XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS I

ADRIANA SILVA MAILLART

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

JANETE ROSA MARTINS

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

F723

Formas consensuais de solução de conflitos I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Adriana Silva Maillart; Caio Augusto Souza Lara; Janete Rosa Martins – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-742-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
http://unisinos.br/novocampuspoa/

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS I

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Formas Consensuais de Solução de Conflitos I, durante o XXVII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado em Porto Alegre-RS, de 14 a 16 de novembro de 2018, sob o tema geral: "Tecnologia, Comunicação e Inovação em Direito", em parceria com o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo das mais diversas formas consensuais de solução de conflitos. As formas consensuais de conflitos é um grande desafio para os pesquisadores diante da necessidade de instrumentos de ação social participativa no resgate da concretização dos direitos da cidadania e mudança de mentalidade dos operadores na emergência desses novos direitos.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares. Dessa forma, os 15 (quinze) artigos, ora publicados, guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

A Professora Adriana Silva Maillart da Universidade Nove de Julho e a mestre Virginia Grace Martins de Oliveira, na pesquisa intitulada "MEDIAÇÃO COMO FORMA DE DESJUDICIALIZAÇÃO E ADEQUADA NA GESTÃO DE CONFLITOS", analisam como o fenômeno da judicialização de conflitos, fomentado pelo aumento de direitos civis concedidos pelo Estado providência e pelo constitucionalismo na América Latina, contribuíram para a instauração da crise do Poder Judiciário. Investigaram como a solução desta crise pode colocar, em caminho reverso, a mediação como meio adequado de gestão de conflitos e contribuir para a desjudicialização.

A Investigadora Alessandra Miranda de Andrade, Mediadora vinculada ao Conselho Nacional de Justiça em Brasília e também Advogada, na pesquisa "O MEDIADOR FAMILIAR FRENTE A ALIENAÇÃO PARENTAL AGRAVADA PELA SÍNDROME DE MUNCHAUSEN", originou-se das reflexões proporcionadas por um caso concreto de alienação parental agravado pela “Síndrome de Munchausen por procuração” de uma criança em tenra idade. O caso enfrentado, sendo de extrema delicadeza, precisou de várias tentativas de audiências de mediação para, finalmente, chegar à pacificação social necessária para equilíbrio da linha parental da criança envolvida. Neste contexto, o trabalho buscou demonstrar que a mediação familiar pode servir como instrumento de solução da alienação parental agravada pela Síndrome de Munchausen.

Já na pesquisa “A (IM)POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DO JUIZ NA MEDIAÇÃO”, o mestrando Diego José Baldissera da Universidade Paranaense de Umuarama e seu orientador Celso Hiroshi Iocohama estudam o CPC/2015, que instituiu uma nova ideia de processo, incentivando a solução consensual de conflitos. Segundo eles, tal diploma unificou o procedimento sumário e o ordinário no agora chamado procedimento comum, que tem como fase inicial a realização de audiência de mediação ou conciliação. Assim, a mediação tem lugar quando houver, entre as partes, relação contínua, que não se extinguirá juntamente com o processo. Tendo em conta o aprofundamento das discussões que ocorrerão, deve ser vedado, ao magistrado, participar das sessões de mediação. Concluíram que, inobstante a chance de formação de pré-julgamento, as informações trazidas são, em regra, confidenciais e o mediador deve ter independência para conduzir o procedimento.

O mestre Rodrigo Crepaldi Perez Capucelli e o grande Professor Rubens Beçak da Universidade de São Paulo/Ribeirão Preto, no artigo “A (IN)DISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO NA UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM”, buscaram destacar os limitantes que baseiam o princípio da indisponibilidade do direito público como fator preponderante para a definição do campo de utilização da arbitragem para a resolução de conflitos surgidos no âmbito da administração pública. Para tanto, traçaram uma breve análise do próprio princípio da indisponibilidade aplicado ao direito público e de seus fundamentos, e a partir de então contextualizaram-no à luz da Constituição Federal de 1988, para que então fosse feita a análise das limitantes da aplicação do instituto da arbitragem, considerando especialmente suas recentes modificações dadas pela Lei 13.129/2015.

A Professora Fabiana Marion Spengler e o Procurador do Trabalho Márcio Dutra da Costa, ambos da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, argumentam que o art. 114, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 outorga ao Ministério Público do Trabalho a faculdade de, nos casos de greves em atividades essenciais com possibilidade de

lesão do interesse público, ajuizar dissídio coletivo, incumbindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito. Considerando o crescente desenvolvimento dos métodos de tratamento de conflitos (dentre eles, a mediação), o objetivo deste artigo foi averiguar a possibilidade de o Ministério Público do Trabalho mediar situações de greve em atividades essenciais. O método de abordagem utilizado foi o dedutivo, e o método de procedimento adotado foi o monográfico na investigação intitulada "A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO COMO MEDIADOR NOS CASOS DE GREVES EM ATIVIDADES ESSENCIAIS".

O trabalho denominado "A INFLUÊNCIA DOS ESTIGMAS PERANTE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA JUDICIALIZAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO RACIAL", de Mauri Quiterio Rodrigues, Mestrando da Unilasalle de Canoas, apresenta um estudo sobre a influência dos estigmas sobre a dignidade da pessoa humana na apuração de crimes de discriminação racial. Considerando o tratamento recebido pelas partes durante a apuração do crime nas diversas instâncias, relacionou-se o conceito de estigma a conceitos como intolerância, pessoa desacreditada e identidade social virtual trabalhadas na linha interacionista simbólica por Erving Goffman. Desta forma, através de um estudo exploratório com método baseado em pesquisa bibliográfica, realizada em fontes como livros, artigos, teses e dissertações na área de interpretação jurídica sociológica publicados de 2000 a 2017, fez-se uma análise dos dados coletados.

O casal de pesquisadores Cleide Marcia da Silva Araujo Secca e Luiz Carlos dos Santos Secca, da Região dos Lagos do Estado do Rio de Janeiro, no trabalho "A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO NO BRASIL", jogam luz no problema da institucionalização da mediação no Brasil através da construção do seu marco legal e o avanço de sua implementação enquanto política pública. O objetivo foi mostrar que as propostas legislativas ainda que regulem exaustivamente a matéria não são por si só suficientes para dar engrenagem à esta via consensual de solução de conflitos. Daí defenderam a importância da construção de parcerias e do impulso dado pelos órgãos públicos, sobretudo pelo Judiciário.

Estudando a institucionalização das ferramentas do mediador no manual da mediação judicial do Conselho Nacional de Justiça para formação dos profissionais que atuarão em juízo para solução adequada de conflitos, Vitalínio Lannes Guedes, Mediador Judicial e Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria-RS, desenvolveu a pesquisa chamada "A INSTITUCIONALIZAÇÃO DAS FERRAMENTAS DO MEDIADOR: A SOLUÇÃO DE CONFLITOS E O (NÃO) ROMPIMENTO COM O POSITIVISMO JURÍDICO". Pretendeu o autor verificar se a Resolução nº 125/2010, que atribuiu "ferramentas" ao mediador

judicial, possui dificuldade de romper com o positivismo jurídico, limitando o uso desses mecanismos. Segundo ele, interpretar filosoficamente mostra-se importante para verificar a tentativa do rompimento com o positivismo jurídico no processo civil brasileiro, para se obter um uso das técnicas institucionalizadas do mediador não preso a esta escola, permitindo ir além, utilizando-se o método hermenêutico-fenomenológico.

Na pesquisa "A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS O NOVO AMBIENTE PARA A JURISDIÇÃO: A ECO-JURISDIÇÃO COMPARTILHADA" Thaise Nara Graziottin Costa, Advogada, Mediadora Judicial e Doutora pela Universidade Estácio de Sá e sua colega Lídia Maria Ribas, Doutora pela PUC-SP, estudaram a mediação judicial e a nova jurisdição que se instauram após a implementação das Leis nº 13.105 e 13.140/2015. O objetivo da pesquisa foi direcionar o estudo ao novo modelo de jurisdição compartilhada, em um ambiente inovador da Eco-jurisdição. Nele, ultrapassa-se as barreiras da litigiosidade para assumir a jurisdição compartilhada, participativa e humanizada. Utilizou-se para tal trabalho a pesquisa bibliográfica, o método hipotético-dedutivo e as práticas metodológicas das autoras nos grupos de pesquisa que participam.

Por sua vez, os pesquisadores Sérgio Augusto da Costa Gillet e Letícia Marques Padilha, da PUC-RS, no artigo "A OBRIGATORIEDADE DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO: UM AVANÇO?", criticam a obrigatoriedade da audiência de conciliação e de mediação no Código de Processo Civil de 2015. A partir de abordagem indutiva com técnica de revisão de literatura, tece-se um panorama doutrinário e jurisprudencial acerca da solução consensual de conflitos com base na dinâmica da audiência do art. 334. Concluíram que a obrigatoriedade da audiência de conciliação e de mediação reveste-se de avanço, mas traz mais problemas que soluções aos jurisdicionados.

Denominada "A UTILIZAÇÃO DE DISPUTE BOARDS EM CONTRATOS INTERNACIONAIS FIRMADOS COM FINANCIAMENTO PELO BANCO MUNDIAL", a investigação realizada pela mestranda Suzane De França Ribeiro e sua orientadora Tania Lobo Muniz, ambas de Londrina-PR, expõe, nos contratos internacionais, as formas consensuais de resolução de conflitos. Um propagador dessas formas é o Banco Mundial, que tem como mecanismo oficial o Dispute Board - junta de especialistas, indicados pelas partes, com o objetivo de se prevenir ou solucionar controvérsias durante a execução do contrato. Segundo elas, Grandes contratos internacionais financiados pelo Banco Mundial contêm a cláusula de Dispute Board, quer pela eficácia na prevenção dos conflitos, quer pela economicidade e celeridade no tratamento dos dissensos, tornando-a atrativa por melhorar as atitudes dos contratantes e permitir a redução da utilização do meio judicial para resolver as pendências.

A arbitragem trabalhista é tema de estudo dos pesquisadores Giovanni Bonato e Elenn Maína Pinheiro Félix, de São Luís-MA. Tal forma está pautada no ordenamento pátrio e é identificada como método de resolução de conflitos capaz de proporcionar parâmetros de entendimento de sua possível aplicação nos conflitos individuais oriundos do Direito do Trabalho. Foram realizadas pesquisas em doutrinas, legislações e interpretações judiciais. Com a reforma trabalhista, concluiu-se que há a necessidade de inserção da arbitragem na seara trabalhista, contudo quando são analisados contratos individuais de trabalho deve ser evidenciado o artigo 507-A da Consolidação das Leis do Trabalho em decorrência da situação de hipossuficiência do trabalhador. A pesquisa foi denominada "ARBITRAGEM NA SEARA TRABALHISTA: O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO TRABALHADOR E A INOVAÇÃO DO ARTIGO 507-A DA CLT BRASILEIRA".

Na pesquisa científica "CONFLITOS IDENTITÁRIOS E MEDIAÇÃO ESCOLAR: A EXPERIÊNCIA DO PROJETO DE EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA DA UNIJUI-RS", as professoras Fernanda Serrer e Francieli Formentini apresentam a mediação escolar como instrumento de encontro das diferenças por meio do estabelecimento do diálogo. Denunciam que a lutas pela afirmação das diferenças no meio escolar têm provocado a elaboração de processos educativos que permitam inaugurar ações de reconhecimento do outro em sua "outridade". O trabalho apresenta também a mediação escolar como um mecanismo de reconhecimento e convívio com as diferenças e como o Projeto de Extensão Universitária "Conflitos Sociais e Direitos Humanos" da Unijuí-RS. Tal iniciativa tem, mediante a valorização da alteridade e a formação de laços de pertencimento, buscado desvelar subjetividades mais aptas a lidar com os conflitos escolares.

As juristas Ana Laura Weber e Angelita Maria Maders, do Rio Grande do Sul, em "DA CULTURA DO LITÍGIO À CULTURA DO CONSENSO: A MEDIAÇÃO COMO MECANISMO DE PACIFICAÇÃO SOCIAL EM SOCIEDADES PLURAIS E COMPLEXAS COMO A BRASILEIRA", arguíram se a mediação tem o condão de viabilizar uma transição da cultura da litigiosidade para a do consenso, com a efetivação de uma cultura de pacificação social mesmo em sociedades complexas. Primeiramente, são estudadas a cultura do litígio e a busca de solução dos conflitos no Judiciário. Posteriormente, é analisada a mediação como meio consensual de resolução de conflitos e sua capacidade de ensejar uma nova cultura. Observou-se que as vantagens de sua utilização se sobrepõem às do método tradicional de acesso à justiça, com resultados mais eficazes.

Por fim, a Professora Doutora Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau e sua orientanda Thaís Ferreira Dutra, ambas do Programa de Pós-graduação em Direito da vetusta casa de Afonso Pena (Faculdade de Direito da UFMG), apresentam a pesquisa "DA INVISIBILIDADE DO

CONFLITO À RENOVAÇÃO DO JUDICIÁRIO NO ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER", em que afirmam que desde a promulgação da Constituição da República de 1988, mudanças significativas têm marcado a atuação do Judiciário brasileiro no enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher. Da invisibilidade do problema à abordagem psicossocial dos litígios, hoje verificada em alguns tribunais do país, é possível traçar, para elas, uma linha de tempo com marcos relevantes, que demonstram uma clara renovação dos métodos de abordagem dos conflitos. O artigo analisa o período de omissão estatal, a aplicação da Lei 9.099/95, a edição da Lei Maria da Penha e o uso atual de práticas focadas nas necessidades psicológicas e emocionais dos envolvidos.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Coordenadores:

Adriana Silva Maillart - Universidade Nove de Julho

Caio Augusto Souza Lara – Faculdade Arnaldo/Escola Superior Dom Helder Câmara

Janete Rosa Martins - Universidade Regional Integrado do Alto Uruguai e das Missões

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

DA CULTURA DO LITÍGIO À CULTURA DO CONSENSO: A MEDIAÇÃO COMO MECANISMO DE PACIFICAÇÃO SOCIAL EM SOCIEDADES PLURAIS E COMPLEXAS COMO A BRASILEIRA

FROM THE CULTURE OF THE LITIGATION TO THE CULTURE OF THE CONSENSUS: MEDIATION AS A MECHANISM OF SOCIAL PACIFICATION IN PLURAL AND COMPLEX SOCIETIES LIKE BRAZILIAN

Ana Laura Weber [1]
Angelita Maria Maders [2]

Resumo

Neste artigo objetiva-se refletir se a mediação tem o condão de viabilizar uma transição da cultura da litigiosidade para a do consenso, com a efetivação de uma cultura de pacificação social mesmo em sociedades complexas. Primeiramente, são estudadas a cultura do litígio e a busca de solução dos conflitos no Judiciário. Posteriormente, é analisada a mediação como meio alternativo de resolução de conflitos e sua capacidade de ensejar uma nova cultura. Observou-se que as vantagens de sua utilização se sobrepõem às do método tradicional de acesso à justiça, com resultados mais eficazes.

Palavras-chave: Cultura do litígio, Cultura do consenso, Mediação, Resolução de conflitos, Pacificação social

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to reflect if mediation has the power to make possible a transition from the culture of litigiousness to that of consensus, with the realization of a culture of social pacification even in complex societies. Firstly, the culture of litigation and the search for solution of conflicts in the Judiciary are studied. Subsequently, mediation is analyzed as an alternative means of conflict resolution and its capacity to create a new culture. It was observed that the advantages of its use overlap with those of the traditional method of access to justice, with more effective results.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Culture of litigation, Consensus culture, Mediation, Conflicts resolution, Social pacification

---

[1] Mestre em Direito pela URI - Campus de Santo Ângelo/RS. Pós-graduanda em Direito Processual Civil pelo CERS/Estácio de Sá. Mediadora Judicial em capacitação pelo NUPEMEC-TJRS.

[2] Defensora Pública do Estado do RS. Professora do PPGD da URI Campus de Santo Ângelo/RS. Doutora em Direito pela Universidade de Osnabrück (Alemanha). Pós-doutorado pela Universidade de Santiago do Chile.

1 INTRODUÇÃO

O ser humano, como ser social, tem necessidade de se relacionar. Ele está no mundo e com o mundo (FREIRE, 1983), auto-retro-relacionando-se. Ele define-se na relação indivíduo/sociedade/espécie, o que Edgar Morin (2003) denomina de trindade humana. Em virtude disso, está sujeito a conflitos, por serem estes inerentes às relações interpessoais, o que afeta a coletividade. Em um Estado Democrático de Direito, cabe ao poder estatal, por meio do Direito, solucionar e prevenir os conflitos existentes, gerados nessas inter-relações, como forma de manter a paz social. Mas isso nem sempre foi assim, pois, nos primórdios da humanidade, os conflitos eram resolvidos com base na lei do mais forte, pelo uso da força e da violência, em que a parte mais fraca era, consequentemente, a parte perdedora. Com o passar dos anos e o desenvolvimento das sociedades, esse cenário foi modificado, e a solução dos conflitos passou a ser colocada nas mãos do Estado-juiz, que decide quem possui o "melhor direito". Isso, entretanto, não significa que não se utiliza mais da força ou da violência. O que modificou é que, na atualidade, elas foram legitimadas e passaram a ser exercidas pelo Estado com o nome de Direito; afinal, é a partir da violência que este exerce sua força impondo obediência.

Ocorre que o número de conflitos aumentou, assim como sua complexidade, na mesma ou em maior proporção à evolução social, o que ensejou uma gama de demandas que estão aquém da capacidade de atendimento por parte do Judiciário e do modelo de solução de conflitos instituído. Em decorrência do grande número de ações ajuizadas, observou-se uma excessiva duração dos processos. Isso, aliado ao alto custo, à lentidão na movimentação dos autos em face da burocracia procedimental, faz com que a solução dos litígios supere o limite de tempo tolerável pelos cidadãos e, portanto, inviabiliza o exercício do direito de acesso à justiça. Não bastasse isso, gera sentimentos de descrença no Poder Judiciário, visto como ineficiente em sua atuação jurisdicional como agente estatal.

O papel jurisdicional do Estado vem, portanto, perdendo eficácia e credibilidade frente à sociedade, que se torna cada vez mais complexa e litigiosa. Vivencia-se, pois, uma crise no sistema de justiça brasileiro, já que os métodos tradicionalmente empregados se veem desconexos com a realidade social contemporânea, marcada pelo desenvolvimento de sociedades plurais. Diante desse cenário, o legislador e os aplicadores do Direito precisaram repensar o modelo de prestação jurisdicional e adotar medidas para que a atuação estatal permitisse o alcance de resultados concretos condizentes com as expectativas dos cidadãos e com a efetivação da garantia constitucional do acesso à justiça.

Nessa incessante busca por uma melhor forma de resolução dos conflitos encaminhados ao Judiciário, houve uma maior valorização das técnicas alternativas para a solução de conflitos, a exemplo da mediação. Dessa forma, com a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, foi instituída a Política Nacional de tratamento aos conflitos de interesses, a qual incumbiu aos órgãos judiciários o oferecimento de meios de soluções de controvérsias, ou seja, meios consensuais de resolução de conflitos, dentre eles a mediação. Seguindo o curso dessa nova onda renovatória de acesso à justiça, o Novo Código de Processo Civil passou também a estimular o uso de métodos alternativos/autocompositivos de resolução de conflitos, destacando-se, dentre eles, a mediação, que é objeto de estudo neste artigo.

Neste artigo, então, objetiva-se refletir se a mediação, por meio do diálogo e da utilização de técnicas adequadas à construção de uma decisão, tem o condão de viabilizar uma transição da cultura da litigiosidade para a cultura do consenso, e, portanto, para a efetivação de uma cultura de pacificação social em sociedades cada vez mais plurais e complexas, a exemplo da brasileira, na qual se limita o estudo, fator que reflete, primeiramente, na esfera jurídica de prestação jurisdicional do Estado e, consequentemente, na sociedade.

Assim, pautando-se em uma pesquisa bibliográfica, consubstanciada na leitura e análise da doutrina e da legislação brasileira para o aprofundamento teórico e apoiando-se em um método dedutivo de desenvolvimento para tanto, o artigo está estruturado em duas partes. Na primeira, é analisada a cultura do litígio, inserida há longa data na sociedade, tanto que a maioria dos conflitos são levados à apreciação do Judiciário para obtenção de uma resposta na forma ganhador-perdedor, a qual já não é mais considerada eficiente e suficiente. Na segunda parte, são analisados aspectos inerentes à mediação que viabilizam sua utilização como meio alternativo de resolução de conflitos para dar ensejo a uma nova cultura, a do consenso, em que as vantagens de sua utilização se sobrepõem às do método tradicional de acesso à justiça, por ser mais satisfatória, justa, com um método que traz resultados mais eficazes e que visam à qualidade de vida do jurisdicionado/cidadão no sentido da pacificação social.

2 A ENRAIZADA CULTURA DO LITÍGIO E O INÍCIO DE UMA MUDANÇA DE PARADIGMAS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

O convívio do ser humano em uma sociedade de liberdade individual somada a uma coletividade de direitos, acaba por criar divergências naturais com consequentes conflitos entre as relações humanas. O homem é, de fato, um ser relacional, e cada pessoa possui

vivências, características e peculiaridades singulares, de modo que é praticamente "impossível uma relação interpessoal plenamente consensual" (VASCONCELOS, 2016, p. 21); o surgimento de pendências e conflitos é inevitável e inerente ao convívio social.

É comum que o conflito, desde os tempos mais antigos, seja visto como um fator negativo, caracterizado na ligação com antagonismos, divergências e rompimentos de relações, assumindo uma feição incômoda no imaginário e no discurso das sociedades (BRIQUET, 2016). Nesse sentido, Christopher W. Moore afirma que:

> Todas as sociedades, comunidades, organizações e relacionamentos interpessoais experimentam conflitos em um ou outro momento no processo diário de interação. O conflito não é necessariamente ruim, anormal ou disfuncional, é um fato da vida. [...]
> Entretanto, o conflito pode ir além do comportamento competitivo e adquirir o propósito adicional de infligir dano físico ou psicológico a um oponente, até mesmo a ponto de destruí-lo. É aí que a dinâmica negativa e prejudicial do conflito atinge seu custo máximo (1998, p. 5).

Em que pese ser o conflito um fenômeno natural, inerente ao convívio em sociedade, ele não pode ficar estagnado em uma concepção conformista, mas deve ser visto como uma realidade que também apresenta perspectivas positivas. Ele representa fator elementar na motivação de mudanças, para que os conflitantes sejam retirados da inércia e da estagnação (SIMMEL, 1983). Mais do que um atraso, ele deve ser visto como mola propulsora da sociedade.

O conflito possui inúmeras conceituações e denominações. Do ponto de vista jurídico, considera-se conflito toda controvérsia, contenda, insatisfação de uma parte relacionada a interesses que geram um litígio. Os conflitos de interesses são considerados aqueles que partem de ideias e desejos contrapostos em que o objeto é o bem da vida. Os conflitos podem ser considerados

> [...] situações em que uma pessoa, pretendendo para si determinado bem, não pode obtê-lo – seja porque (a) aquele que poderia satisfazer a sua pretensão não a satisfaz, seja porque (b) o próprio direito proíbe a satisfação voluntária da pretensão (p. ex., a pretensão punitiva do Estado não pode ser satisfeita mediante um ato de submissão do indigitado criminoso) (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p. 26).

Ocorre, no entanto, que as interações entre as pessoas não são sempre tranquilas; podem ser complementares, antagônicas ou dialógicas, segundo Morin (2003), e, desde cedo, as pessoas aprendem a discutir como forma de solucionar suas controvérsias. São ensinadas a ganhar e a perder, a vencer com os argumentos, a argumentar, contrariar, não para demonstrar seus objetivos e desejos, mas para derrotar o outro (WARAT, 2018). Há, portanto, a

necessidade de se estabelecer mecanismos de controle em uma sociedade, com a regulamentação da interação social, em especial por meio do Direito, para que seja possível a sua subsistência nos limites adequados. Desse modo, para fins jurídicos, o conflito apenas interessa ao Direito quando transformado em lide, ou seja, quando o cidadão ingressa com uma demanda perante o Poder Judiciário, colocando em suas mãos o poder de resolver o conflito que o trouxe até ali. A ideia de solução de conflitos está, então, estreitamente atrelada à intervenção do Judiciário.

Todavia, não foi esse o método mais comum e/ou o mais utilizado pelas sociedades ao longo da história. Inicialmente, o único e o mais utilizado meio de resolver as disputas era através da vingança privada, chamada de autotutela, a mais antiga dentre os meios de solução de conflitos. Nesse sentido, de se recordar que, nas civilizações primitivas, não havia um Estado centralizado e leis que regulassem a vida em sociedade, por isso, a autotutela era o meio através do qual os sujeitos resolviam suas pendências, geralmente usando da força e da violência.

Esse meio de resolução de conflitos é visto como precário, uma vez que não garante justiça, mas a vitória do mais forte, mais astuto ou mais ousado em detrimento do mais fraco ou mais tímido, pois não há a presença de um terceiro, de um juiz entre as partes, senão a imposição da decisão de uma sobre a outra (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011). Em sua grande maioria, os ordenamentos jurídicos, a exemplo do brasileiro, coíbem a prática da autotutela. O artigo 345 do Código Penal brasileiro, no capítulo referente aos crimes contra a administração da justiça, trata do chamado exercício arbitrário das próprias razões, dispondo que é considerado crime “fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite” (BRASIL, 2018). A parte final do artigo 345 refere-se às exceções previstas no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, quando a autotutela é permitida. A título meramente exemplificativo, dentre as exceções da proibição da autotutela estão a legítima defesa, o desforço imediato da posse e o direito de retenção.

Com o advento das sociedades modernas, o Estado-juiz passou a exercer o monopólio na resolução dos conflitos. É ele que detém o poder de dar solução impositiva aos casos concretos, assumindo, assim, com exclusividade a administração dos conflitos sociais. Em virtude disso, foi necessário viabilizar o acesso das pessoas ao sistema de justiça dessa forma instituído. Ao longo dos séculos XVIII e XIX, a solução de litígios estava concentrada na ideologia de direito individual, ou seja, o indivíduo ofendido propunha ou contestava uma ação, sem a necessidade de intervenção do Estado para garantir esse direito. No entanto, o acesso à justiça, apesar de considerado um direito natural, era apenas uma garantia formal,

pois somente era exercido por aqueles que pudessem arcar com os custos do processo (CAPPELLETTI; GARTH, 2002).

Com o passar dos anos, as relações passaram a assumir um caráter mais coletivo do que individual, deixando para trás a formação individualista do Direito e passando o Estado a desempenhar função mais ativa no reconhecimento dos direitos e deveres sociais, tornando-os acessíveis a todos. Com essa nova caracterização surge, portanto, a necessidade de o Estado agir para garantir ao cidadão o gozo de todos esses direitos sociais, momento no qual o acesso à justiça ganha maior atenção (CAPPELLETTI; GARTH, 2002). Dessa forma, não bastava o reconhecimento dos direitos e deveres sociais do cidadão, havia a necessidade de dar-lhes efetividade jurídica e prática, bem como novos instrumentos para garanti-los. Com isso, o direito ao acesso à justiça não veio apenas como um direito social fundamental, que foi crescentemente reconhecido, ele passou a ser considerado o centro da moderna processualística (CAPPELLETTI; GARTH, 2002). Foi fortalecido, portanto, o entendimento de que o Judiciário é o grande administrador dos conflitos e que o Estado, através dele, tem os mecanismos capazes de pôr fim aos conflitos de forma justa. Seria o chamado monopólio estatal de pacificação social.

Esse método refere-se à chamada heterocomposição, na qual há a presença de um terceiro que possui poder de decisão sobre as partes. Conforme preleciona Mauricio Delgado (2002), a heterocomposição ocorre quando o conflito é solucionado pela intervenção de um agente estranho à relação conflituosa original. É quando as partes, ou uma delas, unilateralmente, submetem a um terceiro seu conflito, dando a ele poderes em busca da solução a ser firmada. A doutrina entende como métodos heterocompositivos a arbitragem e a jurisdição, definindo Fernanda Tartuce (2015) que, na primeira via, da arbitragem, as partes escolhem um terceiro de sua confiança que possui o dever de decidir o impasse apresentado por elas; e, na segunda via, a da jurisdição, uma das partes procura o Judiciário para obter uma decisão proferida por uma autoridade estatal acerca do conflito por ela apresentado.

Dessa feita, a ideia de resolução de conflitos foi evoluindo e está atualmente atrelada ao Judiciário, onde o Estado-juiz conduz o processo e decide aquilo e somente aquilo que consta nos autos. Diante dessa perspectiva, a sociedade atual encontra-se voltada a uma cultura do litígio, em que os conflitos são transferidos para a esfera jurídica no intuito de que o ente estatal decida quem é o vencedor e quem é o perdedor.

A heterocomposição, portanto, é um dos métodos que efetiva o direito de acesso à justiça. No entanto, importante mencionar que não se pode relacionar o conceito de acesso à justiça a acesso ao Judiciário, uma vez que, ao enfrentar o sistema jurisdicional, o cidadão

inicialmente já se depara com dificuldades que fazem mitigar o desempenho do acesso à justiça em seu sentido amplo. O que deve ser realmente questionado, assim, é a real efetividade desse direito, tendo em vista que, de maneira formal, todo e qualquer cidadão o possui. Trata-se de um direito humano. É nesse sentido que a expressão "acesso à justiça" passa a apresentar necessidades mais vastas, não apenas com uma prestação jurisdicional efetiva, mas também satisfatória e de qualidade (PIOVESAN, 2015).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, além de ser o grande marco para a redemocratização após um longo período de ditadura militar, destacou-se por garantir direitos fundamentais a todo e qualquer cidadão, por atribuir ao Judiciário a responsabilidade de assegurar esses direitos e garantir ao cidadão o amplo acesso à justiça. O fortalecimento do Estado como grande administrador dos conflitos, juntamente com a democratização do acesso à justiça, entretanto, causou uma explosão de demandas no Judiciário, o qual, em contrapartida, não encontrou estrutura propícia para responder à altura dos jurisdicionados. "A sobrecarga dos tribunais, a morosidade dos processos, seu custo, a burocratização da justiça, a complicação procedimental, tudo leva à insuperável obstrução das vias de acesso à justiça e ao distanciamento cada vez maior entre o Judiciário e seus usuários" (GRINOVER, 2000, p. 19). Com isso, a prestação de tutela jurisdicional perdeu sua eficiência. A descrença por parte dos cidadãos quanto aos meios estatais de solução de conflitos cresceu, resultando em uma verdadeira crise de legitimidade do Judiciário. Nesse sentido, Silva refere que:

> A nossa realidade é caracterizada por um cultura demandista, uma vez que as pessoas se acostumaram a confiar a decisão de suas contendas a um terceiro imparcial, como se fosse mais capaz do que os próprios conflitantes de promover a justiça no caso concreto. Além disso, o magistrado, em regra, adota uma postura direcionada para solução impositiva do conflito, através da sentença, e não para sua pacificação por meio da promoção do diálogo (2013, p. 161).

Em meio a esse cenário surge a necessidade de "[...] mudar o paradigma, recodificando valores e hábitos de cultura da conflituosidade (antagonista) rumo à cultura da pacificação (convivencial)" (SILVA, 2013, p. 161), ou seja, deve ser contemplado, ampliado e aperfeiçoado o direito de acesso à justiça, com o incentivo de mecanismos que venham a auxiliar o sistema judiciário no tratamento dos litígios, através dos meios alternativos de tratamento de conflitos, vistos como verdadeiros instrumentos de garantia da cidadania e de pacificação social. Essa necessidade encontra respaldo na autocomposição, método de resolução de conflitos em que, diferentemente da autotutela e da heterocomposição, ambas as partes podem ser vencedoras, ou seja, as próprias partes envolvidas no conflito possuem o

poder de geri-lo. Dessa forma, a autocomposição é considerada a mais privilegiada entre as formas de solução de conflitos, pois nela as próprias partes envolvidas solucionam o conflito por meio do diálogo e do consenso, não havendo o emprego de força e muito menos de violência.

Corroborando com essa ideia, seguem os ensinamentos de Grinover:

> A crise da Justiça, representada principalmente por sua inacessibilidade, morosidade e custo, põe imediatamente em realce o primeiro fundamento das vias conciliativas: o "fundamento funcional". Trata-se de buscar a racionalização na distribuição da Justiça, com a subsequente desobstrução dos tribunais, pela atribuição da solução de certas controvérsias a instrumentos institucionalizados que buscam a autocomposição (2018, s.p.).

No mesmo sentido, é possível afirmar que

> [...] a busca pelo consenso e de mecanismos que o possibilitem vem sendo a tônica nas organizações, na legislação e na atuação dos órgãos estatais na administração da justiça por ser extremamente vantajoso que as partes se comuniquem para verdadeiramente buscar a superação do impasse (TARTUCE, 2015, p. 47).

O método da autocomposição devolve às partes envolvidas no litígio a responsabilidade quanto às decisões que, de forma conjunta, serão construídas, tendo como principal objetivo oportunizar aos conflitantes um diálogo construtivo com a busca, por eles próprios, de soluções adequadas para seu caso. Na autocomposição, poderá existir a figura de um terceiro que facilitará o diálogo entre as partes para encontrar uma solução para o conflito, como no caso da mediação; esse terceiro poderá propor soluções para o caso concreto, como no caso da conciliação; e haverá a possibilidade de apenas os envolvidos participarem da resolução do litígio, não existindo a figura do terceiro, como é o caso da negociação. As três formas citadas são exemplos de meios autocompositivos de resolução de conflitos.

Como se pode perceber, a cultura do litígio, infelizmente, já está enraizada na sociedade como um todo. Os métodos de solução de conflitos vêm para modificar esse quadro, para que o conflito não seja visto como algo necessariamente negativo, mas para que o Estado possa dar respostas mais efetivas, satisfatórias e de qualidade às necessidades do cidadão, para que promova de forma plena o acesso à justiça e o direito à cidadania.

Com o surgimento dos métodos autocompositivos de solução de conflitos e sua utilização na prática forense, as partes em litígio passaram a serem incumbidas do papel de elas próprias gerirem seus conflitos, de construir conjuntamente uma resposta para ele, diferentemente do que acontece na jurisdição tradicional, onde não são autores. Tem-se, pois,

que, no caminho para alcançar a solução de um litígio, existem duas possibilidades: de um lado, a busca pela jurisdição tradicional, por meio do processo judicial, em que a solução imperativa é dada pelo representante do Estado, no caso, o magistrado, na forma de uma sentença judicial que define o ganhador e o perdedor; de outro lado, há os métodos autocompositivos, em que os próprios envolvidos, com auxílio ou não de um terceiro, constroem a solução mais adequada para resolver o conflito, através do diálogo, do equilíbrio, do empoderamento, da empatia e do comprometimento com o que for decidido mutuamente. Como um desses meios alternativos de solução de conflitos tem-se a mediação, da qual se ocupará o presente texto a partir de agora.

3 A CULTURA DO CONSENSO: A MEDIAÇÃO COMO MEIO DE PACIFICAÇÃO SOCIAL

O Direito, ligado à função do Estado-juiz, possui raízes no entendimento positivado, ou seja, a condução do processo é levada de acordo com o que consta nos autos do processo e de acordo com a legislação vigente. Diante disso, depara-se com o fato de que a sociedade encontra-se, atualmente, imersa em uma cultura da litigiosidade, segundo a qual a carga de conflitos acaba sendo transferida para a esfera jurídica, com o intuito de que o ente estatal, o Judiciário, decida quem é o vencedor e quem é o perdedor no caso concreto.

No entanto, por não satisfazer de forma efetiva e de qualidade os anseios do cidadão quanto à resposta buscada por ele no tratamento do conflito pela jurisdição, essa cultura da litigiosidade começa a sofrer a influência do surgimento e da utilização dos meios alternativos de solução de conflitos, que passaram a ter mais força para a gestação de uma nova cultura: a do diálogo e do consenso.

De acordo com os defensores dos métodos alternativos de resolução de conflitos, a sua inclusão deve ser vista como condição para o funcionamento adequado da justiça, diante da sua complementação ao sistema tradicional, visionando a melhor efetivação dos resultados (MORAIS; SPENGLER, 2012). É, portanto, a partir do entendimento de que a justiça pode ser encontrada e efetivada por outros caminhos, que os meios alternativos de resolução de conflitos passaram a ganhar força. Diante disso, pode-se afirmar que

> [...] um dos grandes desafios do Poder Judiciário, no século XXI, consiste em combater a posição singularista de que para cada conflito de interesse só pode haver uma solução correta – a do magistrado, que, sendo mantida ou reformada em grau recursal, se torna a ‘verdadeira solução’ para o caso. A ideia de que o jurisdicionado, quando busca o Poder Judiciário, o faz na ânsia de receber a solução de um terceiro para suas questões, vem, progressivamente, sendo alterada para uma visão de Estado

> que orienta as partes a resolverem, de forma mais consensual e amigável, seus próprios conflitos e, apenas excepcionalmente, como última hipótese, se decidirá em substituição às partes (SOUZA et al., 2016, p. 29).

Em meio à crise, foi desencadeada, portanto, uma redefinição do papel do Judiciário na sociedade, com o estabelecimento de uma nova face: um local onde o cidadão busca e encontra soluções para seus conflitos, um centro de harmonização social com a efetivação plena do direito de amplo acesso à justiça (SOUZA et al., 2016). Passou-se a vislumbrar a necessidade de adoção de políticas públicas de cunho pacificador, no intuito de auxiliar a desafogar o Judiciário e possibilitar a solução de conflitos através de um sistema mais eficiente, de qualidade e acessível a todos, conjuntamente com o método tradicional de ajuizamento de ações; tudo isso aliado ao interesse em realizar uma verdadeira mudança cultural da sociedade, em que seja priorizado o consenso ao invés do litígio.

De se recordar, nessa tangente, que a Constituição Federal de 1988 traz, já em seu preâmbulo, a expressão de sua fundamentação na harmonia social e o comprometimento com a ordem interna e internacional, além de afirmar o compromisso com a solução pacífica das controvérsias. Foi, no entanto, apenas no ano de 2010, mais precisamente em 29 de novembro, com a Resolução nº 125, que o Conselho Nacional de Justiça – CNJ passou a estimular esse compromisso com a solução pacífica das controvérsias, tendo instituído a Política Nacional de tratamento aos conflitos de interesses, a qual incumbiu aos órgãos judiciários o oferecimento de meios de soluções de controvérsias, ou seja, de meios consensuais de resolução de conflitos, dentre eles a mediação. Assim, em que pese ser uma prática largamente utilizada em outros países, como Argentina, Portugal, Canadá e Estados Unidos, no Brasil a mediação apenas passou a ser positivada recentemente (CURI NETO, 2018, s.p.).

Pela Resolução nº 125/2010 do CNJ, ficou determinado que os Tribunais brasileiros prestassem atendimento e orientação ao cidadão, com a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, os NUPEMEC´s, bem como a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, conhecidos como os CEJUSC´s, os quais realizam conciliações e mediações, cujas sessões/audiências são realizadas por conciliadores e mediadores credenciados junto ao Tribunal. Houve, portanto, uma ampliação das formas de tratar o conflito, o que proporcionou uma abrangência maior da atuação do Judiciário frente ao cidadão e às complexidades da sociedade atual. Conforme consta no Manual de Mediação Judicial, elaborado em 2016,

> [...] com a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, começa-se a criar a necessidade de tribunais e magistrados abordarem questões como solucionadores de problemas ou como efetivos pacificadores – a pergunta recorrente no Poder Judiciário deixou de ser "como devo sentenciar em tempo hábil" e passou a ser "como devo abordar essa questão para que os interesses que estão sendo pleiteados sejam realizados de modo mais eficiente, com maior satisfação do jurisdicionado e no menor prazo" (SOUZA et al, 2016, p. 41).

Com a vigência do Novo Código de Processo Civil, essa ideia dos meios alternativos de resolução de conflitos ganhou ainda mais força, pois o referido diploma legal, já nas normas fundamentais, traz uma mudança no sistema processual brasileiro, voltado à litigiosidade. No seu artigo 3º, §2º, o Novo CPC determina que "o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos", e no §3º do mesmo artigo determina que "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, 2018). Além de priorizar a mediação e a conciliação no atual Código de Processo Civil, o legislador também elaborou a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, mais conhecida como "Lei de Mediação", que dispõe acerca da mediação judicial e extrajudicial como meios de solução de controvérsias entre particulares, trata da autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública e fornece, em seu artigo 1º, §1º, o conceito de mediação como sendo 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" (BRASIL, 2018).

Em virtude da publicação do Novo Código de Processo Civil e da Lei nº 13.140/2015, a Resolução nº 125/2010 do CNJ foi alterada em 08 de março de 2016 por meio da Emenda nº 2, para criar o Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores, com o objetivo de apoiar os tribunais que não tenham desenvolvido o cadastro estadual. Importante mencionar, ainda, que a mediação pode atualmente ser realizada nos Tabelionatos de Notas, tendo o Conselho Nacional de Justiça editado recentemente o Provimento nº 67, de 26 de março de 2018, o qual dispõe sobre os procedimentos de conciliação e de mediação nos serviços notariais e de registro do Brasil.

A mediação, tratada de forma exclusiva a partir de agora, tem como principal objetivo o restabelecimento da comunicação entre as partes e não apenas o acordo em si. É a partir do restabelecimento de um diálogo eficiente que se pode promover a preservação do relacionamento entre as partes, bem como prevenir novos conflitos. Por alcançar uma maior profundidade quanto às questões, interesses e sentimentos das partes envolvidas e, portanto, ultrapassar a questão jurídica, a mediação é destinada àqueles conflitos nos quais existe

relação prévia e duradoura entre as partes, casos em que restabelecer o vínculo e o diálogo entre elas se mostra essencial para garantir que não venha a ocorrer a litigiosidade remanescente (TARTUCE, 2015).

A figura do mediador, na mediação, tenta descobrir a causa do conflito e removê-la, restabelecendo o diálogo entre os mediandos para que eles mesmos resolvam a questão que os trouxe até ali. De acordo com o entendimento de Didier Jr.,

> [...] o mediador exerce um papel um tanto diverso. Cabe a ele servir como veículo de comunicação entre os interessados, um facilitador de diálogo entre eles, auxiliando-os a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam identificar, por si mesmos, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. Na técnica da mediação, o mediador não propõe soluções aos interessados (2015, p. 276).

Pode-se afirmar, ainda, que a mediação

> [...] é um mecanismo de solução de conflitos, no qual um terceiro imparcial e com capacitação adequada facilita a comunicação entre as partes, sem propor ou sugerir quanto ao mérito, possibilitando o diálogo participativo, efetivo e pacífico, permitindo-se a construção de uma solução satisfatória pelas próprias partes. A mediação possibilita, por meio de técnicas próprias, utilizadas pelo mediador, a identificação do conflito real vivenciado, suas possíveis soluções. [...] A mediação objetiva, por suas características, além da solução de conflitos, a manutenção e o restabelecimento de vínculos e a pacificação das relações individuais e coletivas (SALES; CHAVES, 2018).

Dessa forma, o mediador, na sessão de mediação, não faz propostas; ele apenas auxilia os mediandos a chegarem a uma resolução para sua questão, restabelecendo o diálogo entre eles com a preservação das relações, tendo por objetivo propiciar o tratamento das divergências entre as partes, estimulando a consensualidade, a empatia, a afetividade e o restabelecimento e preservação da relação que antes ali existia, resultados que seriam dificilmente conquistados com a decisão judicial (SPENGLER, 2012). A mediação é, portanto, “um espaço democrático, em que as partes e o mediador compartilham um espaço comum e participativo, com vistas à construção de um consenso” (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 147).

Existe a latente necessidade, assim, de se ter em mente “[...] a relevância da utilização da mediação em uma sociedade cada vez mais intrincada, plural e multifacetada, produtora de demandas que a cada dia se superam qualitativa e quantitativamente” (SPENGLER, 2010, p. 319). Deve ser deixado para trás o pensamento de que um sistema apenas é eficiente quando cada conflito busca a intervenção jurisdicional, e ser buscado o

conhecimento, entendimento e aprimoramento de uma concepção de um sistema de verdadeira resolução de conflitos, eficaz e de qualidade, que busca não apenas a resolução dos conflitos, mas também sua prevenção, tudo de acordo com as necessidades e interesses dos cidadãos. A mediação é, portanto, de acordo com a Resolução nº 125/2010 do CNJ, instrumento efetivo de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e a sua apropriada disciplina nos programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças. A pacificação social decorrente dessa política é notória, na medida em que, conciliadas ou mediadas, as partes deixam de gerar novas demandas e ganham confiança no sistema de justiça (BRASIL, 2018).

Assim sendo, emerge uma nova era no tratamento dos conflitos, em que a cultura do litígio passa a dar lugar à cultura da pacificação social, em que o consenso surge como o principal articulador das novas práticas e que, através da mediação e dos demais meios autocompositivos, pode representar verdadeira mudança de paradigmas na sociedade como um todo, possibilitando ao cidadão uma maneira autônoma de resolver seus conflitos e necessitando recorrer à tutela jurisdicional do Estado, apenas em último caso (WARAT, 2004).

O citado autor possui um entendimento diverso acerca da mediação, nos moldes como idealizada no Direito brasileiro a partir do Código de Processo Civil de 2015 e da Lei de Mediação. As ideias de Luis Alberto Warat, relacionadas ao que ele chama de mediação ecológica, fazem parte de um modelo ao qual se dá o nome de modelo de mediação waratiana, que fala de amor, transformação e produção da diferença. Os métodos nesse modelo de mediação, de acordo com o autor, não condizem com a mediação jurídica obrigatória também empregada na Argentina, como instância pré-procedimento, que em muito se assemelha à técnica autocompositiva da mediação utilizada atualmente nos Tribunais brasileiros, desenvolvida e expandida a partir das práticas elaboradas nos Estados Unidos como meios não adversariais de solução de conflitos. Warat acredita que a mediação sob esse enfoque se aproxima mais de uma negociação ou de uma conciliação. Para ele, os litígios, como formas jurídicas do conflito, não podem ser submetidos à mediação (WARAT, 2018). O referido autor, ainda, faz uma divisão entre duas correntes de mediadores: os de orientação acordista, que visualizam o conflito como um problema que um acordo resolverá; e os de orientação transformadora, que veem o conflito como uma oportunidade para o crescimento das partes e melhora no relacionamento entre elas, criticando veementemente a primeira corrente e acreditando ser esta a utilizada nas mediações judiciais (WARAT, 2018).

As contribuições de Warat no campo da mediação, independentemente do entendimento quanto à sua utilização, são trazidas com o intuito de dar maior riqueza e aprofundamento ao texto, respeitando-se sempre o posicionamento do autor quanto as separações e divisões desse termo. Para ele,

> [...] recorrendo à mediação deveríamos, a princípio, deixar de lado as principais funções operativas, míticas e políticas do sistema jurídico. Em seu lugar, surge a resolução jurídica dos conflitos que atende a uma satisfação de todas as partes e que está baseada em uma proposta autorregulada por elas mesmas, com o apoio de um mediador, que colabora na escuta, na interpretação e na transformação. Uma proposta jurídica de resolução de conflitos que escapa do normativismo. A mediação é a melhor fórmula, até agora encontrada, para superar o imaginário do normativismo jurídico. [...]
> A mediação, assistida pelo mediador, aponta para a produção de uma diferença no conflito que pode ou não determinar a chegada de um acordo ou à produção de uma decisão resolutiva (2018, p. 20).

Em uma de suas obras, intitulada "A ciência jurídica e seus dois maridos", Warat (2000) leciona que é possível ao Direito seguir dois caminhos: o da busca por pensamentos livres e críticos, capazes de transformar a sociedade, ou o caminho das verdades prontas e interpretações falhas que tenderia às castrações, cuja gênese é a dominação e o autoritarismo. A mediação como método autocompositivo de resolução de conflitos faria parte do primeiro caminho, de modo que ela pode ser um mecanismo efetivo de pacificação social. O autor refere, ainda, que a mediação não pode ser unicamente pensada em termos jurídicos, pois é uma técnica ou um saber que pode ser utilizado e interpretado nas mais variadas instâncias, como na psicanálise, na pedagogia, nos conflitos institucionais e comunitários. Ela está, pois, "ligada aos tipos de procedimentos que hoje podem conduzir para uma radical modificação no sistema de soluções ou transformações de conflitos e, de modo muito especial, dos jurídicos" (WARAT, 2018, p. 18).

Além disso, a mediação pode ser vista como a melhor forma de realização da autonomia, da cidadania, da democracia e dos direitos humanos, inerentes a todo cidadão, como uma possibilidade de transformação dos conflitos que aponta não apenas para uma decisão em si, no sistema do ganhador-perdedor, mas direcionada a uma melhor qualidade de vida e relacionamento entre as partes envolvidas no conflito, ou seja, é um outro tipo de visão na administração e resolução dos conflitos, os quais, em sua forma tradicional, utilizavam unicamente a lei como referência (WARAT, 2018). Isso pode ser muito benéfico na solução de controvérsias complexas em sociedades e relações cada vez mais complexas, pois a mediação permite o reconhecimento da subjetividade do sujeito com a relação, com o objeto e

com o outro envolvido e a compreensão do tudo implicado, em analogia com o pensamento complexo desenvolvido por Morin (1996).

Para Warat, "quando se decide judicialmente, consideram-se normativamente os efeitos; deste modo o conflito pode ficar hibernado, retornando agravado em qualquer momento futuro" (2018, p. 20). A decisão judicial, muitas vezes, segue um pensamento linear de causa/efeito do paradigma simplificador; não considera o todo implicado na relação, apenas o que restou provado. Dessa forma, direcionando-se à transmodernidade jurídica, o autor refere que "outros tempos exigem outras proteções contra as tormentas" (WARAT, 2018, p. 18), relações complexas exigem decisões complexas, que não se rendam à racionalidade instrumental, ou seja:

> Nos caminhos da transmodernidade jurídica, a resolução dos conflitos começa a tornar-se conveniente quando oferece uma variada gama de procedimentos e estratégias que possibilitam a resolução, com os menores riscos, desgastes emocionais, perda de tempo, custos econômicos elevados e eliminação das imprevisibilidades nos resultados [...]. Novas possibilidades de resolução dos conflitos baseadas nas necessidades, nos desejos e nos interesses das partes, sob forma da integração e não de enfrentamento reciprocamente destrutivo do outro. A mediação [...] seria uma dessas alternativas mais proveitosas na resolução de conflitos (WARAT, 2018, p. 25).

São inúmeras, portanto, as vantagens da mediação nos mais variados segmentos da sociedade, dentre eles o jurídico, não sendo a mediação apenas uma nova profissão ou uma técnica jurídica de resolução não adversarial de disputas, mas uma estratégia educativa, com a realização da política da cidadania, dos direitos humanos e da democracia (WARAT, 2018). Ademais, Warat (2004) aposta no valor pedagógico da mediação não apenas para a prevenção e resolução dos conflitos, mas também como uma ferramenta pedagógica para que o homem encontre no próprio conflito o sentido de si mesmo, o lado humano do Direito, o caráter ético que deve ter todo e qualquer vínculo com o outro e um sentido de cidadania, de democracia e de direitos humanos.

Por fim, Warat traz a lição de que a mediação pode se dar "como forma ou estratégia de realização da alteridade" (2018, p. 46). O termo alteridade surge na ideia de contato com o outro diferente, ou seja, consiste em se abrir para o outro que se apresenta como diferente e desigual, e que, por isso mesmo, merece ser respeitado, sem indiferença, descaso, repulsa ou exclusão pelas suas particularidades (LÉVINAS, 2005). A afirmação de Warat é extremamente pertinente tendo em vista a sociedade multicultural atual, plural e altamente complexa, na qual o conflito é constante e cada vez mais profundo. No entanto, é preciso "[...] aceitar que para resolvê-lo não é preciso aniquilar o outro. Posso encontrar uma solução que

respeite a diferença do outro" (WARAT, 2018, p. 44). Isso inibe o litígio e incentiva o consenso.

Nesse mesmo sentido, o reconhecimento da alteridade implica em escutar a voz do diferente que vem de uma cultura diversa e que quer construir um diálogo, com o intuito de construir uma sociedade mais humana e mais justa. Essa possibilidade, no entanto, somente se concretizará através do diálogo com o outro, fator que vai ao encontro da principal ideia da mediação: a retomada do diálogo entre os sujeitos, com seu empoderamento na resolução de suas próprias disputas, já que transformados em protagonistas, facilitando o acesso à justiça, contemplando direitos do cidadão em sua plenitude, em uma ordem jurídica justa, eficaz, de qualidade e que tenha como intuito final o consenso, a pacificação social e, consequentemente, a melhor qualidade de vida do seu jurisdicionado.

4 CONCLUSÃO

O desenvolvimento das sociedades, hoje cada vez mais plurais e complexas, está aliado ao aumento da complexidade dos conflitos nas relações humanas, fator que resultou na insuficiência da ação estatal no que se refere ao tratamento destinado os conflitos levados à apreciação pelo Judiciário, o qual se tornou incapaz de responder a todas as demandas com qualidade e acabou por comprometer a efetivação da proteção dos direitos devido à sobrecarga de trabalho e a morosidade no andamento dos processos e das decisões.

Não obstante a evolução ocorrida, a sociedade brasileira ainda se encontra apegada à cultura do litígio, privilegiando o entendimento de que as contendas devem ser resolvidas pelo Estado-juiz, que proferirá uma sentença de cunho decisório em que um dos litigantes perderá e outro ganhará. A chamada heterocomposição está, portanto, imbricada no pensamento social de efetivação da justiça ou de garantia de direitos. No entanto, não raras vezes, as decisões judiciais não contemplam as necessidades e os interesses reais dos sujeitos envolvidos no processo, tampouco resolvem a situação conflituosa e menos ainda restabelecem os relacionamentos entre as partes, havendo a possibilidade, nesse contexto, de ocorrência de novos litígios com as mesmas partes. Essas decisões judiciais, portanto, com poucas exceções, não contemplam a complexidade dos sujeitos e do entorno da relação existente entre eles e que são trazidos à demanda, fatores muitas vezes mais importantes e relevantes dos que os fatos e fundamentos transcritos nas folhas do processo.

Em virtude disso, a prestação jurisdicional tornou-se insuficiente para atender a todas as demandas do mesmo modo. Com o advento da Constituição Federal de 1988, que trouxe

em seu preâmbulo a expressão de sua fundamentação na harmonia social e comprometimento com a ordem interna e internacional, além de afirmar o compromisso com a solução pacífica das controvérsias, despontou a necessidade de reformulação da normatização processual, já que os artigos passaram a ser interpretados sob prismas constitucionais. Mas somente com a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, e após com o advento do Código de Processo Civil de 2015, que o compromisso com a solução pacífica das controvérsias, através dos meios consensuais de resolução de conflitos, foi devidamente estimulado. Sobreveio, então, uma nova realidade jurídica e social, na qual o acesso à justiça é ampliado ao cidadão com o oferecimento de demais métodos para a resolução dos conflitos, em especial a mediação, e não apenas o processo judicial, métodos esses que devem ser vistos não como substitutivos do procedimento judicial, mas como alternativas e ele.

A mediação é o método que mais se aproxima da ideia de cultura do consenso, pois, por meio dela, as próprias partes dialogam no sentido de tentarem resolver sua questão, seu conflito, restabelecendo vínculos e relacionamentos, sendo as chances de insatisfação quanto a esse método e à decisão construída por elas próprias infinitamente menores, senão nulas. Ela é capaz de trazer mais luz a esse caminho iluminado por vaga-lumes em busca de pacificação social.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>. Acesso em: 28 jul. 2018.

_____. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 jul. 2018.

_____. Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 28 jul. 2018.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Institui o Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 28 jul. 2018.

_____. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. **Lei de Mediação.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 3 ago. 2018.

BRIQUET, Enia Cecilia. **Manual de Mediação**: teoria e prática na formação do mediador. Petrópolis: Editora Vozes, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Porto Alegre: Fabris, 2002.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CURI NETO, Bady. **Mediação** – A evolução da Justiça. Disponível em: <http://www.adambrasil.com/mediacao-evolucao-da-justica/>. Acesso em: 02 ago. 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro**. Revista LTr, v. 66, n. 6, jun. 2002, São Paulo.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17.ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

FREIRE, Paulo. **Educação e mudança**. Coleção Educação e mudança. v.1, 9.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A Marcha do Processo**. Rio de Janeiro; Forense Universitária, 2000.

_____. **Os fundamentos da justiça conciliativa**. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/21448>. Acesso em: 2 ago. 2018.

LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós:** ensaios sobre alteridade. Petrópolis: Vozes, 2005.

MOORE, Christopher W. **O Processo de Mediação**: Estratégias Práticas para a Resolução de Conflitos. Trad. Magda França Lopes. 2.ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição!. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MORIN. Edgar. **Ciência com consciência**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1996.

_____. **O Método 5**: A humanidade da humanidade. A identidade humana. Trad. Juremir Machado da Silva. 2.ed. Porto Alegre: Sulina, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SALES, Lilia Maia de Morais; CHAVES, Emmanuela Carvalho Cipriano. **Mediação e conciliação judicial** - a importância da capacitação e de seus desafios. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552014000200011&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 28 jul. 2018.

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. Mediação interdisciplinar de conflitos: mecanismos apropriados para resolução de conflitos familiares. In: _____ (Org.). **Mediação de conflitos**. São Paulo: Atlas, 2013.

SIMMEL, Georg. **Sociologia**. *In*: Evaristo de Moraes Filho (Org). Trad. Carlos Alberto Pavanelli. São Paulo: Ática, 1983.

SOUZA, Aiston Henrique de; et al. **Manual de Mediação Judicial**. 5.ed. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2016.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação**: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Unijuí, 2010.

_____. **Fundamentos políticos da mediação comunitária**. Ijuí/RS: Ed. UNIJUÍ, 2012.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. **Mediação nos conflitos civis**. 3.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. São Paulo: Editora GEN, 2016.

WARAT, Luis Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. 2.ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000.

_____. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. v.III. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

_____. Ecologia, Psicanálise e Mediação. Trad. Julieta Rodrigues. *In*: _____ (Org.). **Em nome do acordo**: a mediação no direito. Florianópolis: EModara, 2018.