

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM  
HELDER CÂMARA**

**FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE  
CONFLITOS**

**ADRIANA GOULART DE SENA ORSINI**

**ADRIANA SILVA MAILLART**

**NIVALDO DOS SANTOS**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – Conpedi**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

#### **Conselho Fiscal**

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

**Representante Discente** - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

#### **Secretarias**

**Diretor de Informática** - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

**Diretor de Relações com a Graduação** - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

**Diretor de Relações Internacionais** - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

**Diretora de Apoio Institucional** - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

**Diretor de Educação Jurídica** - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

**Diretoras de Eventos** - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

**Diretor de Apoio Interinstitucional** - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

---

F723

Formas consensuais de solução de conflitos [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/  
UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Adriana Goulart de Sena Orsini, Adriana Silva Maillart, Nivaldo Dos Santos  
– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-131-9

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Solução de conflitos. I.  
Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo  
Horizonte, MG).

CDU: 34



# XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

## FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

---

### **Apresentação**

#### APRESENTAÇÃO

É com imensa satisfação que apresentamos a presente obra coletiva, composta por artigos defendidos de forma brilhante, após rigorosa e disputada seleção pelo sistema "duplo cego", no Grupo de Trabalho intitulado Formas Consensuais de Solução de Conflitos, durante o XXIV Congresso Nacional do CONPEDI, ocorrido entre 11 e 14 de novembro de 2015, em Belo Horizonte/MG, sobre o tema Direito e Política: da vulnerabilidade à sustentabilidade.

Referidos trabalhos, de extrema relevância para a pesquisa em direito no Brasil, demonstram notável rigor técnico, sensibilidade e originalidade, encaminhados em uma perspectiva abrangente e contemporânea: a solução de conflitos por meio de formas judiciais e extrajudiciais.

De fato, a teoria e a aplicação dos métodos complementares de solução de conflitos, especialmente os que são orientados pela busca por soluções dialogadas e não impositivas, fortalecem o desenvolvimento da cultura voltada à paz social e do tratamento adequado dos conflitos, bem como da efetivação dos direitos fundamentais, em especial, o acesso à Justiça.

Entre os temas especificamente tratados nesta obra, merecem menção, as soluções consensuais e o acesso à Justiça; a visão da fraternidade e a solução de conflitos; a conciliação trabalhista: perspectivas e possibilidades; a mediação em suas mais diversas possibilidades e potencialidades, inclusive aquela alicerçada na ética da alteridade; a Justiça Restaurativa, no Poder Judiciário, como também na Escola; o Tribunal Multiportas e a Resolução 125 do CNJ, dentre outros.

A presente obra coletiva demonstra uma visão lúcida e questionadora sobre as formas de solução de conflitos, suas problemáticas e sutilezas, sua importância para o exercício da cidadania e para a defesa de uma sociedade plural, pelo que certamente será de excelente aceitação junto à comunidade acadêmica.

Por fim, gostaríamos de agradecer e parabenizar a todos os autores pela excelência dos artigos apresentados neste Congresso e desejamos que você leitor, como nós, tenha a

oportunidade de aprender e refletir a partir das abordagens expostas nos interessantes artigos que integram esta obra, animando-se a somar forças aos que empreendem grandes esforços para aprimorar as formas consensuais de solução de controvérsias no Brasil.

Boa leitura!

## **A MEDIAÇÃO NO JUDICIÁRIO: PLACEBO OU CURA PARA OS MALES DO AUMENTO DA JUDICIALIDADE?**

## **MEDIACIÓN EN EL PODER JUDICIAL: PLACEBO O CURA PARA LOS MALES DEL AUMENTO DE LA JUDICIALIZACIÓN?**

**Fernanda Sartor Meinero**

### **Resumo**

A mediação como tratamento de conflito foi incorporada no Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), e em lei específica, sancionada este ano. Assim, pode-se afirmar que a mediação é uma realidade, ao menos como política pública. Resta questionar se a sua incorporação no judiciário representará uma ferramenta que promoverá o acesso à justiça ou restará contaminada pelas mazelas do meio judicial. A presente pesquisa objetiva determinar se a mediação, na forma que em foi positivada, pode contribuir para o acesso à justiça frente ao fenômeno da litigiosidade contemporânea. Para tanto a metodologia utilizada será a pesquisa descritiva bibliográfica e documental, adotando-se como referencial teórico principal a obra de Luís Alberto Warat. Observar-se que, apesar dos aspectos positivos da inclusão da mediação no ordenamento jurídico, muito da essência desse método de tratamento de conflito não foi devidamente observado.

**Palavras-chave:** Acesso à justiça, Judiciário, Mediação, Novo código de processo civil

### **Abstract/Resumen/Résumé**

La mediación como tratamiento de conflicto fue incorporada en el Nuevo Código de Proceso Civil (Ley nº 13.105, de 16 de marzo de 2015), y en ley específica, sancionada este año. Así, se puede afirmar que la mediación es una realidad, al menos como política pública. Es importante, sin embargo, cuestionarse si la incorporación de la mediación dentro del Poder Judicial representará una herramienta de auxilio para el acceso a la justicia o quedará contaminada por el medio judicial. La presente investigación tiene como objetivo determinar si la mediación, en la forma que en fue positivada, puede contribuir para el acceso a la justicia frente al fenómeno de la litigiosidad contemporánea. Para tanto, será utilizada la metodología descriptiva bibliográfica y documental, adoptándose como referencial teórico principal la obra de Luís Alberto Warat. Podrá observarse que, a pesar de los aspectos positivos de la inclusión de la mediación en el ordenamiento jurídico, mucho de la esencia de ese método de tratamiento de conflicto no fue debidamente observado.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Acceso a la justicia, Poder judicial, Mediación, Nuevo código procesal civil

## INTRODUÇÃO

O cenário de litigiosidade brasileiro, apontado no estudo Justiça em números, revela que existem hoje tramitam aproximadamente 95,1 milhões de processos no judiciário, sendo a taxa de congestionamento de 70%<sup>1</sup>. A revelação destes dados implica em preocupação quanto a efetividade do princípio do acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV) na sua acepção mais ampla. O aumento da litigiosidade faz com os processos proliferem, assim, cada vez torna-se mais difícil proporcionar uma justiça ágil e eficaz.

Tendo como panorama a explosão da litigiosidade, foi sancionada a Lei nº 13.140/15 dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. A proposta foi elaborada com a participação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e está apenas aguardando a sanção presidencial. O novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) já havia incorporado o instituto da mediação em seus artigos.

Assim, a inclusão da mediação no ordenamento brasileiro reflete a atual política do Estado que está preocupado disseminar outras práticas de tratamento de conflitos. A Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça já promovia os tratamentos de conflitos não adversariais no âmbito do Poder Judiciário. A referida resolução intenta, através da criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC), fomentar os meios dito *alternativos*<sup>2</sup> de resolução de conflito. Os Núcleos são responsáveis pelo planejamento e manutenção de ações que visem ao cumprimento da política pública, adotada pelo Conselho Nacional de Justiça. Os NUPEMEC atuam de forma conjunta com Tribunais de Justiça, entidades públicas e privadas, instituições de ensino, Defensorias Públicas, Procuradorias, Ministério Público, Poder Executivo e subseções da Ordem dos Advogados do Brasil (LUCHIARI, 2012, p. 89).

Assim, a mediação ingressa como uma aposta para diminuir o número de processos, auxiliando o judiciário e, conseqüentemente, promovendo o acesso à justiça. Cabe, contudo,

---

<sup>1</sup> Essa taxa de congestionamento refere-se à aferição da efetividade do tribunal em um período, levando-se em conta o total de casos novos que ingressaram, os casos baixados e o estoque pendente ao final do período anterior ao período base. A fórmula utilizada pelo CNJ consiste em considerar a vazão de processos que são baixados, considerando a taxa (número) de casos novos e a taxa (número) de casos pendentes:  $(TPJB / (TCN + TCP))$  (CNJ A, 2014).

<sup>2</sup> Apesar da grande maioria da doutrina tratar os meios não estatais de resolução de conflito (*ADRs – alternative disput resolutions*) de meios alternativos, o termo não é o mais adequado, pois remete a ideia equivocada de que seriam esses meios utilizados após a tentativa da judicialização do conflito. Porém, observa-se justamente o contrário, “a realidade histórica evidencia que os caos de autotutela é que foram pioneiros e interativamente empregados na antiguidade e Idade Média, muito antes da instituição da Justiça estatal” (MANCUSO, 2009, p. 49).

analisar os dispositivos legais da mediação, avaliando os pontos positivos e negativos da positividade desse instituto para ao final questionar se de fato, na forma adotada, a mediação pode promover o acesso à justiça em sentido amplo.

Para alcançar o objetivo da pesquisa, a metodologia utilizada será a pesquisa descritiva bibliográfica e documental (especialmente os relatórios confeccionados pelo CNJ). Adota-se como referencial teórico principal o autor Luís Alberto Warat, visto que o doutrinador em suas últimas pesquisas dedicou-se a estudar a mediação dentro de uma perspectiva de visão de mundo e não apenas como um método de tratamento de conflito. O estudo foi dividido em três partes: na primeira parte será abordado o conceito de acesso à justiça, na segunda parte a cultura do litígio; e na parte final os pontos positivos e negativos da positividade da mediação.

## 1. DO ACESSO À JUSTIÇA

Tradicionalmente utiliza-se a expressão acesso à justiça como um sinônimo de acesso ao judiciário. Porém, com o avançar das pesquisas ampliou-se a ideia de acesso, inclusive estendendo-o a meios não estatais de tratamento de conflitos. Portanto, proteger e promover o acesso à justiça não significa, em absoluto, incentivar que todos os conflitos sejam tratados pelo judiciário<sup>3</sup>. Na verdade hoje se compreende como o direito ao acesso a uma justiça organizada, adequada e comprometida com a realidade social, capaz de promover a tutela efetiva de direitos<sup>4</sup>.

O acesso à justiça nasce, segundo a maioria dos manuais de processo civil, do interesse do Estado em evitar a autotutela, ou seja, em evitar que o indivíduo resolva seus conflitos pelo uso da força<sup>5</sup>. Abriu-se, portanto, a possibilidade de se utilizar a

---

<sup>3</sup> Muito oportunos são os questionamentos de Hespanha (1993): “Devemos desejar que mais conflitos fossem submetidos ao sistema instituído pelas autoridades e sejam resolvidos pelos tribunais? O movimento para o acesso à justiça sustenta o ideal utópico de que todos os conflitos sejam resolvidos através de uma decisão boa e devida forma? [...] Desejamos viver num mundo em que imperem as regras do direito de modo completo, sobre as relações humanas, infiltrando-se até aos seus aspectos elementares, e queremos que todos os tipos de desacordo acabem por ser liquidados aplicando regras baseadas na autoridade dos tribunais?” (HESPANHA, 1993, p. 67). A reflexão que o autor português faz conduz a ampliação dos horizontes sobre a ideia de acesso à justiça, restando claro que não se pode confundir com a expressão acesso ao judiciário.

<sup>4</sup> Nas palavras de Fabio Tenenblat: “Acesso à justiça significa a possibilidade de alcançar determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano, com o exercício da cidadania plena e a instituição de uma estrutura jurídica harmoniosa e isonômica” (TENENBLAT, 2011, p. 24).

<sup>5</sup> A visão negativa do conflito e da necessidade de pacificá-los, excluindo a gerência dos indivíduos, pode ser observada no clássico: Teoria Geral do Processo de Araújo Cintra, Grinover e Dinamarco (2013): “Assim quem pretendesse alguma coisa que o impedisse de obter haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão” (DE ARAÚJO CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2013, p. 29).

heterocomposição para o tratamento de conflitos, ou seja, o grupo social passou a admitir que uma autoridade dirimisse os conflitos de interesses que se apresentavam (SOUTO, 2009, p. 27). A partir dessa ideia é que o Estado adquiriu para si o monopólio da administração da justiça, a produção normativa e a forma de tratamento de conflitos pela via jurisdicional.

Nos Estados liberais “burgueses” dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para a solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigente. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado propor ou contestar uma ação. A teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um “direito natural”, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a apatidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, na prática. (CAPELLETTI, GARTH, 1988, p. 09)

Portanto, o Estado permanecia passivo com relação à promoção do acesso à justiça não agindo em defesa daqueles que na prática não conseguiam se fazer reconhecer os seus direitos. A simples positivação do referido princípio no ordenamento constitucional de muitos países, por si só não logra alcançar um conceito amplo de acesso à justiça. A temática foi sendo compreendida de formas distintas ao longo do tempo. A contribuição mais citada é, ainda hoje, a pesquisa coordenada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, denominada “Projeto Florença de acesso à Justiça” realizado na década de 70, cuja obra, na versão resumida, foi traduzida para o português apenas no ano de 1988.

O estudo realizado por Cappelletti e Garth (1988), anunciava as três ondas de acesso à justiça. Pode-se resumir que a primeira onda representa a assistência judiciária aos pobres e sua adequada representação; a segunda onda consiste na proteção de interesses difusos, fragmentados; por fim a terceira onda traz à luz os juizados especiais, a conciliação, a mediação e a arbitragem como tentativas de desburocratização da justiça (CAPELLETTI; GARTH 1988).

O objetivo dos pesquisadores consistia em aumentar o número de jurisdicionados e aperfeiçoar a qualidade da prestação jurisdicional. Essa visão sobre o acesso à justiça amplia tanto o conceito de acesso à justiça, como também a forma interdisciplinar de analisá-lo (SOUTO, 2009, p. 19). Para Cappelletti e Garth (1988), há de se considerar o acesso à justiça sobre dois enfoques: o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, deve produzir resultados que sejam individualmente e socialmente justos (CAPELLETTI; GARTH, 1988, p. 08). Portanto, os autores assumiram uma postura crítica diante da ordem jurídica do período

liberal, defenderam uma reforma ampla e transformadora, que visava aproximar o cidadão comum de uma justiça efetiva.

A evolução do conceito de acesso à justiça está ligada as mudanças sofridas pelo processo civil. Nos estados liberais dos séculos VIII e IX, para o processo civil acesso à justiça significava essencialmente uma proteção judicial. O direito formal do indivíduo de propor ou contestar uma ação. Por considerarem esse direito como “natural”, cabia ao Estado apenas proteger para que esse direito não fosse infringido (CAPELLETTI; GARTH, 1988, p. 09). Assim, as diferenças materiais entre as partes, por exemplo, não eram compreendidas como um problema, o que efetivamente era observado era o acesso formal, mas não efetivo da justiça.

Porém, na medida em que crescia a complexidade das sociedades liberais o conceito de direitos humanos começou a transformar-se. A transformação foi no sentido de se reconhecer os direitos e deveres sociais dos Estados e assumindo um caráter mais coletivo que individual (CAPELLETTI; GARTH, 1988, p. 10).

Assim, enquanto Estado Democrático de Direito, esse modo de organização política da sociedade deve garantir a realização dos direitos fundamentais, como o de amplo acesso à justiça, definido, segundo Capelletti, como “o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos” (CAPELLETTI; GARTH 1988, p. 12). Reforça-se, portanto, a ideia de que os direitos só se realizam se for real a possibilidade requerê-los. O direito de acesso à justiça é o direito sem o qual nenhum dos demais direitos se concretiza. O acesso à justiça nesta concepção ampla coloca o Direito como ferramenta de aproximação de uma ordem justa.

A estimulação de métodos de resolução alternativos é solução apontada ainda no “*The Florence access-to-justice Project*” para o acesso à justiça. Segundo o estudo tanto as partes quanto o sistema jurídico gozariam de vantagens, pois o litígio nesses métodos são resolvidos sem necessidade de julgamento. A sobrecarga dos tribunais e as despesas excessivamente altas com os litígios podem instigar as partes para encontrarem as soluções rápidas e mediadas (CAPELLETTI; GARTH 1988, p. 83-84).

Para combater a morosidade no andamento das ações, intensificaram-se as reformas em leis processuais, visando à priorização de ações coletivas, a simplificação de atos processuais. As medidas visam combater o número expressivo de processos judiciais que acaba por desafiar os seus recursos humanos e estruturais do Poder Judiciário.

O estudo Justiça em Números revela que hoje tramitam aproximadamente 95,14 milhões de processos no judiciário, sendo que a taxa de congestionamento está em 70%. Essa taxa de congestionamento refere-se à aferição da efetividade do tribunal em um período, levando-se em conta o total de casos novos que ingressaram, os casos baixados e o estoque pendente ao final do período anterior ao período base. A fórmula utilizada<sup>6</sup> pelo CNJ consiste em considerar a vazão de processos que são baixados, considerando a taxa (número) de casos novos e a taxa (número) de casos pendentes:  $(TPJB / (TCN + TCP))$  (CNJ A, 2014).

Outro reflexo do elevado número de ações judiciais é os valores que o Estado gasta com para administrar a justiça. O CNJ em seu relatório Justiça em Números aponta que o total gasto pelo Poder Judiciário foi de aproximadamente R\$ 61,6 bilhões, com crescimento de 1,5% em relação ao ano de 2012, e em 8,9% em relação ao último triênio (2011-2013) equivalendo a R\$ 306,35 por habitante.

A revelação desses números demonstra que, enquanto parte da população brasileira sofre com os obstáculos econômicos para o acesso a Justiça, há um gasto por habitante de quase meio salário mínimo. A justiça nesse sentido mostra-se seletiva. A pesquisa realizada pelo CNJ apresenta a listagem dos 100 (cem) maiores litigantes. A lista é subdividida em outras quatro de acordo com o ramo de justiça. A compilação de todos os processos enviados pelos tribunais, federais, trabalhistas e estaduais, resultou na classificação dos cem primeiros litigantes, considerando-se a sua participação no número de processos. O ranking apontou como primeiro lugar nos tribunais federais o INSS (Instituto Nacional do Seguro Social), com participação e 22,33% do total dos processos. Já na justiça trabalhista, o campeão entre os litigantes é a União, com 16,73% dos processos (CNJ C, 2011).

Na Justiça Estadual a listagem é liderada pelo Estado do Rio Grande do Sul com 7,73%. Os primeiros lugares são ocupados pelos órgãos estatais, seguidos de bancos públicos e de sociedade de economia mista como a Caixa Econômica Federal, Banco do Brasil e Banco do Estado do Rio Grande do Sul (CNJ C, 2011). O setor público, portanto, é responsável sozinho por 51% (cinquenta e um por cento) dos processos isto demonstra que o Estado como organização política está gerindo com eficiência seus recursos, gastando para manter em funcionamento a máquina do Judiciário e também no pagamento de eventuais condenações enquanto requerido nas demandas.

Esforços foram realizados pelo CNJ que expôs a necessidade de se colocar em pauta uma política judiciária nacional, conforme a Resolução n° 125 de 29.11.2010, levantando

---

<sup>6</sup> PJB significa total de processos judiciais baixados, já a sigla TCN, corresponde ao total de casos novos, por fim TCP refere-se ao total de casos pendentes.

dados da eficiência dos tribunais, propondo melhorias, estimulando outros métodos de tratamento de conflito.

O movimento de *desjudicialização*<sup>7</sup> pode ser observado pela aprovação da Lei nº 11.441 de 01.01.2007, que possibilitou a realização de inventário, partilha e divórcio consensual através da via administrativa, desde que não haja interesses indisponíveis de incapazes. A *desjudicialização* permitiu que outros métodos de solução de conflito fossem incentivados, como é o caso da arbitragem e da mediação.

No caso da arbitragem, a possibilidade de sua utilização foi introduzida pela Lei nº 9.307/96. Quando da sua normatização, muitos juristas debateram a questão do *princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*, sendo que nos dias atuais, nove anos após a aprovação da Lei de Arbitragem, a mesma foi recentemente ampliada pela Lei nº 13.129, de maio de 2015, em especial quanto à concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem.

Já a mediação estava sendo incentivada por meio da Resolução nº 125 do CNJ, que criou os NUPEMEC (Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, incentivar outros métodos de tratamento de conflitos. A Resolução nº 125 do CNJ de 29.11.2010 estabeleceu a Política Judiciária Nacional. Institui-se formas de organicidade, qualidade e controle à prática dos métodos consensuais, com a justificativa de se evitar disparidades de orientação e práticas, o art. 2º da Resolução nº 125 disciplina que:

Na implementação da Política Judiciária Nacional, com vista à boa qualidade dos serviços e à disseminação da cultura de pacificação social, serão observados: centralização das estruturas judiciárias, adequada formação e treinamento de servidores, conciliadores e mediadores, bem como acompanhamento estatístico específico (Resolução nº 125, CNJ).

Contudo, recentemente foi sancionada a Lei nº 13.140/15 dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. A proposta foi elaborada com a participação do CNJ e está apenas aguardando a sanção presidencial. O novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) também havia incorporado o instituto da mediação em seus artigos.

A mediação, que antes era realizada na sua forma extrajudicial, agora será promovida no judiciário. Assim, destaca-se que no Brasil observam-se medidas que visam *desjudicializar*

---

<sup>7</sup> Terminologia foi adotada por Diógenes Vicente Hassan Ribeiro para denominar, inicialmente “a edição de legislação que possibilita a solução de um problema social sem a necessidade de jurisdição. [...] significa a possibilidade de solução de conflito de interesse sem a prestação jurisdicional, entendido que jurisdição é somente aquela resposta estatal” (RIBEIRO, 1999, p. 25/23).

ao mesmo tempo em que invoca tratamentos de conflitos como a mediação para dentro do órgão jurisdicional. Pretende-se desafogar o judiciário, mas as outras formas de tratamento de conflito são captadas pelo órgão que não abre mão do monopólio da justiça.

O que se pretende questionar é se os mecanismos ofertados de resolução de conflitos, como é o caso da mediação, se levados para dentro do judiciário atingirão o objetivo de atender o acesso à justiça de forma ampla.

## 2. A CULTURA DO LITÍGIO

O aumento da litigiosidade é causa de limitação ao acesso à justiça como também ao acesso ao judiciário. Quanto mais demandas ingressarem no judiciário, maior será a taxa de congestionamento<sup>8</sup>, crescendo assim a morosidade. O crescente número de litígios pode ser apontado como consequência do aumento da complexidade da sociedade e da instauração da presente cultura do litígio.

Na sociedade contemporânea as distâncias já não são empecilhos para a proximidade dos indivíduos. As fronteiras geográficas são cada vez mais construções sociais do que físicas. As distâncias são encurtadas por meio da simplificação de descolamento e da comunicação, através da internet (BAUMAN, 2001). A globalização transpassa as barreiras físicas entre as nações, a fim de possibilitarem a livre ação do mercado. Essa facilidade de deslocamento possibilita os estrangeiros o ingresso em outros territórios como turistas ou para se estabelecerem promovendo o pluralismo na sociedade.

A internet promove a aproximação entre os indivíduos por meio de uma nova forma de interação, evidenciando os laços de interesses comuns, e possibilitando não só o contato com culturas distintas, mas também estabelecendo a grande diversidade de culturas em um mesmo ambiente.

[...] a globalização econômica e comunicacional desvalorizaram também o Estado e o seu direito, ao proporem formas de organização política e de regulação que atravessaram fronteiras dos Estados, desafiando aquilo que era soberania destes (HESPANHA, 2009, p. 290).

Todas essas transformações sociais em um ritmo acelerado fazem com que a produção de leis seja insuficiente para regular os novos fenômenos fazendo aumentar, assim, a quantidade de lacunas legislativas. Ao mesmo tempo em que cresce a busca pela resolução de

---

<sup>8</sup> Tal taxa de congestionamento, conforme já esclarecido, é baseada nos processos que, todavia tramitam no judiciário. No ano de 2013 tramitavam cerca de 42,6 milhões de processos na 1ª instância na fase de conhecimento (44,8%) e 43,1 milhões na fase de execução (45,3%) no ano de 2013. Os demais 9,9% processos tramitaram nos tribunais superiores, 2º grau, turmas recursais e turmas regionais (CNJ, 2014).

conflitos. O resultado disse é o aumento significativo do poder do Judiciário em termos de quantidade de respostas fornecidas:

Uma das alusões científicas é a do aumento de complexidade da sociedade, que demanda soluções, inclusive do sistema jurídico, cabendo, então, ao Judiciário, as que lhe forem demandadas em situações concretas ou, até, em algumas situações abstratas, genéricas, quando a solução vem das Cortes Superiores, em especial da Corte Constitucional (RIBEIRO, 2013, p. 26).

Além da complexidade da sociedade, a cultura do litígio favorece a problemática da explosão da litigiosidade. Essa cultura nasce da crença de que o Estado, por meio do judiciário, pode fornecer todas as respostas aos conflitos sociais. O aumento da atividade judicial tem, para Ingeborg Maus, razões profundas. A autora buscou analisar o Poder Judiciário da Alemanha e o aumento considerável de suas funções, em especial quanto ao controle de constitucionalidade, fazendo assim crescer o seu protagonismo<sup>9</sup>. Para Maus (2000), a sociedade estaria “órfã”, vendo no judiciário a figura paterna representada por um superego coletivo. Essa visão vem acompanhada de uma espécie veneração da representação da justiça por parte da população (MAUS, 2000, p. 185).

A combinação desses dois fenômenos faz com que o Judiciário não logre fornecer respostas de qualidade no tempo necessário. O número de demandas impossibilita que a estrutura judiciária forneça uma justiça de qualidade. Os magistrados são compelidos a julgarem sobre elementos subjetivos, com normas de conteúdo aberto no momento de sua e que eles devem concretizar (OLIVEIRA, 2014, p. 128).

Assim, ao passo em que se acredita ser o Judiciário o herói da sociedade, pois por vezes compele o próprio Poder Executivo a concretizar os direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal, torna-se passível de críticas quando as suas vulnerabilidades são expostas.

O problema da crença do monopólio do Estado para resolver todos os problemas já se encontrava no contrato social de Hobbes. A República nasce do contrato social firmado pelos homens que abdicam do poder ilimitado de cada um e redimensionam esse poder para a manutenção da ordem, com expectativa da realização da paz. Com ela nasce também a racionalidade da manutenção do caos através do monopólio do Estado que se utiliza da violência legítima para decidir os litígios através do Poder Judiciário (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 67).

---

<sup>9</sup> Esclarece Maus (2000) que essa representação da Justiça não é correspondida, pois as decisões judiciais não retribuem às expectativas sociais. Isto não se aplica simplesmente a decisões abertamente contrárias à moral, mas, sobretudo à ambivalência dos conceitos morais presentes no repertório de decisões do Tribunal (MAUS, 2000, p. 200).

Graças a esse monopólio, consegue sufocar a vingança, assim como exaspera-la, estendê-la, multiplica-la. Nestes termos, o sistema sacrificial e o Judiciário possuem a mesma função, porém o segundo se mostra eficaz, desde que associados a um poder político forte. Todavia, ao delegar a tarefa de tratamento dos conflitos ao Poder Judiciário – num perfeito modelo hobbesiano de transferência de direitos e prerrogativas – o cidadão ganha, de um lado, a tranquilidade de deter a vingança e a violência privada/ilegítima para se submeter à vingança e à violência privada/ilegítima para se submeter à violência legítima/estatal, mas perde, por outro, a possibilidade de tratar os conflitos de modo autônomo e não violento através de outras estratégias (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 69).

A crença de que o Direito pode fornecer todas as respostas foi alimentada pelo positivismo filosófico, que foi fruto da idealização do conhecimento científico: a ciência como único conhecimento verdadeiro. O positivismo jurídico tentou criar uma ciência jurídica com características análogas às ciências exatas e naturais (BARROSO, 2009, p. 324). Portanto o Direito compreendido como norma, um ato emanado do Estado. “A teoria positivista sempre considerou que a existência de direitos depende da possibilidade de se lhes exigir o cumprimento por coerção estatal” (COMPARATO, 2007, p. 61).

Ocorre que com a crescente conflitualidade e a complexidade da sociedade o monopólio da Justiça pelo Judiciário encontra-se em crise quando este não é capaz de cumprir com eficiência o papel de decidir sobre os conflitos. Não importa se a coerção estatal para o cumprimento das decisões se estas chegam a destempo e sem qualidade.

Não há soluções simples para causas complexas, “a sociedade contemporânea exige maior complexidade de soluções” (RIBEIRO, 2014). Portanto, apostar nos meios adequados de tratamento de conflitos a fim de conter a litigiosidade pode não ser uma solução, se não houver de fato uma mudança de cultura.

Necessário se faz a mudança de cultura a começar pela formação dos juristas. Os atores jurídicos não estão acostumados a tentar buscar outras soluções para os problemas, eis que toda a sua formação jurídica os prepara para o embate, para a luta de vencer tecnicamente o oponente, exatamente em razão da lógica dialética. Os profissionais do Direito estão habituados a pensar segundo uma lógica dialética aristotélica. Trata-se da lógica do silogismo, por exemplo, vencedor/vencido ou culpado/inocente. Sendo assim, trata-se do culto à adversariedade que permeia nosso sistema jurídico, visto que tudo tem que acabar em judicialização.

A positivação da mediação no ordenamento brasileiro tranquiliza os anseios dos juristas que, todavia estão no paradigma do positivismo exegético, que agora visualizam esse instituto como algo possível de ser realizado. Porém, cabe o questionamento: a mediação para

dentro do Judiciário promove a mudança da cultura do litígio ou ela se contamina pela lógica adversarial?

### **3. CRÍTICAS A POSITIVAÇÃO DA MEDIAÇÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO**

Uma vez delimitado o conceito de acesso à justiça e a apontado algumas das causas do aumento da litigiosidade, resta agora verificar o que é mediação, e qual a forma (modelo) adotada pela legislação.

A mediação pode ser definida, em sua concepção restrita como um meio de tratamento de conflitos, através de técnicas próprias, intermediado por um terceiro facilitador em um lugar sigiloso, que auxilia as partes conflituosas a restabelecer diálogo, criando opções e pelas próprias partes chegarem à solução do problema (LUCHIARI, 2012, p. 14).

Já em uma visão diferenciada e ampla, Warat (1998) define a mediação como transformadora e, diria, revolucionária, não apenas como método de tratamento conflito, mas, uma visão de mundo: “[...] mediação deve ser encarada como uma atitude geral diante da vida, como uma visão de mundo, um paradigma ecológico e um critério epistêmico de sentido” (WARAT, 1998, p. 5).

O potencial transformador da mediação está, portanto, nas oportunidades de crescimento moral por ela proporcionado. A “revalorização” significa a devolução para os indivíduos de sua capacidade de enfrentar os problemas da vida, e o “reconhecimento” está na aceitação e na empatia que a mediação invoca com relação aos problemas vividos por terceiros (BUSH; FOLGER, 2008, p. 21).

Uma das principais mudanças de postura que a mediação nos coloca em relação ao processo judicial é a valorização do Outro. Na mediação, vê-se o Outro não como adversário, não há vencidos e vencedores, há uma promoção de diálogos, troca e construção. Todavia, no processo judicial, é exatamente o contrário, busca-se diminuir o outro, desvalorizar os discursos, os argumentos, o diálogo é dirigido a um terceiro.

A mediação tem como característica a informalidade e, principalmente, a flexibilidade, a qual é molda pela situação enfrentada e a habilidade do mediador que pode utilizar a combinação de técnicas e estratégias que considerar adequadas para o momento.

A necessidade de se adotar a mediação no ordenamento jurídico, bem como estabelecer um modelo e técnicas a serem seguidos, advém de uma visão racional de ordem (SPENGLER; SPENGLER, 2009). Segundo os autores, essa concepção está marcada pela

ideia de que “a autoridade estatal tem o direito de dizer quem ganha e quem perde o litígio”, é a necessidade de administrar a violência e a desordem através do monopólio do Estado (SPENGLER; SPENGLER, 2009, 164). Este “racionalismo jurídico” (WARAT, 2010, p. 52) acaba por afastar o jurista, e todas as ciências sociais que se utilizam do mesmo sistema, da realidade das coisas, pois não as enxergam como verdades. Tira a sensibilidade dos homens, diz o autor.

Essa visão racional como se sabe, venceu e agora a mediação está positivada através da Lei nº 13.140/15, que regulamenta a mediação judicial e extrajudicial como forma de tratar conflitos. A proposta foi elaborada com a participação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e está apenas aguardando a sanção presidencial e da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015).

Quando um conflito é levado para o Judiciário, através do processo, a linguagem do indivíduo envolvido no problema sofre um filtro. Ele relata o problema enfrentado e o advogado transforma o relatado em uma comunicação possível de ser compreendida no universo do Direito. As intenções são alocadas de forma a se encaixarem em dispositivos normativos, para que um fim – que nem sempre é o que objetivamente é perseguido pelo indivíduo litigante – seja “alcançado”. O que se perde com essa filtragem, em muitos casos, são exatamente as intenções, mesmo que veladas, das partes.

Portanto, uma vez construída o conceito de acesso à justiça numa acepção ampla, a mediação para dentro do judiciário pode perder seu caráter libertário não limitador. Explica-se, o atual sistema as partes estão inseridas num modelo de resolução de conflitos que não lhes permite mudar, revelar ou alterar seus pedidos. Muitas vezes o que as partes realmente desejam não é alcançado pelas decisões judiciais, pois suas intenções foram filtradas, isso não ocorre com a mediação.

A mediação não nasce de um olhar não adversarial, constituindo um mecanismo de desconstrução de conflitos, possibilitando a ampliação dos limites do diálogo acerca do conflito e usando o conflito para o ingresso em uma nova relação. Não há julgamentos morais e nem exclusões de relações que procuram a mediação, bem como não se questiona a legitimidade, bastando apenas o interesse dos envolvidos.

No momento que a mediação vai para o judiciário o conflito vai continuar sofrendo limitações, filtros como o da legitimidade e competência. Como exemplo cita-se a questão de famílias poliafetivas<sup>10</sup>, na mediação esse tipo de núcleo familiar não é questionado. Para a

---

<sup>10</sup> As relações batizadas recentemente de poliamor ou uniões poliafetivas têm como característica a convivência de mais de dois indivíduos que baseiam suas relações no afeto e não na monogamia (DIAS, 2014).

mediação basta o interesse das partes na tentativa de dialogar ou de transformar seus conflitos. Não há um enquadramento necessário para que a linguagem das partes se transforme em linguagem jurídica (MEINERO; RIBEIRO, 2014).

Assim sendo, esse seria um aspecto negativo da mediação ir para o judiciário, pois esse instituto acaba por sofrer restrições<sup>11</sup>. Os litígios acabam submetendo-se ao binômio direito/não direito ou legal/ilegal, ou seja, o que poderia ampliar o acesso à justiça poderá acabar em restrição para aquelas causas que não atendam as condições de ação e legitimidade e que na mediação paraestatal isso não ocorreria<sup>12</sup>.

Aqui reside a diferença entre a jurisdição e a mediação, por mais que se tente estabelecer uma “ordem”, um plano para a mediação, muitas vezes acaba não se concretizando, pois a mediação é subjetividade e é caos:

É justamente isso que propõe a mediação: um espaço para acolher a desordem social, um espaço no qual a violência é o conflito possam transformar-se, um espaço no qual ocorra a reintegração da desordem, o que significaria uma verdadeira revolução social que possa refutar o espírito, os usos e os costumes pouco democráticos e pouco autônomos impostos aos conflitantes (SPENGLER; SPENGLER, 2009, p. 164).

A tentativa de reger a mediação leva a estipulação de prazos para o procedimento da mediação<sup>13</sup>. Ao determinarem-se prazos máximos e mínimos corre-se o risco de procedimentalizar a mediação, possibilitando em casos de não observância de regras a se suscitar eventuais nulidades, por exemplo.

Difícil é aceitar que haja penalidades na mediação. Conforme impõe o art. 22, IV, da Lei 13.140/15, no caso de não comparecimento, em mediação extrajudicial, pela parte convidada à primeira reunião de mediação acarretará a assunção por parte desta de cinquenta por cento das custas e honorários sucumbenciais caso venha a ser vencedora em procedimento arbitral ou judicial posterior, que envolva o escopo da mediação para a qual foi convidada. Já na mediação judicial disposta no NCPC normatiza que o não comparecimento injustificado do autor ou do réu é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com

---

<sup>11</sup> Assim, dispõe o artigo 27 da PL n. 7.169 de 2014: “Art. 27. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de mediação”.

<sup>12</sup> Observa-se, contudo, que a mediação judicial não exclui a mediação extrajudicial.

<sup>13</sup> O art. 22, §2º, I, da Lei n. 13.140/15 estabelece o prazo mínimo de dez dias úteis e prazo máximo de 3 (três) meses a partir do recebimento do convite para a realização da mediação extrajudicial. Já na mediação judicial estabelece-se o prazo de sessenta dias como prazo máximo para conclusão do procedimento, salvo se as partes, de comum acordo, requererem sua prorrogação. No Novo Código de Processo Civil, no art. 334, estabelece a necessidade da petição inicial preencher os requisitos essenciais e ainda, determina que o juiz designará audiência de conciliação ou mediação se não for o caso de improcedência liminar do pedido, ou seja, além do filtro da inicial, há ainda a análise do pedido. Essa análise prévia da matéria não ocorre na mediação extrajudicial.

multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado (art. 334, §8º).

A mediação é voluntária, pressupõe que os envolvidos estejam dispostos a dialogar. Ter uma penalidade por não comparecimento pode estimular atos por obrigação, fazendo com que o indivíduo se feche para o diálogo. A não observância do caráter voluntário na mediação, na sua forma mais ampla, pode justamente torná-la mais próxima da conciliação, os indivíduos comparecem a fim de lograr um acordo e não tratar um conflito.

Neste mesmo sentido, critica-se a obrigatoriedade das partes comparecerem a sessão de mediação judicial com seus advogados ou defensores públicos (art. 334, § 9º do NCPC e art. 26 da Lei nº 13.140/15)<sup>14</sup>. A preocupação aqui é justamente com a interferência de advogados no processo de mediação, pois a autonomia é a base desse instituto. Teme-se que a mediação torne-se uma audiência de conciliação onde cada procurador tenta fazer jus aos seus honorários logrando o melhor acordo possível<sup>15</sup>. Já temos, na mediação judicial a necessidade de uma petição inicial onde a própria lei define o litisconsórcio ativo e passivo, catalogando as partes de autor e réu caindo na lógica adversarial.

Ainda, o Novo Código de Processo Civil estabelece em seu art. 166, § 3º que será admitida a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição. Essa possibilidade aponta para uma técnica/forma de mediação. A técnica aplicada pelo mediador está a serviço das estratégias e condicionada pela escola que o mediador se filie (LÓPEZ; GARCÍA, 2011). Quanto aos modelos de intervenção, que possibilitam técnicas negociais está o Modelo de Harvard. Este modelo foi criado pela Universidade homônima nos Estados Unidos, que consiste em uma mediação baseada na negociação assistida e colaborativa por um terceiro. Essa mediação compreende o conflito como algo negativo, um obstáculo para os interesses, portanto o mediador tenta encontrar opções que beneficiem as partes envolvidas (LÓPEZ; GARCÍA, 2011).

A Resolução nº 125 do CNJ enfatizou a necessidade de promoção de cursos para mediadores, com o intuito de harmonizar as técnicas, porém a verdade é que não existe um modelo definido (MORAIS, 1999). O modelo de mediação varia de acordo com fatores, como matéria, habilidades do mediador e, até mesmo, a maneira com que se comportam as pessoas

---

<sup>14</sup> Na Lei n. 13.140/15 restou ressalvada a obrigatoriedade da presença de advogados e defensores nos casos contemplados pelas Leis nº 9.099/95 e 10.259/01.

<sup>15</sup> O presente estudo não logra esgotar todas as variáveis quanto a presença de advogados nas sessões de mediação. Poder-se-ia questionar até mesmo se novamente não se recairia nas questões de acesso à justiça e a diferenças de capital simbólico dos atores jurídicos e sua posição no campo. A posição de um determinado agente no espaço social pode assim ser definida pela posição que ele ocupa nos diferentes campos, quer dizer, na distribuição dos poderes que atuam em cada um deles, seja, o capital econômico o capital cultural e o capital social e também o capital simbólico (BOURDIEU, 2007, p.134/135).

envolvidas no conflito (MORAIS, 1999). Isto não significa, contudo que a promoção de cursos para mediadores não seja relevante.

Além dos aspectos de normatização quanto à técnica empregada a legislação preocupou-se com o tempo de cada sessão de mediação ou conciliação. O art. 334 do NCPC determina que a pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início da seguinte. Certamente o intuito do legislador era preservar o mínimo de qualidade de tempo para cada sessão, mas significa que podem ocorrer sessões de mediação de vinte minutos.

Assim, as sessões de mediação podem acabar na lógica das audiências preliminares, em que o julgador pergunta se há propostas concretas de acordo e limita-se a ouvir as partes quanto às mesmas. O objetivo da mediação é tratar o conflito, talvez o tempo de vinte minutos o não alcance para ouvir as partes sobre o problema enfrentado.

Apesar das críticas quanto à mediação ir para o espaço do Judiciário há de se admitir que o Estado, ao legislar a matéria, proporciona a informação sobre métodos não adversariais de tratamento de conflitos à população. Portanto, informa a sociedade a existência de outros métodos, colaborando em certo aspecto para a mudança da cultura do litígio. Talvez os atores jurídicos agora, em função da experiência com a mediação, a promovam antes da judicialização.

A declaração de princípios para a mediação, na forma positivada, também colabora para que se constituam bases mínimas para esse instituto. Estabeleceram-se como princípios informadores da conciliação e da mediação: a independência; neutralidade; autonomia da vontade; confidencialidade; oralidade; informalidade e da decisão informada (art. 166 do NCPC). A Lei nº 13.140/15 em seu artigo 2º acrescenta ainda os princípios da isonomia entre as partes, a busca do consenso e a boa-fé.

A questão da ética do mediador e o período de quarentena<sup>16</sup> também constitui um fator positivo, pois resguarda o interesse dos envolvidos<sup>17</sup> (Art. 172 do NCPC e art. 6º da Lei nº 13.140/15). Além disso, o legislador preocupou-se em instituir um cadastro para mediadores e regulamentar a profissão<sup>18</sup>, criando inclusive penalidades para comportamentos

---

<sup>16</sup> O conciliador e o mediador ficam impedidos, pelo prazo de 1 (um) ano, contado do término da última audiência em que atuaram, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes.

<sup>17</sup> Também que no art. 7º da Lei no. 13.140/15, que esclarece que o mediador não poderá atuar como árbitro nem funcionar como testemunha em processos judiciais ou arbitrais pertinentes a conflito em que tenha atuado como mediador.

<sup>18</sup> O artigo 8º da Lei no. 13140/15 determina que mediador e todos aqueles que o assessoram no procedimento de mediação, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, são equiparados a servidor público, para os efeitos da legislação penal.

antiéticos. Quanto à remuneração, o art. 152 do NCPC dispõe que será editada uma tabela de honorários pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Outro ponto positivo da incorporação da mediação para o Judiciário é a questão das custas, pois dificilmente nas mediações extrajudiciais elas ocorreriam de forma gratuita. Assim, a parte que fizer jus a benesse da gratuidade da justiça terá a mediação gratuita.

No que se refere à mediação ser utilizada para tratamento de conflitos da administração pública pode-se considerar tanto como ponto positivo como negativo. Um dos maiores litigantes hoje é justamente o Estado, seus processos de execução de título extrajudicial fiscal apresentam a maior taxa de congestionamento 91% do total, conforme números apresentados pelo CNJ (CNJ A, 2014). Contudo, a administração pública pode monopolizar esse instituto em virtude do volume de ações.

Por fim, outro aspecto importante que foi observado pelo legislador é a transdisciplinariedade na mediação, em especial nos casos de conflitos familiares (art. 694, NCPC). Nas ações de família, o juiz pode dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação. Essa observação é relevante, pois destaca que nem sempre os conhecimentos dentro do direito são suficientes para tratar um conflito.

O papel do mediador é de suma importância. Ele tem conhecimento de um universo de problemas que as partes enfrentam, e o seu papel não será de tratar conflitos, mas sim de auxiliar para que os envolvidos o façam. Para tanto, cada tipo de mediação pede certos tipos de especialidades. A mediação familiar, por exemplo, requer um profissional que não só tenha conhecimento na área de direito de família como também tenha uma formação multidisciplinar, em especial na área de psicologia.

A incorporação da mediação como instrumento de tratamento de conflitos, é pode ser um passo para aprimorar a justiça, ofertando, dentro do judiciário outros meios para resolução de litígios. Alguns pontos positivos e negativos foram apresentados, mas apenas após algum tempo de utilização deste instrumento é que a sociedade poderá avaliar melhor a sua consequência. Por ora, a resta a preocupação da contaminação da mediação pelo meio adversarial e que as más experiências realizadas no judiciário sirvam para atacar esse instituto.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A mediação é distinta de outras formas de tratamento de conflitos. A mediação não tem como objetivo finalístico a realização de um acordo. Já apontava Warat (2004), que a

função prioritária da mediação é a produção da diferença, instalando o novo (WARAT, 2004, P. 63). Como exposto, a legislação adotou a mediação, mas focou a questão do consenso distanciando-se da corrente “waratiana” de mediação que coloca no centro a questão do conflito lançando uma visão positiva sobre ele. A possibilidade da utilização de técnicas negociais e a referência do consenso como princípio da mediação nos aproximam de um modelo de mediação de Harvard.

A incorporação da mediação para dentro do Judiciário visa, a priori, lograr o consenso para que assim se diminua o número de processos judiciais, promovendo uma melhora na qualidade da tutela jurisdicional, conseqüentemente auxiliando na concretização do acesso à justiça. Porém, as expectativas criadas podem ser frustradas se colocarmos como objetivo a mudança da cultura do litígio.

Enquanto a mediação for pensada como um fim para desafogar o Judiciário e não como um meio de garantir direitos e resolver conflitos o acesso à justiça, em seu sentido amplo, não se concretizará. Corre-se o risco, em casos extremos, de se caminhar no sentido oposto à emancipação dos indivíduos. A institucionalização deformada pela cultura jurídica pode reprimir a espontaneidade e a participação dos indivíduos, que se sentindo constrangidos assumem uma composição, mais por coação ou ameaça de um provimento desfavorável (NUNES, TEIXEIRA, 2013, p. 134/135).

A inserção da mediação no Judiciário representa a necessidade pela segurança. Assim, em busca de reproduzir o maior momento de segurança já experimentado, o homem constrói crenças, e com elas preenche o Direito, tentando alcançar a segurança de que necessita.

Contudo há de se ressaltar que a mediação judicial como instrumento de tratamento de conflitos representa um passo relevante para a aceitação, por parte dos atores jurídicos, de outras formas de tratamento de conflito que podem informar os atores jurídicos de que há outros mecanismos de distribuição de justiça.

A mediação no Judiciário pode ser apenas um placebo, não atendendo a mudança da cultura do litígio com a conseqüente concretização do acesso à justiça. A cura para os males do aumento da judicialidade da vida requerem soluções complexas e preventivas. Espera-se que a mediação como medicamento não saia desacreditada com o seu ingresso no Judiciário, pois mesmo que se administre o melhor dos remédios em pacientes crônicos sem, contudo, atacar a causa de sua enfermidade, não se logrará nada além de uma sobrevida.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **A interpretação e aplicação da Constituição**. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista de Direito Administrativo, n. 240, p. 1-42, abr-jun, Rio de Janeiro, 2005.

BAUMAN. **Modernidade Líquida**. Tradução: DENTZIEN, Plínio. Rio de Janeiro: Jorge Zahar ed., 2001.

BOURDIEU, Pierre. **Elementos para una sociología del campo jurídico**, en Bourdieu, P. y Teubner, G., La fuerza del derecho. Bogotá: Uniandes, 2000.

\_\_\_\_\_, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução: TOMAZ, Fernando. 10ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

BUSH; Barusch; FOLGER, Joseph P. **La promesa de mediación**. Tradução: LEAL, Anibal. Buenos Aires: Granica, 2008.

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

COMPARATO, Fábio. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA A. **Taxa de congestionamento**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/gestao-e-planejamento-do-judiciario/indicadores/486-rodape/gestao-planejamento-e-pesquisa/indicadores/13659-03-taxa-de-congestionamento>> Acesso: em 25 jun 15.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução no. 125**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/1224-3-resolucao-no-125-de-29%20%20-de-novembro-de-2010>>. Acesso em: 10 de jan. de 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA B. **Programas e ações – Justiça em Números**. Disponível em: <[www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br)>. Acesso em: 10 de maio de 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **C 100 maiores litigantes**. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa\\_100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf)>. Acesso em: 10 de maio de 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Direito das Famílias**. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/pt/direito-das-familias.dept>>. Acesso em: 04 jun 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DE ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. Malheiros Ed., 2013.

HESPANHA, Antônio Manuel. **Justiça e litigiosidade: história e prospectiva**. Porto: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

KEPPEN, Luiz Fernando Tomasi; MARTINS, Nádia Beviláqua. **Introdução à resolução alternativa de conflitos**. Curitiba: J.M Jurídica, 2009.

LÓPEZ, Chimpén Carlos Alexis; GARCÍA, María Soledad Sagrado. **Mediación: la búsqueda del camino alternativo**. Libertador San Martín: Universidade Adventista del Plata: 2011.

LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. **Mediação judicial: análise da realidade brasileira: origem e evolução até a Resolução no. 125 do Conselho Nacional de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_, Rodolfo de Carmargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo**. Estado de Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã**. Trad. Martonio Mont´Alverne Barreto Lima e Paulo Antonio de M. Albuquerque. Revista Novos Estudos, CEBRAP. São Paulo, n.º 58, novembro/2000, pp. 183-202.

MEINERO, Fernanda Sartor e Ribeiro, Diógenes Vicente Hassan. **A poliafetividade e o acesso à justiça – a mediação como solução**. Acesso a Justiça II. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=173>>. Acesso em: 25 jun 2015.

MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. **Mediação e arbitragem – alternativas à jurisdição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

\_\_\_\_\_, José Luiz Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem. Alternativas à Jurisdição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

NUNES, Dierle e Ludmila Teixeira. **Acesso à justiça democrático**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

NUNES, Dierle e TEIXEIRA, Ludmila. **Acesso à Justiça Democrático**. Brasília: Gazeta Jurídica editora, 2013.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed.rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, pg. 131.

RIBEIRO, Diógenes Hassan. **Judicialização e desjudicialização**, Entre a deficiência e a insuficiência do judiciário. Revista de Informação Legislativa, Brasília, no. 1999, 25/23, jun/jul.2013

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed., São Paulo: Cortez, 2011.

SENADO. **Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496>>. Acesso em: 28 de jun de 2015.

\_\_\_\_\_. **Projeto Lei 7169/2014**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=606627>>. Acesso em 26 de jun de 2015.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. **A mediação como alternativa no tratamento de conflitos: por uma cidadania autônoma e responsável**. In: LEAL, Mônica C. H. Trabalho, constituição e cidadania: reflexões acerca do papel do constitucionalismo na ordem democrática. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2009. p. 149-185.

\_\_\_\_\_, Fabiana Marion. **Da Jurisdição à Mediação: por uma outra cultura no Tratamento de Conflitos**. Ijuí: Editora Unijuí, 2010.

SOUTO, Márcio Lins. **Nova Classificação para as Ondas Renovatórias de Acesso à Justiça**. João Pessoa: Sal da Terra Editora, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m)Crise; uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

TENENBLAT, Fábio. **Limitar o acesso ao poder judiciário para ampliar o acesso à justiça**. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1487/1453>>. Acesso em: 14 jun 2015.

WARAT. Luís Alberto. **Em nome do acordo. A mediação no Direito**. Florianópolis: Almed: 1998.

\_\_\_\_\_. Luís Alberto. **O ofício do Mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001.

\_\_\_\_\_. Luís Alberto. **Surfando na Pororoca: O ofício do Mediador**. Volume III. Coordenação: MEZZARROBA, Orides; DAL RI JÚNIOR, ARNO; ROVER, Aires José; MONTEIRO, Cláudia Servilha. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

\_\_\_\_\_. Luís Alberto. **A Rua Grita Dionísio! Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia**. Tradução e Organização: ASSIS, Vívian Alves de, MARCELLINO JR., Júlio Cesar; ROSA, Alexandre Moraes da. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.