intrínsecos aos homens.

Contudo, o conflito não deve ser encarado de forma negativa, mas, sim, visto como um acesso, um meio para o alcance de uma resolução consensual, levando-se em conta que cada pessoa é única e, por isso, dotada de experiência própria de vida, de elementos que as levam a ser tal como são, pensando da forma que melhor as aprazam.

Compreender a imprescindibilidade do conflito é fundamental; é possível granjear caminhos para que o mesmo seja solucionado desde uma conduta autocompositiva, ao invés de fingir que este não existe, reforçando a consciência de que se trata de um instrumento adjutor.

Em não havendo a devida responsabilidade sobre o tema e a sua não compreensão conscienciosa, a consequência costumeira é o confronto ou a violência, ao ser tomado com adversidade e mediante um posicionamento unilateral em que somente uma opinião entremeia-se tentando sobressair.

É constatado que intersubjetividade referente a crenças, liberdade de expressão e sentimentos, não raro, acarretam conflitos; esses aspectos, por via de regra, causam distensões características que dificilmente levam a acordos.

Nesse caso, preliminarmente, seria necessário compreender-nos como seres racionais e compostos por emoções, que nos impelem a tomar certas decisões, pensadas, por impulso ou forçadas que resultam em consequências, conseguindo, desde tal ponto, construir ou reconstruir as relações por meio do diálogo.

O estado emocional de raiva, de indignação ou de medo exerce grande poder sobre as pessoas infelizes, decepcionadas, deprimidas, revoltadas, que são as mais vulneráveis vítimas de reatividades irrefletidas, a ponto de, subitamente, se perceberem acusadas da prática de um crime. Prevenir a violência equivale a compreender e humanizar o dilema desse violento potencial.

Sobre isso, Vasconcelos (2014) relata:

Semana passada, numa fila de banco, escutei uma voz de um senhor, à minha frente, que se voltava para mim. “Não tem jeito! Este é um mundo é cão! Aquela mulher na cama com outro homem. E não é de hoje. Sempre dei do melhor para ela. Meus filhos estão muito revoltados. Estou desmoralizado”. E estendeu o braço acionando o dedo como num gatilho. Parece que as pessoas percebem quando alguém é observador e receptivo. Escutei, escutei. Validei como a minha atenção e o meu silêncio, os sentimentos daquele homem. Quando senti que ele desejava escutar a minha opinião, procurei a empatia, expressando como deve ser um desafio viver isto sem cair na tentação de tornar-se um assassino e amargar aos de penitenciária. E perguntei: uma mulher assim é tão importante para você? Ele respondeu: “ela foi a maior decepção da minha vida. Aquela mulher é uma peste. Por nada no mundo eu a quero de volta.” Então perguntei: “O que você gostaria que acontecesse agora?” “Que ela morresse!” “ E quanto a você, o que você está sentindo em relação ao seu futuro?” “Eu sinto que preciso de uma outra companheira que me ajude a cuidar dos meus filhos.” “Os seus filhos são menores?” Respondeu que sim e que eram dois filho homens. “Eles gostam da mãe?” Fomos deixando outras pessoas passarem à frente na fila. Ele, então, falou que, quanto a isto, não tem o que reclamar e que a mãe cuida bem dos filhos, que são muito apegados a ela. Após esse diálogo em que as perguntas eram respondidas de coração, aquele homem estava diferente. Estava empoderado, se expressando por meio de outra “persona”, que, no entanto, era uma outra expressão dele próprio para reconstruir uma ambiência familiar. E como tínhamos outras coisas a fazer, dirigimo-nos ao caixa, não sem antes ele colocar, sobre meu ombro esquerdo, aquele mesmo braço do “dedo no gatilho”, agradecendo, emocionado, o que chamou de “orientação” (VASCONCELOS, 2014, p. 22).

O conflito decorre de expectativas, valores e interesses que são contrariados; mesmo sendo algo natural na condição humana, em um conflito, costuma-se tratar a outra parte como adversária, infiel ou inimiga.

Seguindo na perspectiva de Vasconcelos (2014):

O conflito não é algo que deve ser encarado negativamente. É impossível uma relação interpessoal plenamente consensual. Cada pessoa é dotada de uma originalidade única, com experiências e circunstâncias existenciais personalíssimas. Por mais afinidade e afeto que exista em determinada relação interpessoal, algum dissenso, algum conflito, estará presente. A consciência tendemos a demonizá-lo ou a fazer de conta que não existe. Quando compreendemos a inevitabilidade do conflito, somos capazes de desenvolver soluções autocompositivas. Quando o demonizamos ou não o encaramos com responsabilidade, a tendência é que ele se converta em conflito e violência (VASCONCELOS, 2014, p. 21).

O que geralmente sobrevém do conflito processado com enfoque adversarial é a hipertrofia do argumento unilateral, quase não se dando importância ao que o outro fala ou

escreve. Por isso mesmo, enquanto um se expressa, a outra parte prepara uma nova argumentação (VASCONCELOS, 2014, p. 22).

Neste sentido:

O conflito pode ter diferentes naturezas, mas, o que deverá prevalecer é o diálogo, dessa forma, a solução pacífica prevalecerá e o que até então não possuía previsão de término, passa a ter uma expectativa de resolução em um tempo recorde. Os métodos de resolução de conflitos como a Mediação e a Conciliação tornam-se, portanto, fortes aliados da Justiça e da própria sociedade para a celeridade processual (SANTOS, 2016).

A solução transformadora do conflito depende do reconhecimento das diferenças e da identificação dos interesses comuns e contraditórios, subjacentes, pois a relação interpessoal se finda em alguma expectativa, valor ou interesse comum (VASCONCELOS, 2014, p. 23).

As relações interpessoais, com sua pluralidade e liberdade de expressão e de percepções, sentimentos, crenças e interesses, ampliam as vivências de conflito. A negociação desses conflitos é um labor comunicativo cotidiano em nossas vidas (VASCONCELOS, 2014, p. 22).

Carlos Eduardo Vasconcelos (2014) é enfático em ponderar que o conflito não tem solução; contudo, na concepção do mesmo autor, o que poderiam ser sanadas são as disputas pontuais, de confrontos específicos:

[...] Na busca do compreender a condição humana, é necessário que nos reconheçamos como seres vivos, constituídos de forças cósmicas, biológicas e psíquicas, emocionais, que nos impulsionam em direções contraditórias, embora fundamentalmente complementares. Em cada um de nós atuam impulsos aparentemente fragmentadores, de autoafirmação, e impulsos potencialmente interativos, de religação, que, em suas expressões equifinais, se concertam e se excluem, num contínuo dinamismo. Vivemos, pois, em meio ao desafio de administrar, de afinar, de compreender e de integrar essas polaridades, entre nós e em cada um, para que os nossos conflitos interpessoais, que podem ser construtivos, não descambem para a destrutividade (VASCONCELOS, 2014, p. 22).

Na vida em sociedade, desde suas origens, encontra-se instalada a fastidiosa cultura de punição diante dos conflitos, por vezes gerando insatisfações e dissensão nas relações entre amigos, familiares ou de trabalho.

Nós somos instigados a resolver os litígios com a punição, ou até agressões físicas e verbais; no entanto:

O sentido desejável não pode ser o de punição, ou de uso da força até mesmo para proteger, mas o de consolidação de uma consciência de responsabilidade social, quando o consenso não bastar [...] questiona o seguinte: quando os pais escolhem usar a força, podem ganhar a batalha de obrigar as crianças a fazerem o que eles querem, mas, nesse processo, não estarão pactuando uma norma social que justifica a violência como meio de resolver as diferenças? (VASCONCELOS, 2014, p. 37)

Com a visão de compromisso, tendo em conta a pertinência do conflito para o reestabelecimento do diálogo nas relações, tal não pode ter o efeito de dissolução. Cabe-nos o olhar aplicado ao benefício, usando-o como ponto de partida para atingir o fim esperado, qual seja, uma solução justa, satisfazendo a ambas as partes.

1.2 O BENEFÍCIO DO DIÁLOGO NAS RELAÇÕES

Com o intuito de transformação no judiciário e mudando o papel do Estado de intervencionista para um grande incentivador do diálogo entre as partes, será reforçada a comunicação entre os envolvidos, não se abstendo, igualmente, enquanto foco precípua, também a pacificação social.

A justiça consensual atualmente não vem com o mesmo intuito de antes; antes, vem com o objetivo de ser colocada em prática, devendo ser exercida pela figura do juiz, consistindo, assim, em um benefício não apenas para o judiciário, mas para as relações entre os indivíduos.

É um dos métodos que traz um grande renovo e uma nova visão ao judiciário e um novo meio para a solução e para a autocomposição, havendo a substituição da justiça imposta pela justiça consensual.

Em relação ao assunto, destaca o incentivo aos mecanismos para autocomposição com grande excelência ressalta Calmon:

Esse livro apresenta bases científicas para que seja formulada uma política de incentivo aos mecanismos para a obtenção da autocomposição, o que representa uma contribuição para crescimento e mudança social, para vencer a crise da justiça e para consolidar um sistema de efetivas resoluções dos conflitos, reforçando a comunicação entre seus envolvidos, transformando o papel do Estado, que deixa de ser intervencionista para transformar-se em grande incentivador do diálogo, culminando com o fortalecimento do escopo maior: a pacificação social, resguardando o papel natural do juiz estatal e do árbitro, como importantes agentes da heterocomposição (CALMON, 2013, p. 4).

Sendo a conciliação um modo de atingir o acordo, ela tem como principal função reestabelecer o diálogo entre as partes e, ainda, restaurar seus interesses, de forma que estes se encaixem e nenhum interesse sobressaia ao outro.

Sobre o tema, destaca Fernandes:

O objetivo da conciliação não deve ser o acordo, na verdade ele é apenas a consequência natural da conciliação. O ato pode, inclusive, provocar mudanças de atitudes entre as partes, alcançando a pacificação e a formação dos cidadãos para solucionar seus próprios conflitos (FERNANDES, 2008).

Justamente o que foi perdido ou, até mesmo, não foi praticado devido ao conflito é o que se busca alcançar pela conciliação, sabendo que o diálogo é necessário e intrínseco a nossas vidas.

Para se atingir uma vida social harmônica, necessariamente, deve haver o diálogo entre as relações, bem como o entendimento de desenvolver a sua liberdade limitadamente, com fim de respeitar a liberdade do outro. Com isso, é possível estabelecer um convívio harmônico:

A vida social normalmente é harmônica, disposta de modo ordenado, com seus sujeitos procedendo pacificamente, limitando sua própria liberdade para respeitar a liberdade dos demais. Trata-se da convivência humana, que embora não tenha surgido naturalmente, tendo o homem vivido antes em um estado de anarquia, teria sido conquistada [...] (CALMON, 2013, p. 13).

Não há como falar do benefício que o diálogo proporciona sem falar da negociação, sendo ela um dos meios para a obtenção da autocomposição como a mediação e conciliação. Ela vai ser um meio em que não haverá um terceiro para intervir; as partes irão praticar o diálogo com uma conversa direta, apresentando seus interesses.

O homem tem a condição se manifestar, diante de outro seus interesses, condições e propostas e, existindo um interesse em comum envolvido, fica fácil estabelecer um acordo mediante negociação. Logo, é possível propor uma conciliação eficaz para ambos e praticar o diálogo, a fim de, também, ouvir o que o outro tem para expor ou oferecer, atentando-se para entender o outro.

Negociação é o mecanismo de solução de conflitos com vistas à obtenção da autocomposição caracterizado pela conversa direta entre os envolvidos em qualquer intervenção de terceiro como auxiliar ou facilitador. É uma atividade inerente à condição humana, pois o homem tem por hábito apresentar-se diante da outra pessoa envolvida sempre que possui interesse

a ela ligado. Ao apresentar-se para demonstrar seu interesse (pretensão) é sempre possível que seja atendido, não se caracterizando a resistência, não havendo o que falar em conflito. Em decorrência da aproximação para demonstrar a pretensão, é natural que havendo resistência (constituindo-se, então, o conflito) se inicie imediatamente o diálogo (o que já caracteriza a negociação) com vistas à solução do conflito. Trata-se, então, de prática que pode se pessoal e informal, fazendo parte da natural convivência em sociedade (CALMON, 2013, p. 107).

Praticar o diálogo é determinante; por ele, podem-se obter grandes benefícios imediatos, mas, sobretudo, outros tantos identicamente expressivos e duradouros, mediante uma conversa informal, em que não seja imposta a obrigatoriedade do que as partes devem ou não fazer.

Como meio de obtenção da autocomposição, que é um dos objetivos da negociação, serão utilizados os mecanismos de auxílio e facilitação desde um terceiro, que terá o papel de ajudar e possibilitar para que as partes obtenham a aproximação, tirando o enfoque do conflito e remetendo a conversa de forma agradável.

Diante de estudos apontados, é notório que, sem os meios adequados para se adquirir a autocomposição e uma solução amigável, somente podem as partes se valerem do processo judicial em que um terceiro (juiz), por intermédio da lei, irá aplicar o direito, estribando-se do processo, beneficiando alguém em detrimento de outrem. Nesse caso, não será uma situação em que ambas as partes irão entrar em um acordo adequado para que as duas se satisfaçam.

Para Petronio Calmon:

Não sendo pacífico o meio buscado para a solução dos litígios, ou seja, necessitando alguém de fazer valer a força para impor seus direitos, somente pode fazê-lo de acordo com a lei, utilizando-se dos meios por ela previstos. Para privar alguém de qualquer bem de vida valendo-se de meio coercitivo, somente o processo disciplinado pela lei é aceito e pode ser utilizado em um Estado democrático de direito (CALMON, 2013, p. 4).

Na qualidade de expediente benéfico e pacífico para restauração do diálogo, economizando tempo e não necessitando de alguém que precise fazer valer a força por meio de lei, ambos manterão, pois, o intuito de, amigavelmente, resolverem o conflito.

1.3 CONCEITO DE MEDIAÇÃO

A mediação é uma prática que ocorre fora do judiciário e do controle do mesmo, em que um terceiro, imparcial, atuará com métodos sequenciais, sem dar a sua própria opinião,

porém conduzindo a negociação entre as partes; estas, por sua vez, denominadas mediandos, irão, por vontade própria, aceitar ou escolher o mediador, cuja responsabilidade é apresentar explicações, sequenciar narrativas e escutar, de forma intermitente, ambos os lados da demanda. Mais uma vez, voltando à ótica de Vasconcelos, tem-se que:

Mediação é método dialogal 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, sequenciando com narrativas e escutas alternadas dos mediandos, recontextualizações e resumos do(s) mediador(es), 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 alternativas mais consistentes, de modo que, havendo consenso, seja concretizado o acordo (VASCONCELOS, 2014, p. 54).

Como método alternativo de solução de conflitos, a mediação, segundo Petronio Calmon, se dá pela participação de um terceiro que ajudaria na realização do acordo, de forma informal, porém ordenado:

À inclusão de um terceiro, imparcial, na negociação, dá-se o nome de mediação, que é, pois, um mecanismo para a obtenção da autocomposição, caracterizado pela participação de um terceiro imparcial que auxilia, facilita e incentiva os envolvidos à realização de um acordo. Em outras palavras, mediação é a intervenção de um terceiro imparcial e neutro, sem qualquer poder de decisão, para ajudar os envolvidos em um conflito a alcançar voluntariamente uma solução mutuamente aceitável. A mediação se faz mediante um procedimento voluntário e confidencial, estabelecido em método próprio, informal, porém coordenado (CALMON, 2013, p. 113).

Mediação é o termo utilizado para descrever um conjunto de práticas elaboradas para ajudar as partes na controvérsia, caracterizando-se pela participação de um terceiro, imparcial, que apoia na comunicação e favorece as escolhas voluntárias para a resolução (CALMON, 2013, p. 114).

Ademais, a mediação é definida por métodos elaborados e comprovados, embora não possua formas rígidas, e suas principais características são a cooperação, a confidencialidade, a ênfase no futuro e a economia de dinheiro, tempo e energia.

Seguindo com a compreensão de Petronio Calmon (2013), o benefício em relação às práticas que amparem as partes na solução da controvérsia, dentre as condutas que o mediador deve ter, envolve:

[...] como características do mediador: integralidade e imparcialidade comprovadas, conhecimento básico e confiança no processo de barganha coletiva, uma fé firme na vontade, em contraste com a autoridade, uma crença básica nos valores e potencialidades dos indivíduos, moderada pela capacidade para avaliar debilidades e fortalezas pessoais, uma capacidade inata para obter o possível, em contraste com o desejável e suficiente impulso e ego, todos qualificados pela vontade de se discreto (CALMON, 2013, p. 118).

A compreensão das partes orquestrada pelo mediador possibilita que ambas se escutem, constituindo parcela do objetivo do mediador que ambas se reconheçam e se entendam, hierarquizando seus próprios interesses:

O mediador tem por objetivo permitir que as partes se escutem e compreendam a si mesmas e entre si, reconheçam, entendam e hierarquizem seus próprios interesses e necessidades, enunciem, junto com o mediador, opções que permitam chegar a um acordo justo, implementável e durável, mas tão flexível quanto seja necessário para preservar a possibilidade de futuros ajustes de suas cláusulas (CALMON, 2013, p. 114).

O papel deste é de transmissor de informações, criador de opções, reformulador e instituidor de canais de comunicação. Todos os meios necessários para o auxílio de que as partes irão necessitar para reestabelecerem o mediador irá proporcionar, não impondo a justiça nem opinando, mas ajudando a solucionar, ainda que ambos os lados não cheguem a um acordo. Nessa perspectiva, esclarece pontuando as principais características da mediação e do mediador, estabelecendo seus mecanismos:

A mediação tem como principal característica propiciar oportunidades para a tomada de decisões pelas partes em conflito, utilizando técnicas que auxiliam a comunicação no tratamento das diferenças de forma construtiva e interativa. O mediador (ou mediadores, se mais de um), quando atua utilizando as técnicas da mediação transformativa, tem a função de aproximar as partes para que elas negociem diretamente a solução desejada de sua divergência. A mediação constitui um recurso eficaz na solução de conflitos originados de situações que envolvam diversos tipos de interesses. É processo confidencial e voluntário, em que a responsabilidade pela construção das decisões cabe às partes envolvidas. Diferente da arbitragem e da jurisdição, em que a decisão caberá sempre a um terceiro. Sua aplicabilidade abrange todo e qualquer contexto de convivência capaz de produzir conflitos, sendo utilizada, inclusive, como técnica em impasses políticos e étnicos, nacionais ou internacionais, em questões trabalhistas e comerciais, locais ou dos mercados comuns, em empresas, conflitos familiares e educacionais, meio ambiente e relações internacionais. Entre os principais benefícios desse recurso, destacam-se a rapidez e efetividade de seus resultados, a redução do desgaste emocional e do custo financeiro, a garantia de privacidade e de sigilo, a facilitação da comunicação e promoção

de ambientes cooperativos, a transformação das relações e a melhoria dos relacionamentos (WALDO, 2004, p. 19).

Almeida (2001, p. 46), por seu turno, anuncia e difunde que “A mediação é um processo orientado a conferir às pessoas nele envolvidas a autoria de suas próprias decisões, convidando-as à reflexão e ampliando alternativas”; já outros autores, equitativamente estudiosos do tema, enfatizam na prática em questão a tendência e predisposição à resolução de conflitos.

Há, ainda, vertentes que destacam o acordo entre as partes, de tal forma que a mediação teria como objetivo principal justamente esse fim.

Retornando à Almeida (2001), a autora argumenta à luz do fator comunicação; logo, para ela, a mediação singulariza o meio de proporcionar uma melhor comunicação entre as pessoas em conflito, salientando, também, a transformação, de modo que a mediação transformativa traduz-se enquanto mais destacada, não importando se as pessoas chegam a um acordo ou não. E acrescenta que o processo de mediação é complexo, podendo comportar os conceitos de “resolução de conflitos” (ou gestão de conflitos), “acordo”, “comunicação”, “transformação”. Por isso, não deve ser dividido de forma simplista, atado, unicamente, a um desses conceitos.

A expressão e pertinência de ambos os métodos, mediação e conciliação, na resolução de conflitos integram dois recursos preponderantes a serviço da aplicação da justiça.

A mediação, como já mencionado, é uma forma de solução de conflitos em que uma terceira pessoa, neutra e imparcial, facilita o diálogo entre as partes, para que elas construam, com autonomia e solidariedade, a melhor solução para o problema. Em regra, recorre-se a ela em conflitos multidimensionais ou complexos.

Além disso, corresponde a um procedimento estruturado, não tem um prazo definido e pode terminar ou não em acordo, pois as partes têm autonomia para buscar soluções que compatibilizem seus interesses e suas necessidades.

A Lei 13.140/15, em seu art. 1º, parágrafo único, define, expressamente, o conceito de mediação:

Art. 1º 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.

O mediador, no CPC/15, é tratado como auxiliar da justiça, assim como escrivães, peritos e tradutores. Como atividade técnica, a mediação traz à consciência dos mediados, isto é, dos corresponsáveis pela solução da disputa, as principais questões sobre a existência do conflito, propiciando um espaço comunicacional, conversacional, facultando um modo apreciativo de interação, por meio do diálogo, de forma que os litigantes possam construir o consenso e resolver suas pendências.

A partir do seu conhecimento técnico, o mediador contribuirá, consideravelmente, para o esclarecimento das questões que envolvem o litígio.

1.4 CONCEITO DE CONCILIAÇÃO

Entendida como um mecanismo cujo enfoque está na conquista da autocomposição com o auxílio e o incentivo, similarmente basilar, de um terceiro sujeito, imparcial, Petronio Calmon aprecia:

Entende-se como conciliação a atividade desenvolvida para incentivar, facilitar e auxiliar a essas mesmas partes a chegarem a um acordo, adotando, porém, metodologia que permite a apresentação de proposição por parte do conciliador, preferindo-se, ainda, utilizar este vocábulo exclusivamente quando esta atividade é praticada diretamente pelo juiz ou por pessoa que faça parte da estrutura judiciária especificamente destinada a este fim (CALMON, 2013, p. 132).

Já Klícia Roxana Alves Fernandes, de sua parte, complementa:

O objetivo da conciliação não deve ser o acordo, na verdade ele é apenas a consequência natural da conciliação. O ato pode, inclusive, provocar mudanças de atitudes entre as partes, alcançando a pacificação e a formação dos cidadãos para solucionar seus próprios conflitos (FERNANDES, 2008).

O propósito primevo da conciliação encontra-se, pois, em auxiliar os cidadãos na solução de seus conflitos. Mantendo características próprias, apresenta-se como a busca do bem comum, por meio de um acordo elaborado pelas próprias partes litigantes, mediante uma conversa simples, informal.

Nesse colóquio, as partes são orientadas por um conciliador (terceiro), neutro e imparcial, o qual tem por prerrogativa sugerir um possível acordo após realizar uma criteriosa avaliação das vantagens e desvantagens que tal proposta traria a ambas as partes.

Conforme aponta Taís Schilling Ferraz:

Na conciliação, diferentemente, não existem vencedores nem perdedores. São as partes que constroem a solução para os próprios problemas, tornando-se responsáveis pelos compromissos que assumem, resgatando, tanto quanto possível, a capacidade de relacionamento. Nesse mecanismo, o papel do juiz não é menos importante, pois é aqui que ele cumpre sua missão de pacificar verdadeiramente o conflito (FERRAZ, 2016).

Em se tratando de reconstrução das relações, há de se falar no perdão “[...] e na dificuldade em se lidar com a ideia do mesmo nos âmbitos jurídico e político, pelo fato de que o perdão tem natureza teológica que não se pode desconsiderar” (MIGLIORI, 2007, p. 11).

E prossegue a autora em questão:

A questão do perdão, no âmbito jurídico, ressurgiu hoje na chamada *justiça de transição*. A justiça de transição refere-se a sociedades que, após um período de violência generalizada, necessitam de um processo para restabelecer suas condições normais de funcionamento. Torna-se necessário purgar o passado para reconstruir uma sociedade desfigurada pela violência. A justiça de transição tem como fio condutor a ideia de perdão, pois se torna necessário utilizá-lo em muitas situações (MIGLIORI, 2007, p;10).

A conciliação resolve tudo em um único ato, sem necessidade de produção de provas. Assim, quanto ao custo, é módico uma vez que as partes evitam gastos com documentos e deslocamentos aos fóruns. Além disso, costuma ser altamente eficaz, já que as próprias partes chegam à solução dos seus conflitos, sem a imposição de um terceiro (juiz). E, em derradeiro, é pacífica, por se tratar de um ato espontâneo, voluntário e de comum acordo entre os litigantes.

Não existe um significado específico para a conciliação na língua portuguesa, contudo, no âmbito processual, esta propicia a obtenção da autocomposição ou, mesmo, a indicação desta; note-se, pois, que ela não tem somente o objetivo da autocomposição, antes, pode valer-se dela para indicá-la.

Nessa seara, segundo o entendimento de Petronio Calmon:

Todavia, a palavra conciliação não encontra significado único na língua portuguesa, pois enquanto no direito processual significa a atividade desenvolvida com vistas à obtenção da autocomposição, muitas vezes é utilizada para indicar a própria autocomposição, com resultado da atividade e não somente como a atividade tendente a este resultado (CALMON, 2013, p. 133).

Admitida como meio de autocomposição, serão o juiz ou a pessoa que é fiscalizada ou orientada pela estrutura judicial que irão auxiliar com uma participação efetiva na proposta

da solução do conflito, viabilizando, por meio desse método, a solução do conflito, concretamente apresentado pelas partes nas suas petições.

A esse respeito, elucida-se, ainda, que:

Conciliação é, pois, um mecanismo de obtenção da autocomposição que, em geral, é desenvolvido pelo próprio juiz ou por pessoa que faz parte, é fiscalizada ou é orientada pela estrutura judicial; e que tem como método a participação mais efetiva desse terceiro na proposta de solução, tendo por escopo a só solução do conflito que lhe é concretamente apresentado nas petições das partes (CALMON, 2013, p. 134).

Entende-se que o suporte e a facilitação para que as partes cheguem a um acordo com a ajuda de um conciliador ensejarão adotar referida metodologia, permitindo a apresentação de proposição deste (juiz ou pessoa destinada que faça parte da estrutura judiciária). Dessa forma:

Se, por um lado, denomina-se autocomposição judicial a solução do conflito praticada pelas próprias partes envolvidas quando há posterior homologação judicial, entende-se como conciliação a atividade desenvolvida para incentivar, facilitar e auxiliar a essas mesmas partes a chegarem a um acordo, adotando, porém, metodologia que permite a apresentação de proposição por parte do conciliador, preferindo-se, ainda, utilizar este vocábulo exclusivamente quando esta atividade é praticada diretamente pelo juiz ou por pessoa que faça parte da estrutura judiciária especificamente destinada a este fim (CALMON, 2013, p. 132).

1.5 DIFERENÇA ENTRE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO E SEUS BENEFÍCIOS

Consoante enfoque adotado por Vasconcelos (2014), tendo em vista a conciliação ser mais indicada quando já há uma identificação evidente do problema, em sendo tal imbróglio verdadeiramente a razão do conflito, não será a falta de comunicação a responsável por impedir o resultado positivo.

Diferentemente do mediador, o conciliador tem a prerrogativa de sugerir uma solução. Essa polarização pede uma intervenção de seu agente no sentido de um acordo justo para ambas as partes e no estabelecimento de como esse acordo será cumprido. Causas trabalhistas costumam ser um objeto em que a conciliação atua com eficiência.

Outro ponto a salientar está em que, na mediação, visa-se a recuperar o diálogo entre as partes, motivo pelo qual são precisamente elas que decidem.

As técnicas de abordagem do mediador tentam, primeiramente, restaurar o diálogo para que, posteriormente, o conflito em si possa ser tratado. Somente depois se pode chegar à

solução. Na mediação, não é necessária a interferência; ambas as partes chegam, sozinhas, a um acordo, mantendo-se autoras de suas próprias soluções.

A conciliação, no que lhe concerne, é um método eleito em conflitos mais simples, ou restritos, nos quais o terceiro facilitador pode adotar uma posição mais ativa, porém neutra com relação ao conflito e imparcial. É um processo consensual breve, que busca uma efetiva harmonização social e a restauração, dentro dos limites possíveis, da relação social das partes.

As duas técnicas são norteadas por princípios como informalidade, simplicidade, economia processual, celeridade, oralidade e flexibilidade processual.

Os mediadores e conciliadores atuam ajustados aos princípios fundamentais estabelecidos na Resolução 125/2010: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação.

Qualquer uma das partes pode comunicar ao tribunal, em que o processo tramita, a intenção de conciliar, ou seja, a vontade de buscar um acordo. Dessa forma, é agendada uma audiência, na qual as partes terão o apoio de um conciliador pleiteando soluções para seus conflitos. Para tanto, as partes podem ou não estar acompanhadas de advogados autorizados a ajudar nos esclarecimentos jurídicos.

Vale especificar que, versando sobre ações que tramitam na Justiça Federal, Justiça Estadual ou na Justiça do Trabalho, em havendo o interesse no acordo, é possível o acesso aos Núcleos ou Centros de Conciliação do estado ou município.

A mediação, assim, tenciona estabelecer ou reviver o que ambas as partes tinham perdido no decorrer do desentendimento causador do conflito, reestabelecendo a relação momentânea e futura, resgatando o diálogo que havia se perdido no momento do conflito.

Conciliação e mediação são atividades distintas, porém dotadas de características comuns. De um lado, a mediação representa uma prática realizada fora do âmbito e do controle do poder judiciário; de outro, a conciliação é exercida pelos próprios juízes.

Vejamos o que alinha Petronio Calmon:

Trata-se de duas atividades distintas, mas que apresentam características em comum. Conforme já se disse, considera-se, em geral, mediação, a prática realizada fora do âmbito e do controle do poder judiciário, enquanto a conciliação é uma atividade que, se não exercida diretamente pelos juízes, é por eles controlada, organizada, fiscalizada, ou, no mínimo, orientada (CALMON, 2013, p. 134).

Muito embora se processem em locais diferentes, mediação e conciliação apresentam

principal diferença nos métodos adotados: 1) autocomposição e acordo, no caso da conciliação; e 2) administração do procedimento possibilitando o diálogo, na mediação. Eis:

Todavia a principal distinção entre os dois mecanismos não reside em seus dirigentes, mas sim no método adotado: enquanto o conciliador manifesta sua opinião sobre a solução justa para o conflito e propõe os termos do acordo, o mediador atua com um método estruturado em etapas sequenciais, conduzindo a negociação entre as partes, dirigindo o “procedimento”, mas abstendo-se de assessorar, aconselhar, emitir opinião e de propor fórmulas de acordo (CALMON, 2013, p. 134).

A principal distinção entre os dois expedientes não está nas pessoas que os dirigem, mas, sim, nos métodos, nas formas e nos mecanismos adotados para cada um deles, utilizados como meio para atingir seus objetivos.

Uma vez que, na conciliação, é expressa a opinião do conciliador para uma solução justa e um acordo entre as partes, na mediação, ocorre o inverso. Nela, o mediador não impõe sua opinião; antes, somente conduz o ato, com mecanismos hábeis ao procedimento, propondo fórmulas de acordo.

São pontos relevantes de incentivo à mediação a rapidez, a confidencialidade, os custos menores, a grande possibilidade de êxito e qualidade da decisão acordada. O mediador não estará com intuito de opinar, mas dar possibilidades para as partes manifestarem seus interesses, oportunizando a compreensão.

É destacado, também, o benefício nos fatores políticos naquilo que se refere à participação da sociedade em decisões importantes, sendo ressaltado o valor da possibilidade da participação social:

Além das vantagens já apresentadas (rapidez, confidencialidade, menores custos, grande possibilidade de êxito e qualidade da decisão acordada), não de ser considerados, ainda, os fatores políticos de um programa de mediação, sobretudo no que diz respeito à participação da sociedade nas decisões importantes sobre os conflitos em seu inter-relacionamento. Considerando que a participação social é um dos escopos do processo, ainda distante de ser plenamente atingido, torna-se claro que ao serem oferecidas diversas alternativas à solução dos conflitos, amplia-se a possibilidade de participação social no sistema de decisões (CALMON, 2013, p. 119).

A mediação torna exequível a participação da sociedade no processo, nas decisões importantes referente aos conflitos, viabilizando inúmeras alternativas para resolução, que são os fatores políticos de participação social no sistema de decisões judiciais.

Esclarece que a mediação entre as partes colabora para o princípio da economia processual, uma vez que referido instituto, por ser simples, desburocratizado, é menos oneroso tanto para as partes como para o Estado. Tal princípio propõe-se a evitar a redundância de atos e procedimentos que atrasariam a resolução da lide, sendo a conciliação sua grande aliada.

Há de se considerar, ainda, que a economia processual e o princípio da celeridade andam de mãos dadas, posto que um destina-se a evitar atos repetidos dentro de um processo e o outro tem por fim a rapidez na sua tramitação.

No mais, podemos observar inúmeras vantagens decorrentes da conciliação, tais como: redução do desgaste emocional e das despesas; formulação de soluções adequadas às reais necessidades e potencialidades dos interessados; maior satisfação dos envolvidos; maior rapidez na solução de conflitos, sejam eles pessoais, familiares ou de negócios; desburocratização nas solvências.

Dado que impera a informalidade nas sessões de mediação ou conciliação, há a alternativa da solução do litígio por profissional escolhido pelos interessados, conforme a natureza da questão e a garantia de privacidade e sigilo (CALMON, 2013, p;118).

O CPC (Lei 13.105/2016) preconiza um destaque especial à conciliação, apresentando-a como norma fundamental, estando sempre aliada à celeridade, prevendo e disciplinando sua aplicação em várias circunstâncias, a saber:

Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

[...]

Art. 3º [...]

[...]

§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.

Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

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

Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

§4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia

dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.

Pelo exposto, observa-se que o Novo Código de Processo Civil positiva, bastante objetivamente, onde e quando será aplicada a conversa conciliatória, cabendo aos operadores do direito se adaptarem aos novos tempos, participando, efetivamente, da busca pela pacificação social, sendo esta uma saída de obtermos melhor atuação do Poder Judiciário.

Aos advogados, muitos dos quais resistentes a essa modalidade de solução de conflitos, restará se adaptarem e criarem mecanismos próprios, ou em parcerias, podendo comunicar-se com profissionais especializados de outras áreas do conhecimento (psicólogos, assistentes sociais, terapeutas de família, dentre outros) para o mais diligente desempenho da atividade profissional (PEREIRA, 2015).

Aos Juízes e Promotores de Justiça, será exigida uma mudança de postura, com a aceitação das novas normas que regerão os procedimentos judiciais, de modo que busquem a efetiva pacificação social, atrelando importância às novas técnicas de solução de conflitos (PEREIRA, 2015).

Enquanto ao Estado, restará a responsabilidade de adotar as medidas adequadas e providências financeiras para que o novo sistema de solução consensual de conflitos alcance os objetivos propostos, na busca de uma sociedade mais justa, menos conflituosa, igualitária e pacificada (PEREIRA, 2015).

Por isso, são visíveis os pontos positivos da conciliação, sendo esta utilizada, nos últimos anos, pelo Poder Judiciário brasileiro com grande êxito, contribuindo para redução do congestionamento processual no judiciário, mitigando consideravelmente o número de feitos nos fóruns e tribunais, tendo solucionado os problemas das partes interessadas no litígio (VAZ, 2015).

A Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça que, em novembro de 2010, instituiu a criação de núcleos e centros de solução de conflitos em todos os tribunais brasileiros, dispôs, em seus artigos 9º e 12, sobre o treinamento, a capacitação e a reciclagem dos envolvidos no processo de implementação dessa prática – mediação judicial –, passando, assim, a entender a capacitação como critério para a atuação judicial de mediadores e conciliadores.

A mediação, como espécie do gênero justiça consensual, poderia ser definida como a forma ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal. Compreende um

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

É tida a mediação como um meio de interferência para um conflito, de tal modo que o terceiro (mediador), com poder de decisão, amparará as partes a entrarem em um acordo, mútuo, buscando o contentamento de ambas, para que nenhuma saia prejudicada.

A negociação é essencial para que exista mediação, seja no ambiente formal (judiciário) ou no informal (fora do judiciário); nela, um terceiro, ciente dos procedimentos, irá participar com confidencialidade, uma de suas características considerada como principal.

De acordo com Calmon:

Para que haja mediação, as partes devem negociar. Portanto, ou a mediação interfere em uma negociação sem perspectiva de resultado positivo, ou interfere em uma disputa sem diálogo com vistas a proporcionar o início de uma negociação profícua. A mediação é essencialmente a negociação em que se insere um terceiro que conhece os procedimentos eficazes de negociação e pode ajudar os envolvidos a coordenar suas atividades e ser mais eficaz em seu desiderato. Sem negociação não pode haver mediação (CALMON, 2013, p. 113).

E apenas:

A confidencialidade na mediação é uma de suas características mais importantes, constituindo-se no maior dever do mediador, que nunca poderá revelar o que se passou nas audiências. A confidencialidade não se limita ao conteúdo das reuniões, mas se estende à própria mediação em si, ou seja, a mediação não é divulgada, outras pessoas não sabem que está havendo uma mediação entre duas pessoas ou empresas (CALMON, 2013, p. 116).

A mediação encerra um mecanismo autocompositivo de solução de conflitos, podendo ser extrajudicial ou judicial (a classificação indica o momento em que ela se dá – antes ou durante o processo judicial). Ademais, conta com a participação de um terceiro, imparcial e capacitado, que, orientado pelo diálogo entre as partes envolvidas, escuta, ativamente, conduz a discussão e, a partir do apresentado, passa, se for o caso, a equacionar soluções compatíveis com o interesse das partes ou, ainda, uma vez apresentada alternativa viável pelos próprios pleiteantes, acaba por conduzir tal decisão para que ela realmente reflita o interesse dos litigantes.

Quanto à conciliação, isto é, em relação ao sistema previsto pela Lei 9.099, de 1995, encontram-se presentes duas qualidades precípuas que são de extrema importância na sua prática:

[...] a realização em um ambiente judiciário e a busca de uma solução objetiva para o conflito. A técnica da conciliação, como se viu no capítulo apropriado, é do tipo “vapt-vupt”, com proposta formalmente formulada, aceitação e homologação (CALMON, 2013, p;113).

Caracteriza-se como uma forma célere de solução do conflito, buscando a resolução de uma maneira a evitar o desgaste das partes, mediante um acordo rápido e eficaz.

No ordenamento jurídico brasileiro, a conciliação vem sendo utilizada, amplamente, no processo civil, na área familiar e, especialmente, na Justiça do Trabalho e nos Juizados Especiais. A conciliação poderá oportunizar um acordo livre e responsável, portanto, com maior possibilidade de cumprimento.

A Lei 13.140, de 26 de junho de 2015, reputou qualidade ao ordenamento atual, aduzindo valor às relações sociais, revelando-se fundamentada em novo procedimento de incentivo para uma renovada prática a ser exercida no judiciário.

Os conflitos podem ser resolvidos de uma maneira mais rápida, usando os meios alternativos para resolução, dentre eles a mediação e conciliação, havendo a contingência do acordo em apenas uma audiência.

Com a mediação e conciliação, é presumível a satisfação de ambas as partes, sem que nenhuma delas saia prejudicada; enquanto que, ao ingressar com a ação no judiciário, isso, provavelmente, não seria possível, uma vez que, habitualmente, uma das partes não resta contentada.

Existe a chance das partes entrarem em um acordo, com a ajuda de uma terceira pessoa, imparcial, que irá facilitar para que se consiga chegar, da melhor forma, a um acordo que atenda a ambas, descortinando a situação como factível de resolução, estabelecendo o diálogo entre os pleiteantes.

Não existe impedimento algum em relação à mediação e à forma de autocomposição e resolução de conflitos; pelo contrário, o novo CPC, de 2015, veio com o foco na mediação e conciliação, estabelecendo, por meio da Lei da Mediação, 13.140/2015, a importância da mesma e a realização da audiência como regra:

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.
§1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na

na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária.

§ 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes. (BRASIL, 2015)

O juiz, a seu turno, marcará audiência de conciliação e, em esta não sendo frutífera, compreendendo a necessidade de outra oitiva, poderá agendar novo ato; em outras palavras, portanto, o juiz deve estimular, ao máximo, os procedimentos de mediação e conciliação.

Sendo inevitável a autocomposição das partes, é permitido tentar, mais de uma vez, destinando a sessão à mediação e à conciliação, para que se possa entrar em acordo, estabelecendo a melhor forma de atingir o intento maior que se resume na resolução do conflito.

Então, o propósito é a prática do diálogo e do acordo, mesmo que isso não atinja plenamente sua eficácia na primeira audiência; compete ao juiz consubstanciar o rito para que as partes a se acordem cumprindo os requisitos previstos na lei.

A mediação e a conciliação têm como escopo a resolução, célere, do conflito, estabelecendo o diálogo e possibilitando a autocomposição com mecanismos próprios, constituindo-se formas de trabalho e oportunidade para atuação no judiciário.

Tendo em conta a força e o incentivo que o CPC/2015 está proporcionando ao tema, delibera-se colocar em prática a solução consensual, a autocomposição e o acordo.

Sublinha-se que o legislador estabelece, no art. 3º, § 3º, do CPC, que a conciliação e a mediação serão estimuladas por juízes, advogados, defensores e membros do Ministério Público, inclusive durante o curso do processo:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§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. (BRASIL, 2015)

Assim como todas as demais legislações, o CPC/2015 também é baseado na Constituição Federal, respeitando seus princípios. Reputando tal atributo, o legislador sustentou suas análises, destacando, sobretudo, a solução consensual, em função da necessidade das partes e, até mesmo, da satisfação de ambas.

A figura do juiz, dos membros do Ministério Público, dos advogados e defensores exercerá o papel de auxiliares, proporcionando e incentivando as partes a sentarem e conversarem, facultando a harmonia, dispensando, para isso, toda uma formalidade, de um terceiro, que dita às leis, estando, frente a frente, as partes e os mediadores e/ou conciliadores, não se delineando hierarquia; ou seja, os litigantes terão os conciliadores e/ou mediadores por assessores e facilitadores na resolução do conflito em pauta.

CAPÍTULO 2 – ACESSO À JUSTIÇA

2.1 A CRISE DA JUSTIÇA

Por meio do processo, a jurisdição tem por fim tanto atingir a pacificação social quanto atender às garantias previstas na Constituição Federal. Com intuito de observar tais propósitos, são inventariados vários atos complexos, facultando aos interessados participarem juridicamente. Nesse diapasão, sopesa-se que:

O processo é o método pelo qual a jurisdição atinge sua finalidade de pacificação social e ao mesmo tempo a garantia do indivíduo de que sua esfera de bens e direitos não será atingida arbitrariamente. Por esta razão, há de atender às garantias estabelecidas na Constituição Federal e para atendê-las é estruturado em uma série de atos complexos, com ampla possibilidade de participação de todos os juridicamente interessados (CALMON, 2013, p. 37).

E em reação a todas essas garantias, com fito no seu cumprimento, a ação é complexa e cheia de formalidades, fazendo longa a relação jurídica e processual; nesse ínterim, muito embora as partes queiram se ver longe uma da outra, desejam, vigorosamente, que o conflito seja resolvido.

Diante disso, o processo representa uma ação de expressivo custo financeiro e de veras duradoura, implementos não mais admitidos pela sociedade há algum tempo. Então, a efetividade do procedimento em si passa a ser questionada, posta na berlinda, uma vez que envolve morosidade e altos dispêndios, ocasionando mais frustração ao invés da ansiada solução.

Essas ideias, naturalmente, se referem à jurisdição estatal e por causa delas se costuma dizer que para atender a todas as citadas garantias, o processo judicial estatal precisa ser repleto de atos e formalismos; precisa ser complexo e sustentar-se em pesada estrutura. Isso faz com que se mantenha longa a relação jurídico-processual, quando as partes, na verdade, gostariam de ver-se distantes uma da outra, com o conflito resolvido (CALMON, 2013, p. 38).

E continuando com Calmon:

Tudo isso faz com que o exercício da jurisdição tenha um custo muito elevado, tanto em relação a dinheiro quanto a tempo, o que a sociedade não mais admite. Não há quem defenda o antigo brocardo “a justiça tarda mais não falha”. A sociedade clama por um processo efetivo, que proporcione

resultados no tempo necessário. Vem de muito a crítica sobre a morosidade da justiça. A efetividade do processo desaparece quando ele é caro e moroso, quando não há possibilidade efetiva de buscar a solução judicial, ou quando o tempo decorrido até a decisão é de tal monta que a torna obsoleta, desnecessária ou de qualquer outro modo ultrapassada, Justiça lenta é “*denegata giustizia*” (CALMON, 2013, p. 38).

É unânime a constatação da desproporção entre a quantidade de processos e a quantidade de conflitos a resolver. Com isso, conclusões precipitadas são apresentadas resumindo a “crise” a esse simples aspecto, o que é tão desastroso quanto à própria crise que se analisa. Os casos examinados são apreciados, vivenciados e conhecidos por todos e estudados, com profundidade, por grandes juristas. Contudo, é imprescindível que o tema seja perscrutado com maior cautela, indicando-se os principais causadores dessa crise:

Os problemas do judiciário são conhecidos e vivenciados por todos, são analisados em profundidade por juristas de renome, mas sente-se falta de pesquisas apropriadas que indiquem os principais fatores da crise no Brasil, o que dificulta a identificação adequada de propostas profiláticas (CALMON, 2013, p. 39).

Isso e também o fato da quantidade de processos sob a responsabilidade do judiciário é relatado como um importante fator de tensão na ação do judiciário:

[...] É, igualmente, evidente, que a assustadora quantidade de processos sob a responsabilidade do poder judiciário é um fator que, ainda que não único, é o que mais impressiona e angustia. Por tais razões, buscam-se soluções que visem a diminuir os efeitos da crise, sobretudo mediante a redução de processos e a supressão e simplificação de atos processuais (CALMON, 2013, p. 42).

Nesse sentido, é importante destacar que o processo é o meio pelo qual a jurisdição tem como foco a pacificação social, enquanto uma garantia que o indivíduo possui para que sua esfera de bens e seus direitos não sejam atingidos.

Entendendo dessa forma, não há como não atender às garantias estabelecidas na Constituição Federal, daí, pois, ser justamente por isso que o processo requer vários procedimentos complexos, que demandam tempo em razão da possibilidade da participação de todos os envolvidos.

A Constituição de 1988 conduziu privilégios e isenções que são tidos como garantias aos cidadãos, como é possível notar em seu art. 1º e parágrafo único; contudo, essa garantia não é apenas legal, mas, sim, faz parte do estado democrático de direito.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

Parágrafo único. Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Em consequência desses privilégios aos cidadãos, isto é, de garantias previstas na Constituição Federal de 1988, houve o aumento dos processos no judiciário, uma vez que se tornou acessível a possibilidade de fazer valer os direitos.

E, devido a isso, sobrelevaram-se os conflitos pelos obstáculos econômicos, sociais, políticos e jurídicos, ao acesso à justiça, configurando-se um dos fatores causadores da qualificada “crise da justiça”:

Não há consenso ao especificar as causas e muito menos ao indicar soluções para a *crise da justiça*, mas é unânime a constatação da desproporção entre a oferta de serviços e a quantidade de conflitos a resolver. Conclusões precipitadas são apresentadas resumindo a “crise” a esse simples aspecto, o que é tão desastroso quanto a própria crise que se analisa. Em realidade, outros fatores devem ser considerados, desde a existência de uma massa de conflitos represada pelos obstáculos econômicos, sociais, políticos e jurídicos ao acesso á justiça, até a baixa qualidade do serviço judicial, destacando-se a necessidade de se oferecer o serviço *justiça* da forma mais ampla possível, com a utilização dos diversos mecanismos desenvolvidos para essa finalidade (CALMON, 2013, p. 03).

Com base nas realidades sociais que existem, e uma grande proporção de conflitos, é destacado que o serviço “justiça” deve ser oferecido de forma mais ampla, com o intuito da utilização de diversos mecanismos para esse fim.

2.2 ACESSO EFETIVO À JUSTIÇA

O acesso à justiça, enquanto direito fundamental e o direito mais básico dos direitos humanos, tem protagonizado discussões, a fim de se corrigir o processo judicial com fidelidade aos fundamentos democráticos, colocando em prática o que é previsto em lei.

Para Carlos Eduardo de Vasconcelos (2014), o acesso à justiça não é somente um direito social fundamental, ele é também o foco da processualística moderna, garantindo o alcance efetivo do judiciário e não apenas prevendo iguais direitos a todos. Assim esclarece:

Tem-se discutido, amplamente, o direito a um efetivo acesso à justiça, encarado por alguns como o mais básico dos direitos humanos. Esse direito

está consubstanciado como fundamental nas constituições político-jurídicas dos Estados Democráticos de Direito. Um movimento pelo efetivo acesso à justiça busca, de plano, corrigir o processo judicial, visando à fidelidade aos seus fundamentos democráticos (VASCONCELOS, 2014, p. 77).

Apensado o parecer de Cappelletti e Garth (apud VASCONCELOS, 2014, p. 77-78):

O acesso à justiça pode, portanto, conforme Cappelletti e Garth, 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 central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.

Portanto, deve ser garantido o acesso efetivo, com o intuito de correção, com base na ciência jurídica moderna e nos fundamentos democráticos, ditando-se os direitos dos indivíduos e garantindo o estabelecido em lei.

Foram distinguidas três iniciativas para efetividade do acesso à justiça, tidas como as mais básicas, relacionadas ao obstáculo econômico, organizacional e processual, para possibilitar, viabilizar e combater os entraves:

Três iniciativas ou ondas foram vistas, inicialmente, como as mais básicas no sentido da efetividade do acesso à justiça: a primeira intenta frustrar o obstáculo econômico na fruição dos direitos humanos, o que se viabiliza pela assistência judiciária gratuita para as pessoas de baixa renda. A segunda tem por finalidade combater o obstáculo organizacional, possibilitando a defesa de interesses de grupo, difusos ou coletivos, por meio das ações populares ou coletivas. Já a terceira onda, objetiva combater o obstáculo processual de acesso à justiça, mediante a expansão e o reconhecimento dos direitos humanos, por todos os meios que reduzam o congestionamento crônico dos sistemas judiciários internos da maioria dos estados (VASCONCELOS, 2014, p. 78).

No que obste o acesso à justiça, são mencionadas essas três ondas, ligadas, diretamente, com os direitos constitucionais previstos; nesse caso, importante haver um conhecimento aprofundado e expandido não somente em reconhecimento para o combate ao obstáculo processual, mas, também, aos direitos humanos como fundamento jurídico e político:

Somos fundamentalmente iguais pela nossa origem e pelo nosso destino.

Iguais na nossa natureza humana. Ter ou não ter bens não implica se mais ou ser menos humano. A igualdade está relacionada a dignidade humana. Não se trata de igualdade absoluta, mas de igualdade de tratamento jurídico e de oportunidades (VASCONCELOS, 2014, p. 121).

A dignidade é dada na mesma porção, para todos, assim como a igualdade, não podendo alguém ser superior a outrem em direitos ou dignidade; em sendo iguais, por origem e destino, não sejam permitidos privilégios.

Porém, não está ligada, objetivamente, à igualdade absoluta; antes, à possibilidade de um tratamento igualitário jurídico e de oportunidades, invariavelmente, sem exceção ou distinção econômica.

2.3 CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO JUDICIAL CONSOANTE O PL 8.046/2010

Para incentivo e em benefício das partes, de seus defensores e do judiciário, foi elaborado o Projeto de Lei do Novo CPC, o PL 8.046/2010, aprovado e validado pela Lei 13.105, de 16 de março de 2015, desde o qual se reconhece a Mediação e a Conciliação enquanto deveres de magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público. No tocante à questão,

No Capítulo I (Das Normas Fundamentais do Processo), dispõe o art. 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º. É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 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 magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial (VASCONCELOS, 2014, p;86).

Com o CPC/2015, operou-se a mudança com foco na Mediação e Conciliação, para fim da exploração ao conflito, e o foco no acordo, na autocomposição e resolução pacífica com o menor desgaste possível das partes, com intuito de auxílio no judiciário e fora dele. É dever fomentar a Conciliação, Mediação, bem como outros métodos de resolução consensual no curso do processo judicial e não somente antes do ingresso no judiciário.

No que diz respeito ao procedimento em si, a novidade marcante está em que o primeiro diálogo já se prospecta com o objetivo de soluções consensuais, com destaque no estímulo do contraditório, cooperando com o dever dos operadores do direito e com a satisfação da efetividade da justiça e cidadania. Nas palavras do estudioso:

Entendemos como relevantes as novidades trazidas relativamente à conciliação e à mediação, especialmente porque inseridas numa proposta processual que contempla o primado do diálogo por soluções consensuais, com destaque, também, para o estímulo ao contraditório cooperativo como dever de todos os operadores do direito, com vistas no princípio da efetividade da justiça e à maior satisfação da cidadania. No Capítulo I do Título IV, consta o art. 118, que dispõe sobre os poderes, deveres e responsabilidade do juiz, como segue: “o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste código”, incumbindo-lhe, consoante o inciso V, “promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente como auxílio de conciliadores e mediadores judiciais” (VASCONCELOS, 2014, p. 86-87).

A responsabilidade do juiz em relação às mudanças é determinante, pois sua conduta redundará naquilo que o código estabelece, com o objetivo de promover, a qualquer tempo, a autocomposição, com ajuda e auxílio dos mediadores e conciliadores.

Há poderes e deveres incumbidos ao juiz, enquanto responsável por incentivar o diálogo, buscando soluções consensuais, propondo às partes o acesso à autocomposição e, igualmente, a soluções via Conciliação e/ou Mediação.

A preferência pelo encaminhamento de processos para os conciliadores e/ou mediadores capacitados não vai se tratar de condições intuitivas, pelo fato de existirem vários processos na competência dos juízes no Brasil.

Nesse prisma, Vasconcelos sustenta que,

Com efeito, como não cabem condições meramente intuitivas desses procedimentos e como os juízes, no Brasil, cuidam de milhares de processos, é de se esperar que essa preferência pelo encaminhamento para conciliadores e mediadores devidamente capacitados se transforme em prática comum (VASCONCELOS, 2014, p. 87).

Com essas novas mudanças, implantou-se uma nova prática judicial para auxiliar os cidadãos a resolverem seus próprios conflitos e, mediante a autocomposição, apoiando na pacificação social e ao próprio judiciário.

O juiz terá também a alternativa de ouvir as partes, possibilitando o contato entre elas, não havendo penas em relação ao processo, mas uma conversa amigável, para que se consiga melhor entender sobre os fatos:

Destaque-se, ademais, o inciso VII do mesmo artigo, no qual consta que também incumbe ao juiz determinar a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para ouvi-las, sobre os fatos da causa, caso em que não incidirá a pena de confesso (VASCONCELOS, 2014, p. 87).

Além de poder deliberar, a qualquer tempo, pleiteado pelo juiz, o comparecimento das partes para que sejam ouvidas, compete, igualmente, aos tribunais e centros judiciários

engendrarem centros de solução dos conflitos, espaços privilegiados para que aconteçam as sessões de audiências de conciliação e mediação quando necessárias.

Reitera Vasconcelos:

Consoante o art. 166, os tribunais criarão centros judiciais de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. § 2º Em casos excepcionais, as audiências ou sessões de conciliação e mediação poderão realizar-se nos próprios juízos, desde que conduzidas por conciliadores e mediadores. § 3º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não tiver havido vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. § 4º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que tiver havido vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos (VASCONCELOS, 2014, p. 87).

Os mediadores e conciliadores fazem parte dos auxiliares da justiça, e sua função é muito importante perante o judiciário; com a capacitação que lhes é conferida, atuam para a resolução consensual e na autocomposição.

No Capítulo III (Dos Auxiliares da Justiça) consta, conforme o art. 149 dispõe são auxiliares da justiça, além de outros cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o interprete, o tradutor, o mediador, o conciliador judicial, o partidor, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias (VASCONCELOS, 2014, p. 87).

Por outro lado, mediadores e conciliadores, como facilitadores do cumprimento da justiça, têm seu exercício, necessariamente, regido por regras específicas:

Na Seção VI (Dos conciliadores e mediadores judiciais) do referido Capítulo III constam, nos arts. 166 a 176, as regras que norteiam as atividades dos conciliadores e mediadores (VASCONCELOS, 2014, p;87).

Fazem parte da mediação e conciliação os princípios que também fazem parte da atividade do juiz, tendo os mediadores e conciliadores o dever de respeitá-los, uma vez capacitados para o cargo.

Consoante o art. 167, a conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da normalização do conflito,

da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada (VASCONCELOS, 2014, p. 88).

Relativamente à confidencialidade imposta aos membros da mediação e conciliação, estes não poderão divulgar ou depor sobre a questão, assim como deverão agir com imparcialidade, uma vez que os procedimentos serão regidos conforme a autonomia dos interessados, ou seja, os litigantes.

Assinala Vasconcelos:

Nos parágrafos do art. 167 consta o seguinte § 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para o fim daquele previsto por expressa deliberação das partes. § 2º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação. § 3º A aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição, não ofende o dever de imparcialidade. § 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais (VASCONCELOS, 2014, p. 89).

É vetada a conciliadores e mediadores a utilização de informações, no decorrer do procedimento, para outro fim que não aquele proposto pelas partes, conforme estabelecido durante a audiência:

A confidencialidade, portanto, estende-se a todas as informações produzidas ao longo do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes. Em virtude do dever de sigilo, inerente à sua função, o conciliador e o mediador e sua equipe não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação. Quanto à liberdade de o mediador aplicar técnicas negociais, há aí uma tautologia, sendo desnecessária tal estipulação, haja vista que, basicamente, a mediação é negociação com o apoio de terceiros: o(s) mediador(es) (VASCONCELOS, 2014, p. 89).

Em virtude do dever de sigilo que tem mediador, conciliador e sua equipe, não poderá ser divulgado qualquer conteúdo referente ao acordado, tampouco teor de nenhuma natureza alusivo aos procedimentos utilizados no caso.

O sigilo faz parte de todo o procedimento que vai ser realizado e é muito importante para que a mediação e a conciliação sejam praticadas dentro do que é previsto no Código, pois o trabalho do mediador e do conciliador é apoiar as partes, sob o compromisso de manter a confidencialidade.

A inscrição de mediadores, conciliadores e câmaras privadas de conciliação e mediação será feita no cadastro nacional e em cadastro de Tribunal de Justiça ou no Tribunal Regional Federal, que manterão o registro dos profissionais habilitados, com a indicação da devida área profissional:

Consoante o art. 168 Os conciliadores, mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação são inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional. § 1º Preenchendo o requisito da capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça, o conciliador ou o mediador, com o respectivo certificado, poderá requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal. § 2º Efetivado o registro, que poderá ser precedido de concurso público, o tribunal remeterá ao diretor do foro da comarca, seção ou subseção judiciária onde atuará o conciliador ou o mediador os dados necessários para que seu nome passe a constar da respectiva lista, para efeito de distribuição alterada e aleatória, observando o princípio da igualdade dentro da mesma área de atuação profissional. § 3º Do credenciamento das câmaras e do cadastro de conciliadores e mediadores constarão todos os dados relevantes para a sua atuação, tais como o número de causas de que participou, o sucesso ou insucesso da atividade, a matéria sobre a qual versou a controvérsia, bem como outros dados que o tribunal julgar relevantes. § 4º Os dados colhidos na forma do § 3º serão classificados sistematicamente pelo tribunal, que os publicará, ao menos anualmente, para conhecimento da população e fins estatísticos, e para o fim de avaliação da conciliação, da mediação, das câmaras privadas de conciliação e de mediação, dos conciliadores e dos mediadores. § 5º Os conciliadores e mediadores judiciais cadastrados na forma do *caput*, se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que exerçam suas funções. § 6º O tribunal poderá optar pela criação de quadro próprio de conciliadores e mediadores, a ser preenchido por concurso público de provas e títulos, observadas as disposições deste Capítulo (VASCONCELOS, 2014, p. 89-90).

Se advogados os mediadores e conciliadores, as regras referentes ao seu registro estão previstas no Código de Processo Civil de 2015, no art. 167 e seus parágrafos.

Ademais, referido regulamento contempla a plausibilidade de as partes escolherem, de comum acordo, o mediador ou conciliador e, até mesmo, a câmara privada de mediação e conciliação, podendo o conciliador ou mediador indicado pelas partes estar ou não cadastrado no Tribunal.

Se não existir acordo pelas partes na nomeação do mediador ou conciliador, haverá uma distribuição dentre aqueles já cadastrados no registro do Tribunal, observando a pertinência quanto à formação de cada um. E sempre que for recomendável, será designada a presença de mais de um conciliador ou mediador.

Vejamos o art. 168 do Código de Processo Civil de 2015:

Art. 168. As partes podem escolher de comum acordo, o conciliador, o mediador ou câmara privada de conciliação e de mediação.

§ 1º O conciliador ou mediador escolhido pelas partes poderá ou não estar cadastrado no tribunal.

§ 2º Inexistindo acordo quando à escolha do mediador ou conciliador haverá distribuição entre aqueles cadastrados no registro do tribunal, observada a respectiva formação.

§ 3º Sempre que recomendável, haverá a designação de mais de um mediador ou conciliador. (BRASIL, 2015)

O que foi estabelecido no PL 8.046/2010 (Projeto do Novo Código de Processo Civil de 2015) em relação aos mediadores e conciliadores está previsto na Seção V, nos artigos 165 a 175 do mesmo Código.

2.4 O PAPEL DO ADVOGADO NO ACESSO À MEDIAÇÃO

Houve um grande avanço em relação ao processualismo, antes rígido, autoritário e dominante nos juízos, que, conseqüentemente, alimentavam uma advocacia litigiosa voltada à exploração do conflito e não à imperiosa resolução.

Uma significativa transformação se iniciou com o intuito de que práticas simplificadas colaborassem para o bom desenvolvimento, criando, assim, uma modernidade processual, proporcionando que profissionais adequados e capacitados auxiliassem na conciliação e mediação:

Avança um movimento de superação daquele processualismo rígido (há séculos dominante nas nossas academias e juízos), baseado num rigorismo autoritário, que hipertrofia as polarizações e o valor da coerção, eleva custos, avoluma autos, estufa vaidades e alimenta uma advocacia litigiosa, quase raivosa, voltada à exploração do conflito, em detrimento da sua efetiva transformação (VASCONCELOS, 2014, p. 80).

Referendando, ainda com Vasconcelos:

Práticas simplificadas e colaborativas são tendências da modernidade processual. Processualistas de nomeada, a exemplo de Misael Montenegro, há muito já defendem que os juízes, quando o processo verse sobre direito disponível, devem estar atentos e preparados para conduzir um efetivo esforço de conciliação, antes mesmo da contestação do réu, numa interpretação teleológica do que dispõe o art. 125, IV, do Código de Processo Civil, onde consta que compete ao juiz tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes (VASCONCELOS, 2014, p. 81).

A conciliação e mediação fazem parte da moderna processualística e servem para desembaraçar e colaborar para a resolução, com a satisfação de ambas as partes, tendo todos os membros o dever de estimular essas práticas colaborativas.

Porém, somente sua previsão não é suficiente; é necessário que os magistrados atuem para assistir os litigantes, com boa-fé, dialogando, escutando-os para desenredar o conflito, a fim de que se sintam estimulados a acordarem e solucionarem a questão.

Ocorre que isto ainda seria muito pouco. Nossos juízes estão presos aos seus milhares de processos. Neste país já tramitam mais de noventa milhões. Precisamos acompanhar a tendência mundial. Somos pela obrigatoriedade de as partes participarem de pelo menos uma reunião de mediação judicial (ou pré-judicial), com o dever de atuarem nesse procedimento com ânimo colaborativo, escutarem e dialogarem de boa-fé. Vivenciada essa experiência, chegando-se ou não ao consenso, o mediador credenciado (e aceito) irá elaborar e assinar, com as partes e advogados eventualmente presentes, o Termo Final de Mediação seria, para todas as hipóteses de conflitos relativos a direitos disponíveis ou a direitos indisponíveis em que se admita transação nos termos da lei e após a oitiva do MP, o documento que, chegando-se ao acordo, habilitaria a parte interessada a obter a citação da parte ré em ação já ajuizada ou a sê-lo (VASCONCELOS, 2014, p. 81).

As partes devem participar de, pelo menos, uma reunião de mediação judicial ou pré-judicial (prévia), em que será documentado o Termo Final de Mediação, registrando-se o conteúdo acordado, devidamente subscrito pelos advogados presentes e também pelas partes.

O Termo Final de Mediação cabe a conflitos relativos a direitos disponíveis ou indisponíveis, desde que se admita transação nos termos da lei, após a oitiva do Ministério Público.

Estabelece o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil que é dever do advogado estimular a conciliação entre os litigantes e, sempre que possível, prevenir os litígios, ou seja, não deve o advogado cultivar a litigiosidade. Assim, ressalta-se:

Nesse sentido, louve-se o Código de Ética e Disciplina da OAB, que destaca, no inciso VI, parágrafo único, no art. 2º, entre os deveres dos advogados, o de “estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios”. Pena que, na prática, os advogados, ainda condicionados pelo paradigma da dominação e da litigiosidade, comumente descumpram esse dever (VASCONCELOS, 2014, p. 81).

Eis o ponto ideal. Contudo, na prática, o que, regularmente, se observa são advogados não cumprindo com esse seu efetivo dever, cultivando, continuamente, o paradigma de instigação à litigiosidade, com o exclusivo objetivo de demonstrar/“ostentar” o

número de processos que “ganhou”, esquecendo-se de priorizar o Código de Ética, no qual prevaleceria “com quantos litígios colaborou, impedindo-os”; saliente-se que o princípio que contempla um “ganhador” provê, em outra ponta, necessariamente, um “perdedor”.

A legítima ideia é o oposto, é fazer com que as partes se auto solucionem, sem que haja insatisfação de apenas um lado, mas, sim, o contentamento dos dois lados, com um acordo claro, com todas as cláusulas registradas, um arquivo devidamente assinado, sem que haja controvérsias.

Nesse contexto fecundo, advogados inexperientes ou que, até o presente, não tenham tido a oportunidade de estudar o assunto podem não se conformar com tal mudança, com esse novo avanço processualístico:

Advogados inexperientes, que ainda não tiveram a oportunidade de estudar e conviver com o novo paradigma colaborativo no trato do conflito, podem ficar perplexos e tomados por um sentimento de desconformidade. Sabemos, após tantos anos de advocacia, como somos pressionados no sentido de atitudes combativas, na lógica do ganha-perde. Os nossos clientes não gostam de perder (VASCONCELOS, 2014, p. 82).

Existe uma cobrança na relação entre cliente e advogado, em que este se sente pressionado a dar o melhor de si, devido à cultura da competição, em que, sempre, uma parte deve ganhar e a outra perder, sendo que o cliente jamais deseja ser a parte perdedora.

Para que essa situação, histórica até, seja convertida, é necessário que todos estejam informados dos benefícios do novo processo colaborativo, isto é, que ambas as partes irão se beneficiar ou, em outras palavras, “ganhar”, não havendo o benefício de somente uma das partes em detrimento da outra.

O objetivo é que todos sejam atentos e informados sobre a mediação, os procedimentos e suas consequências, bem como as vantagens proporcionadas às partes, com a possibilidade de todos terem seus interesses sanados.

Assim, para que possamos trocar o “chip” do litígio pelo “chip” da colaboração em busca de uma solução de ganha-ganha, precisamos estar seguros de que o novo processo colaborativo será justo e bem conduzido. Precisamos de um acolhimento, que nos deixe tranquilos quanto às nossas responsabilidades e à dignidade do nosso papel. Precisamos estar convencidos de que o nosso cliente tomou a decisão de participar da mediação conscientemente. E precisamos estar bem informados do papel que deveremos desempenhar no espaço da mediação (VASCONCELOS, 2014, p. 82).

É importante que os advogados saibam de suas responsabilidades e do papel que irão exercer na mediação; do mesmo modo, é fundamental que tenham ciência de que seus clientes preferem a mediação por livre e espontânea vontade, informados, exatamente, do que se trata.

Os mediadores devem estar inteirados da importância dos advogados na mediação e do quanto esses podem contribuir para que o procedimento ocorra da melhor maneira possível; para tanto, devem ser orientados a reconhecer a importância dos profissionais, para que possam conversar produtivamente com eles antes da sessão de mediação. Nesses termos:

Assim, considerando a contribuição que os advogados podem trazer à mesa de mediação, é importante que os mediadores sejam orientados a reconhecer esse papel e que possam adequadamente conversar com os advogados, antes de iniciada a mediação, verificando a eventual necessidade de prestar esclarecimentos sobre o modo como eles podem melhor exercer o apoio de assessoria ao cliente e ao processo (VASCONCELOS, 2014, p:82).

E, se houver necessidade, podem o mediador e advogado prestar esclarecimentos sobre o modo como, da maneira mais adequada, lhes é franqueado prestar apoio e assessoria ao cliente e ao processo, para melhor contribuição à causa.

Devido ao caráter personalíssimo da oralidade da mediação, é necessária a boa-fé e o protagonismo direto, sendo transferida aos mediados a voz, porque a eles cabem o sentir e o poder decisório. E, com o passar do tempo, ao se ganhar experiência, cliente e advogado, lidando com conflitos, tendo o apoio dos mediadores, revelarão clientes gratos pelo apoio proporcionado e o diálogo conquistado.

É importante que os advogados saibam que, na mediação, em face do seu caráter personalíssimo de oralidade, numa construção transdisciplinar, progressiva e confidencial, fundada na boa-fé e no protagonismo direto, transfere-se para os mediados o poder de voz, pois a eles cabe o sentir e o poder decisório. A propósito, quando o advogado e o seu cliente vão ganhando experiência no trato dos conflitos com o apoio de mediadores, a dependência, na sala de mediação, vai diminuindo, enquanto vai aumentando a gratidão do mediando para com o advogado que lhe orientou para essa experiência de empoderamento e diálogo. Assim, nem sempre o próprio advogado e seu cliente consideram necessária a presença do primeiro na sala, em todos os encontros. Especialmente quando são abordados problemas íntimos, de forte componente emocional, como em algumas questões de família, o advogado pode preferir deixar o cliente à vontade e retornar à sala na ocasião em que devem ser examinadas opções que necessitem de apreciação jurídica (VASCONCELOS, 2014, p. 82).

Conforme o cliente vai ganhando confiança, pode chegar uma hora em que a presença do advogado não seja necessária, sobretudo quando se tratarem de temas de fórum

íntimo; nesse caso, o advogado pode preferir deixar o cliente sozinho, de forma que ele se sinta mais à vontade, retornando à sala quando necessário.

Em função do momento atual de mudanças, os advogados devem ser orientados pela OAB para que elaborem contratos de honorários que contemplem o sistema multiportas de advocacia, com vistas para que assegurem a disponibilização e com meio que atenda, mais acertadamente, às necessidades e a satisfação do cliente.

Em face do momento atual de mudança paradigmática, é recomendável que os advogados sejam orientados pela OAB a elaborarem contratos de honorários que contemplem o sistema multipostas de advocacia, com vistas a assegurar a disponibilização, para o cliente, do meio de solução mais adequado à satisfação das suas necessidades e interesses. Assim, o objeto do contrato de honorários poderá ser a busca legítima de uma solução para o conflito, independentemente dos meios procedimentais a serem utilizados, tais como a negociação, a mediação, a arbitragem, a judicialização ou algum outro igualmente idôneo, de modo que a remuneração do trabalho seja compatível com os valores e tempos ganhos na solução daquele problema (VASCONCELOS, 2014, p. 82-83).

Então, o objeto do contrato de honorários poderá ser a busca legítima para solução do conflito, não dependendo dos meios utilizados, podendo fazer uso da mediação, arbitragem ou de qualquer outro procedimento que combata o conflito, contanto que a remuneração pelo trabalho seja compatível com os valores e os tempos ganhos na solução daquele conflito.

O valor econômico da rápida e satisfatória solução de conflitos vem sendo estudado, porém é inquestionável o prejuízo de pessoas, empresas e nações com processos demorados, que demandaram um grande custo econômico:

Com efeito, o valor econômico na rápida e satisfatória solução de um problema tem sido objeto de estudos científicos, sendo hoje inquestionável que o prejuízo das pessoas, empresas e nações com processos demorados e agressivos tem sido de grande monta, em suas implicações econômicas, afetivas e emocionais (VASCONCELOS, 2014, p. 83).

É importante ressaltar que, no âmbito judicial ou não, o advogado tem liberdade para advogar e mediar, desde que nos limites da lei; entretanto, não pode o advogado mediar conflitos em que atuou, esteja atuando ou venha a atuar como advogado:

Ademais, no campo das soluções apropriadas de disputas, em âmbito judicial ou não, o advogado tem mercado para atuar como assessor ou mesmo como mediador, desde que a lei venha a regulamentar, porque não é aceitável que medeie conflitos em que também tenha, esteja ou venha atuar como advogado (VASCONCELOS, 2014, p. 83).

O advogado será assessor do cliente durante a mediação, se atentando para contribuir com dados técnico-jurídicos para uma boa negociação com ganhos mútuos, tendo cuidado para manter-se com uma atitude não adversarial.

Por conhecer as normas jurídicas, deve o advogado orientar as partes em relação aos limites das normas de ordem pública, baseando-se em fundamentos jurídicos válidos, que contribuirão para uma comunicação clara e construtiva entre as partes.

Ademais, defenderão os interesses legítimos das partes e atuarão como assessores jurídicos, prontos para sanar quaisquer dúvidas que possam vir a ocorrer durante a sessão de mediação, corroborando para o seu bom desempenho e êxito.

Para Vasconcelos:

Em suma, o advogado, enquanto tal, durante a mediação, será o assessor do seu cliente, tendo o cuidado de contribuir, com dados técnico-jurídicos, para o avanço de uma negociação de ganhos mútuos, mantendo-se em atitude não adversarial. Por conhecer as normas de ordem pública, esclarecerá os limites jurídicos a serem considerados. Com isto, poderá concorrer para um acordo baseado em fundamentos jurídicos válidos, evitando possíveis nulidades. Portanto, na mediação, os advogados poderão contribuir para uma comunicação construtiva e esclarecida entre as partes, em defesa dos legítimos interesses dos clientes. E atuarão como assessores jurídicos, prontos a dirimir as dúvidas que se apresentem (VASCONCELOS, 2014, p. 83).

Não existe hierarquia na relação entre o mediador e as partes, eles assumem o total sigilo referente às informações ali obtidas, não lhes sendo autorizado utilizá-las para qualquer outro fim, não sendo necessárias maiores formalidades e, com a ajuda da oralidade, o procedimento se torna mais célere e eficaz:

O mediador e as partes se relacionam sem hierarquia. Assumem o compromisso de manter em sigilo o que for proposto ou discutido, sendo-lhes defeso utilizar as informações ali obtidas para qualquer outro fim. A falta de maiores formalidades e a oralidade tornam o procedimento rápido e eficaz (VASCONCELOS, 2014, p. 83).

O benefício do restabelecimento das relações entre os mediados é valioso para a continuidade de vínculos familiares ou de negócios, de tal modo que o cumprimento de modo espontâneo do acordo pelas partes tende a se dar com maior probabilidade:

O restabelecimento das relações entre os mediados concorre para a continuidade dos vínculos pessoais, familiares ou de negócio, tendo o acordo, assim, eventualmente obtido, maior probabilidade de cumprimento espontâneo (VASCONCELOS, 2014, p. 83).

Também tem sido aplicada a mediação como instrumento de apoio à vítima e à comunidade, com o objetivo de restaurar a relação com o ofensor, cujo foco não é a punição, mas a reparação pelo ofensor:

A mediação também vem sendo crescentemente utilizada como instrumento de apoio à vítima e à comunidade, na busca de uma reparação que tenha o potencial de restaurar a relação com o ofensor, em que o foco não é a punição, mas a assunção de responsabilidade pelo ofensor, substituindo-se, pois, a ideia de punição pela ideia de reparação (VASCONCELOS, 2014, p. 83).

São recomendadas tais práticas para infrações de baixo ou médio potencial ofensivo, que são sujeitas a medidas de penas alternativas; nessas circunstâncias, são especialmente úteis. Por exemplo: lesões de trânsito; violência doméstica; abuso de autoridade; lesão corporal leve; ameaça; injúria, calúnia e difamação. De acordo com Vasconcelos:

Tais práticas restaurativas são especialmente úteis no trato de infrações de baixo ou médio potencial ofensivo, sujeitas a medidas ou penas alternativas, consoante previsto na Lei 9.099/1995. Exemplos: lesões de trânsito; violência doméstica; abuso de autoridade; lesão corporal leve; ameaça; injúria, calúnia, difamação (VASCONCELOS, 2014, p. 83-84).

O principal instrumento da chamada Justiça Restaurativa é a mediação transformativa, baseada na formação discursiva da opinião e da vontade dos cidadãos que são titulares de iguais direitos.

Em se tratando de sujeitos de iguais direitos, a mediação não tem como fim punir; antes, auxiliar para a busca da restauração das partes, com a transformação, atuando com extrema importância no âmbito penal:

A mediação transformativa é o principal instrumento da chamada Justiça Restaurativa, baseada nos espaços de formação discursiva da opinião e da vontade dos cidadãos protagonistas, titulares de iguais direitos (VASCONCELOS, 2014, p. 84).

Para que essa mediação aconteça, é necessário o uso de princípios e práticas de uma justiça restaurativa, estando a vítima e o infrator também atentos e cientes dos procedimentos, devendo fazer uso de valores que possibilitem variações metodológicas e procedimentais:

Faz-se necessária, pois, a introdução dos princípios e práticas de justiça restaurativa no nosso sistema de Justiça. Recomenda-se que a incorporação

desses valores possibilite variações metodológicas e procedimentais, devendo-se proteger a transparência, o protagonismo participativo e adotar componente avaliativo e divulgação de relatórios de acompanhamento de resultados (VASCONCELOS, 2014, p. 84).

Essas práticas devem conter a transparência, o protagonismo participativo e a avaliação e divulgação de relatórios de acompanhamento de resultados, com o fito de visualizar o seu desenvolvimento e a sua efetividade.

CAPÍTULO 3 – FUNÇÃO DO MEDIADOR E DO CONCILIADOR

3.1 QUEM PODE SER MEDIADOR E CONCILIADOR

É necessária a capacitação para atuar como mediador, o que não inclui somente as dinâmicas para tratar conflitos e estabelecer a comunicação, mas, também, conhecimentos metodológicos, que vão além de saber operar com as dinâmicas da comunicação.

No Brasil, tais competências e habilidades já estão sendo empregadas há algum tempo, coordenadas pelo Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA).

O CONIMA foi fundado em 24 de novembro de 1997, conforme esclarece Carlos Eduardo de Vasconcelos:

O CONIMA foi fundado em 24 de novembro de 1997 – data do primeiro aniversário de vigência da Lei 9.307/1996, a Lei de Arbitragem –, durante seminário realizado no Superior Tribunal de Justiça. Na ata de fundação constam as assinaturas das 20 mais representativas entidades voltadas à mediação e arbitragem no país. Em 2011, para resguardar a credibilidade e a qualidade do exercício da Mediação no Brasil, o CONIMA, representado pelas instituições a ele associadas, elaborou um modelo-padrão de capacitação básica em Mediação (VASCONCELOS, 2014, p. 64).

Esse Conselho visa ao desenvolvimento, à credibilidade e à atuação das entidades de mediação e arbitragem e, ainda, à aplicação dos Métodos Extrajudiciais de Solução e Controvérsias (MESCs), representando e auxiliando nos conflitos, sempre observando as normas técnicas e, principalmente, a ética.

Uma das atribuições do CONIMA é formar novas instituições de mediação e arbitragem, orientando, observando e estipulando a qualidade essencial para o desempenho das atividades. A esse respeito, delinea-se que:

A prática da mediação de conflitos pressupõe capacitação para lidar com as dinâmicas do conflito e da comunicação. A capacitação em mediação de conflitos inclui, necessariamente, conhecimentos metodológicos de caráter interdisciplinar e as habilidades da sua arte (VASCONCELOS, 2014, p. 64).

E prosseguindo com o enfoque de Carlos Eduardo de Vasconcelos:

Esses conhecimentos e habilidades vêm sendo desenvolvidos, no Brasil, desde os anos 1990, sob a liderança do Conselho Nacional das Instituições

de Mediação e Arbitragem (CONIMA). O CONIMA é uma entidade que tem como objetivo principal congregar e representar as entidades de mediação e arbitragem, visando a excelência de sua atuação, assim como o desenvolvimento e credibilidade dos MESC's (Métodos Extrajudiciais de Solução de Controvérsias), sempre observando as normas técnicas e, sobretudo, a ética (VASCONCELOS, 2014, p. 64).

Fica, pois, sob a responsabilidade do CONIMA tanto a capacitação dos mediadores privados quanto a eficácia da atuação dos membros e das instituições.

Existe, outrossim, uma grande evolução em relação à capacitação dos mediadores consoante aos programas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), buscando introduzir, gradualmente, os procedimentos de mediação e de conciliação no ambiente judicial:

Em função de importantes transformações que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) vem procurando introduzir no Poder Judiciário, a conciliação e a mediação de conflitos em ambiente judicial estão em franco desenvolvimento (VASCONCELOS, 2014, p. 68).

Com o avanço das transformações, é facultado à mediação e à conciliação estarem, crescentemente, na prática e no cotidiano do judiciário, possibilitando grandes benefícios dentro e fora do judiciário.

Além disso, mediadores e conciliadores, comprometidos com o bom desempenho de suas funções, conseguem desenvolver seus trabalhos com a ajuda de programas de apoio em face do judiciário.

Em relação ao conciliador, este pode ser honorário ou servidor público, se exercer a função sem remuneração faz de modo temporário. Tendo como papel principal o de conduzir o procedimento da conciliação por o método necessário. Deste modo esclarece:

Ao conciliador encontra-se reservado o papel de conduzir o procedimento de conciliação, segundo o método próprio. O conciliador pode ser honorário ou servidor público. Aquele que exerce a função sem remuneração normalmente o faz temporariamente, às vezes sem exclusividade. São funcionários aposentados, advogados, servidores da justiça (em horário alternativo), ou estudantes de direito. Onde a função é exercida mediante remuneração, observa-se a existência de cargo permanente ou temporário (CALMON, 2013, p. 140).

Se a função for exercida mediante remuneração irá se observar a exigência de cargo permanente ou temporário, dependendo da forma que será exigida, sendo requisitado de forma remuneratória ou não.

O treinamento do conciliador é resumido normalmente e a sua atividade é baseada na atividade desenvolvida pelo juiz, tendo uma postura em grande parte ativa. Neste mesmo sentido Petronio Calmon:

O conciliador normalmente recebe treinamento abreviado e espelha sua atividade naquela desenvolvida pelo juiz. Todavia o treinamento deveria ser muito melhor. Nesse ponto ainda é acanhada a regulamentação do CNJ. A postura do conciliador para com o conflito é em grande parte ativa, emitindo opiniões, aconselhando as partes, indicando sua visão a respeito de futura decisão judicial, caso o acordo não seja alcançado e, propondo os termos da solução (CALMON, 2013, p. 140).

O conciliador irá dar opiniões sobre o conflito, ou seja, irá se posicionar perante as partes e indicará o sua visão sobre a suposta decisão judicial futura, caso não tenha acordo.

Não cabe ao conciliador exercer a jurisdição, não sendo ele um órgão jurisdicional, terá a função de auxiliar da justiça. É o que relata:

O conciliador não é órgão jurisdicional nem exerce jurisdição. É auxiliar da justiça e vale como multiplicador da capacidade de trabalho do juiz, como agente catalisador na busca de reações proveitosas entre pessoas e conflitos (CALMON, 2013, p. 140).

Portanto, cabe ao conciliador expandir a capacidade de trabalho do juiz como um agente que irá contribuir no desenvolvimento entre as pessoas e perante seus respectivos conflitos, com fim de reações proveitosas.

3.2 MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO CONSOANTE A RESOLUÇÃO 125/2010

A Resolução 125/2010 foi elaborada na vigência do Código de Processo Civil de 1973, portanto, até então não foi adequada à realidade processual atual. Dispõe sobre o tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário:

A Resolução em referência, do Conselho Nacional de Justiça, dispõe sobre a política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário. Foi elaborada ainda na vigência do Código de Processo Civil de então e, portanto, ainda não totalmente ajustada à realidade processual que se avizinha (VASCONCELOS, 2014, p. 97).

No primeiro capítulo da lei em pauta, é assegurado a todos o direito de solução de conflitos pelos expedientes compatíveis à sua natureza e peculiaridade; ou seja, de acordo com cada caso em si, deve haver um tratamento específico e dotado de direito de solução pelos meios autocompositivos.

E aos órgãos judiciários, designa-se sentença com o intuito de solucionar e oferecer outros meios de solução de conflitos, sobretudo práticas consensuais, como a mediação e a conciliação, bem como a prestação de auxílio e orientação ao cidadão.

Foi instituída, então, no âmbito da política judiciária nacional, a política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesse, consoante o Capítulo I, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade, incumbindo aos órgãos judiciários, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão (VASCONCELOS, 2014, p. 98).

É preciso que, para o bom desenvolvimento, a qualidade dos serviços e a promoção da pacificação social, seja observada a formação de servidores, conciliadores, mediadores, bem como os treinamento deles.

O CNJ também auxiliará e participará do acompanhamento na esfera do judiciário, podendo firmar parcerias com entidades públicas e privadas para o desempenho de suas atividades.

Com o intuito de promover o desenvolvimento de políticas públicas, tratando apropriadamente os conflitos, o CNJ incentivará a autocomposição dos litígios com foco na pacificação social, se utilizando da mediação e conciliação.

Com vistas à boa qualidade dos serviços e à disseminação das culturas de pacificação social, serão observados: centralização das estruturas judiciais, adequada formação e treinamento de servidores, conciliadores e mediadores, bem como acompanhamento estatístico específico. O CNJ auxiliará os tribunais na organização dos serviços mencionados, podendo ser firmadas parcerias com entidades públicas e privadas (VASCONCELOS, 2014, p. 98).

Ampliando a questão, Vasconcelos acrescenta ainda:

Para o desenvolvimento da política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesse, cabe ao CNJ, conforme o Capítulo II, organizar programa com o objetivo de promover ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação (VASCONCELOS, 2014, p. 98).

Em se tratando dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), ficará a encargo de cada unidade a abrangência do setor de solução de conflitos pré-processual, do setor de solução de conflitos processual e do setor de cidadania.

Poderão atuar nesses Centros membros do Ministério Público, defensores públicos, procuradores e advogados, sendo admitidos somente mediadores e conciliadores capacitados na forma do Anexo I da referida Resolução, cabendo aos tribunais realizar a qualificação antes da instalação dos ambientes, havendo a possibilidade de se firmar parcerias.

Cada unidade dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania deverá, obrigatoriamente, abranger setor de solução de conflitos pré-processual, setor de solução de conflitos processual e setor de cidadania. Nos Centros poderão atuar membros do Ministério Público, defensores públicos, procuradores e/ou advogados. Especificamente em relação aos Conciliadores e Mediadores, a Resolução dispõe que, nos Centros, bem como em todos os demais órgãos judiciários nos quais se realizem sessões de conciliação e mediação, somente serão admitidos mediadores e conciliadores capacitados na forma estabelecida no Anexo I da referida Resolução, cabendo aos Tribunais, antes de sua instalação, realizar o curso de capacitação, podendo fazê-lo por meio de parcerias (VASCONCELOS, 2014, p. 100).

E Carlos Eduardo de Vasconcelos agrega:

Os cursos de capacitação, treinamento e aperfeiçoamento de mediadores e conciliadores deverão observar conteúdo programático e carga horária mínimos estabelecidos pelo CNJ e deverão ser seguidos necessariamente de estágio supervisionado. Os mediadores, conciliadores e demais facilitadores do entendimento entre as partes ficarão sujeitos ao Código de Ética estabelecido pelo CNJ, objeto do Anexo III da Resolução em apreço. Cabe aos Tribunais criar e manter banco de dados sobre as atividades de cada Centro, com as informações constantes do Anexo IV. Caberá ao CNJ compilar informações sobre os serviços públicos de solução consensual das controvérsias existentes no país sobre o desempenho de cada um deles, por meio de DPJ, mantendo permanentemente atualizado o banco de dados (VASCONCELOS, 2014, p. 101).

Durante o treinamento, o conteúdo programático e a carga horária estabelecidos pelo CNJ devem ser respeitados e devidamente supervisionados por meio do estágio; quanto aos facilitadores do entendimento, assim como mediadores e conciliadores, ficarão subordinados ao Código de Ética do CNJ.

A responsabilidade pela criação e conservação do banco de atividades será tarefa atribuída aos Tribunais, cabendo ao CNJ reunir informações sobre os serviços públicos de solução consensual de controvérsias existentes no país e a forma como estes atuam.

3.3 PRÁTICAS RESTAURATIVAS EM JUIZADO CRIMINAL

A Secretaria de Justiça e Direitos Humanos e o Estado de Pernambuco firmaram em

conjunto, com a colaboração da gerência de prevenção e mediação de conflitos, promovendo um novo projeto de justiça restaurativa, em que os Termos Circunstanciados de Ocorrência, selecionados antecipadamente, passaram a ser direcionados para uma equipe de seis mediadores que se revezavam na utilização de técnicas restaurativas.

Um dos pontos importantes foi a resistência plural dos advogados em relação a essa nova experiência. No entanto, mediadores lhes prestaram explicações, a fim de esclarecer o porquê das práticas restaurativas, ressaltando o papel específico de cada um dos presentes em uma sessão de audiência.

Desse modo, adotaram a prática do esclarecimento, reunindo as partes e seus advogados, explicando que o procedimento é voluntário, que pode ser complementar ou preventivo de criminalização; que os assuntos tratados serão confidenciais, que o foco não é buscar a culpa ou enquadramento, mas, sim, o reconhecimento, a responsabilidade e a reparação. Nesse compasso:

Em abril de 2006, numa iniciativa conjunta da então Secretaria de Justiça e Direitos Humanos do Estado de Pernambuco, por intermédio da sua gerência de prevenção e mediação de conflitos, sob a nossa coordenação, da Promotora Yélena Monteiro pelo Ministério Público Estadual e do Centro de Mediação e Arbitragem de Pernambuco – CEMAPE, associação sem fins lucrativos presidida, então, pela advogada Regina Melo, com o apoio do Juiz Coordenador dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Dr. Luiz Mário Moutinho e, posteriormente, do Juiz Coordenador do 1º Juizado Especial Criminal, Dr. Airton Alfredo, demos início a um projeto piloto de justiça restaurativa, informalmente, perante aquele 1º Juizado Especial Criminal do Recife (VASCONCELOS, 2014, p. 236).

Em igual cadência, sustenta Vasconcelos:

Termos Circunstanciados de Ocorrência previamente selecionados passaram a ser encaminhados para uma equipe de seis mediadores que, em abordagens restaurativas, revezavam-se na utilização das técnicas da mediação transformativa/restaurativa. Experiência que contava com o apoio, acompanhamento e avaliação de equipe interdisciplinar (VASCONCELOS, 2014, p. 236).

E complementa:

Grandes surpresas a experiência nos reserva. A primeira delas em relação aos advogados. Em face das resistências destes, os mediadores lhes prestam os esclarecimentos iniciais o significado das práticas restaurativas e o papel que cabe a cada um dos participantes numa sessão de mediação. Adotaram, portanto, a prática de esclarecer, em conversas prévias com os advogados de ambas as partes, que o procedimento é voluntário, complementar ou preventivo de criminalização; que os assuntos ali tratados são confidenciais;

que não se estará buscando culpabilização ou enquadramentos legais, mas construindo, em colaboração com os mediandos, o reconhecimento, a responsabilidade recíproca e as alternativas de reparação restauradora do relacionamento interpessoal (VASCONCELOS, 2014, p. 236).

A maioria das pessoas atendidas nos juizados especiais criminais costuma ter baixa renda, com isso, acabam se destinando, sobretudo, a elas os benefícios da efetividade da restauração, mesmo nos casos mais graves de conflitos.

Ressalte-se ser notório que essas pessoas são carentes de atenção, necessitam ser ouvidas e ter o seu devido reconhecimento como ser humano; precisam não somente de escuta, mas de compreensão para que possam ser entendidas.

Tem-se a comprovação de que a simples prática restaurativa no ambiente adequado, com os meios hábeis para se atingir a solução restaurativa, é de extrema relevância, visto que mais da metade dos conflitos são essencialmente transformados com o despertar do diálogo:

É impressionante como as pessoas, em sua imensa maioria de baixa renda – pois o sistema dos juizados especiais criminais parece ser destinado a esse estamento social – são carentes de escuta e reconhecimento. A simples abordagem restaurativa em ambiente propício e adequadamente mediado faz despertar toda uma condição de diálogo e compartilhamento de emoções e afeições com poderoso efeito restaurativo. Noventa por cento dos conflitos costumam ser transformados restaurativamente (VASCONCELOS, 2014, p. 237).

Gradualmente essas novas experiências vêm sendo utilizadas e introduzidas nos juizados especiais criminais e, também, nos Núcleos de Práticas Jurídicas e nas Faculdades de Direito.

Nesses casos, existe a colaboração da psicologia jurídica, de defensorias públicas, de núcleos de mediação comunitária ou escolar e municipalidades, que fornecem todo o apoio para o êxito dos procedimentos aplicados:

Essas novas experiências vêm sendo cada vez mais introduzidas nos Núcleos de Prática Jurídica das Faculdades de Direito, em colaboração interdisciplinar com as práticas em psicologia jurídica, com defensorias públicas, delegacias de polícia, núcleos de mediação comunitária ou escolar, e municipalidades (VASCONCELOS, 2014, p. 238).

A justiça restaurativa surgiu nas últimas décadas do século passado, tem como paradigma a participação da vítima do ofensor e da comunidade que foi afetada e com ajuda importante e a colaboração de mediadores, conforme destaca Carlos Eduardo de Vasconcelos:

O movimento por uma justiça restaurativa, surgida nas últimas décadas do século passado, é um resgate de práticas imemoriais da Nova Zelândia, da

Austrália, de regiões do Canadá e de outras tradições, que inspiram várias abordagens e procedimentos de caráter interdisciplinar. A justiça restaurativa tem como paradigmas o protagonismo voluntário da vítima, do ofensor, da comunidade afetada, com a colaboração de mediadores, a autonomia responsável e não hierarquizada dos participantes e a comunidade em relação à estrutura burocrática oficial, com respeito aos princípios de ordem pública do Estado Democrático de Direito (VASCONCELOS, 2014, p. 227).

É uma prática não hierarquizada com participação da comunidade perante a estrutura burocrática oficial, respeitando os princípios da ordem pública e o Estado Democrático de Direito.

Destaca-se a mediação penal como um instrumento da justiça restaurativa, e por isso é chamada de mediação restaurativa com aplicação no campo criminal. Carlos Eduardo de Vasconcelos diz:

A mediação penal é aplicada no campo criminal com instrumento da justiça restaurativa, daí por que também é denominada mediação restaurativa. Em virtude das peculiaridades do campo criminal, em que as ofensas podem ser físicas, morais, patrimoniais e psicológicas, as abordagens transformativas são realizadas por meio de encontros ou círculos restaurativos (VASCONCELOS, 2014, p. 227).

Por se tratar de várias peculiaridades, são realizados encontros ou círculos rotativos, uma vez que pode se tratar de vários tipos de ofensas, inclusive a psicológica, são feitas abordagens transformativas através desses encontros.

CONCLUSÃO

Com este trabalho foi possível analisar a crise existente no judiciário e papel da mediação e da conciliação e seus métodos possibilitando o acesso à justiça que é estabelecido na Constituição Federal Brasileira de 1988.

Por conseguinte, observou-se que uma maior incidência dos procedimentos ora apontados no judiciário apenas remonta aos últimos tempos, devido ao não reconhecimento dos benefícios inerentes e à existência de poucos membros capacitados para o exercício do cargo.

Com a positivação da mediação e conciliação na Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (CPC/2015), definiu a exigibilidade desses, fazendo uma análise de seus meios e mecanismos, suas possibilidades e limites, bem como o relevante avanço com o advento da referida lei.

Também é ressaltada a extrema responsabilidade de magistrados, advogados, defensores e membros do Ministério Público em se colocarem como ‘ajudadores’, auxiliares e incentivadores da mediação e conciliação.

Nesses termos, constatou a fulcral importância da mediação e conciliação sendo avaliadas de forma positiva, não facultam à vida social, cuja cultura, infelizmente, cada vez mais, tem revelado a ânsia por meios que possibilitem o diálogo e o entendimento, componentes essenciais ao bem-estar de quaisquer indivíduos.

Sendo assim, no primeiro capítulo tratou da caracterização do conflito na perspectiva da mediação e conciliação e de que maneira este deve ser encarado.

No segundo capítulo, deu ênfase no acesso à justiça, a crise no judiciário, conciliação e mediação consoante o PL 8.046/2010 e o papel do advogado no acesso à mediação.

O terceiro capítulo informou quem pode ser mediador e conciliador, e abordou a mediação e conciliação consoante à resolução 125/2010 e as práticas restaurativas em juizado criminal e seus benefícios.

Em derradeiro, com base em legislação e doutrinas pertinentes, este estudo dedicou-se a evidenciar a dimensão dos mecanismos de solução de conflito, que não são novos, porém com o advento da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (CPC 2015) figuram como novidade no contexto atual do processo civil brasileiro e trouxeram a efetivação de direitos previstos constitucionalmente em conjunto com a garantia de acesso eficaz ao judiciário.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Tânia. **Mediação Familiar**. Brasília, 2001. Disponível em: <http://www.mediare.com.br/08artigos_13mediacaodeconflitos.html>. **Erro! A referência de hiperlink não é válida.** Acesso em: 01 jun. 2016.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: : 01 jun. 2016.

CAETANO, Raimundo Carlos. **Juizados especiais como mecanismo de resolução rápida de litígios**. Disponível em: < http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4351>. Acesso em: 06 set. 2016.

CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e conciliação**. 2. ed. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

FERNANDES, Klícia Roxana Alves. **A conciliação como forma de solução célere e eficaz das lides civis**. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/41/32>. Acesso em: 06 set. 2016.

FERRAZ, Taís Schilling. **A conciliação e sua efetividade na solução dos conflitos**. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/conciliarConteudoTextual/anexo/Conciliacao.doc>. Acesso em: 06 set. 2016.

GARCEZ, José Maria Rossani. **ADRS – Métodos Alternativos de Solução de Conflitos: Análise Estrutural, Fundamentos e Exemplos na Prática Nacional/Internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

MIGLIORI, Mari Luci Buff. **Horizontes do Perdão: reflexões a partir de Paul Ricoeur e Jacques Derrida**. 2007. 263 f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Pontifícia Universidade Católica (PUC/SP), 2007.

MOORE, Christopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. Trad. de Magda França Lopes. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/3093365/livro-mediacao-conflitos/26>>. Acesso em: 29 mai. 2016.

MORAIS, José Luis Bolzan; ESPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PEREIRA, Clóvis Brasil. **Conciliação e Mediação no Novo CPC**. 2015. Disponível em: <<http://www.prolegis.com.br/conciliacao-e-mediacao-no-novo-cpc-no-03/>>. Acesso em: 06 set. 2016.

SANTOS, Jaime Almeida dos. **A importante contribuição da mediação e da conciliação para a celeridade processual**. Disponível em: <http://www.academia.edu/7964478/a_importante_contribui%C3%A7%C3%A3o_da_media%C3%A7%C3%A3o_e_da_concilia%C3%A7%C3%A3o_para_a_celeridade_processual>. Acesso em: 06 set. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

TOALDO, Adriane Medianeira. *Mediação – novo instrumento de acesso à justiça*. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10919>. Acesso em: abr. 2017.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. 4. ed. São Paulo: Método, 2014.

VAZ, Paulo Afonso Brum. **Lei de mediação e conciliação têm pontos positivos e algumas falhas**. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-03/paul-vaz-lei-mediacao-pontos-positivos-algumas-falhas>>. Acesso em: 06 set. 2016.

WALDO, Wanderley. **Mediação**. Brasília/DF: MSD, 2004. Disponível em: <<http://www.egger.com.br/ie/mediacao.htm>>. Acesso em: 01 jun. 2016.

ANGHER, Anne Joyce. **Vede Mecum. Constituição Federal. Código de Processo Civil**. ed. Rideel, 2017.

BRASIL, **Projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil 8.046 de 2010**.

BRASIL, **Resolução 125 de 2010**.