

**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 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 AÇÃO COMUNICATIVA COMO FUNDAMENTO DA MEDIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

THE COMMUNICATIVE ACTION AS FUNDAMENTAL OF MEDIATION IN THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE

**Angela Issa Haonat
Murilo Braz Vieira**

Resumo

O presente artigo tem como objeto de estudo a previsão da mediação no novo Código de Processo Civil como solução alternativa de conflitos no qual as partes buscam o consenso utilizando-se do diálogo. Como problema central a pesquisa apresentou a seguinte indagação: a ação comunicativa das partes é um fundamento para que a mediação prevista no novo Código de Processo Civil sirva como instrumento efetivo de solução de conflitos? O objetivo foi discutir a importância da ação comunicativa das partes envolvidas para uma solução adequada de um conflito. Também tem como objetivo compreender a sistemática da mediação prevista na nova redação do código processual civil. O tema é pertinente uma vez que o assunto sobre as formas alternativas e adequadas de solução de conflito e que visam à reaproximação das partes como se propõe a mediação está sendo debatido no direito contemporâneo visando efetivar o direito fundamental ao acesso à justiça e assegurar uma efetiva prestação jurisdicional. Utilizando-se o método dedutivo, o artigo se desenvolveu partindo da premissa de que a mediação é uma forma de solução de conflito em que as partes constroem a melhor resolução para o litígio através do diálogo e foi desenvolvida uma pesquisa exploratória com abordagem qualitativa, cuja vertente metodológica é de procedimento bibliográfico teórico-documental e buscou-se a conclusão de que a ação comunicativa das partes é fundamental para uma efetiva mediação, pois as partes, em consenso, elaboram espontaneamente a melhor forma de acomodar ambos os interesses.

Palavras-chave: Ação comunicativa, Fundamento, Mediação, Consenso, Novo processo civil

Abstract/Resumen/Résumé

This paper has as object of study the forecasting of mediation in the new Code of Civil Procedure as alternative dispute resolution in which the parties seek consensus using dialogue. The survey presented the following question as a central problem: Is the communicative action of the parties a basis for the mediation provided in the new Code of Civil Procedure works as an effective tool for conflict resolution? The aim was to discuss the importance of communicative action by the parties involved to seek proper solution of a conflict. It aims also to understand the systematic of the proposed new wording of mediation in civil procedure code. The theme is relevant because the alternatives and appropriate forms of conflict resolution and aimed at rapprochement of the parties, as proposed mediation it's

being debated in contemporary law aimed actualize the fundamental right to access to justice and ensure effective jurisdictional provision. The paper was developed using the deductive method from the premise that mediation is a form of conflict resolution that the parties build the best resolution for the dispute through dialogue and an exploratory study was conducted with a qualitative approach whose methodological aspect is of theoretical and documentary literature procedure and it was concluded that the communicative action of the parties is fundamental to the effective mediation because the parties spontaneously elaborate the best way to accommodate both interests through consensus.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Communicative action, Fundamental, Mediation, Consensus, New code of civil procedure

1 INTRODUÇÃO

As soluções alternativas de conflitos judiciais como a mediação, a conciliação e arbitragem são temas que há muito tempo são debatidos nos estudos desenvolvidos para melhorar a prestação jurisdicional e para garantir o direito fundamental de acesso à justiça. Este artigo destacou o tema mediação que foi inserida expressamente no texto do novo Código de Processo Civil aprovado em dezembro de 2014 e publicado no Diário Oficial da União em 17/03/2015 convertido na Lei nº 13.105, pretendendo ser um instrumento processual para a efetiva solução de conflito que tramitam perante o Poder Judiciário.

Embora a mediação não seja algo que tenha surgido somente com a aprovação do Projeto de Lei nº 166/2010, o interesse em debater a aplicação de soluções alternativas de conflitos como forma de pacificação social se demonstra necessário uma vez que a atual conjuntura processual civil prevê expressamente a possibilidade de as partes envolvidas submeterem o litígio em que se encontram para espontaneamente construírem a solução que atenda a real vontade de ambas através do consenso.

Busca-se com a mediação a solução mais célere de um litígio com a participação efetiva das partes através do agir comunicativo como forma de efetivar direitos em conflitos, sendo que este diálogo das partes estará sendo conduzido por um terceiro que servirá de mediador para orientar e incentivar a ação comunicativa.

Assim, se propõe o seguinte questionamento: a ação comunicativa das partes é um fundamento para que a mediação prevista no novo Código de Processo Civil sirva como instrumento efetivo de solução de conflitos?

A mediação e a conciliação já são vistas como instrumentos de pacificação social, de solução e prevenção de litígios e são capazes de reduzir a excessiva judicialização, bem como a quantidade de recursos e execuções de sentenças, servindo também como instrumento para a efetivação dos Direitos Humanos.

Como objetivo geral, propõe-se discutir a importância da ação comunicativa das partes envolvidas para uma solução adequada de um conflito quando o litígio for submetido a uma mediação. Também tem como objetivo compreender a sistemática da mediação prevista na nova redação do código processual civil.

Justifica-se este artigo em razão da necessidade de enfrentar a temática sobre mediação como forma de solução de litígio que busca a pacificação social mais célere além de ser um meio de reduzir a quantidade de demandas judiciais que abarrotam o Poder Judiciário.

O tema sobre mediação é pertinente porque esta forma alternativa de solução de

conflito que visa à reaproximação das partes ao estimular a capacidade da ação comunicativa existente nos atores envolvidos está sendo debatida no direito contemporâneo visando efetivar o direito fundamental ao acesso à justiça e assegurar uma efetiva prestação jurisdicional.

Utilizando-se o método dedutivo, o artigo se desenvolveu partindo da premissa de que a mediação é uma forma de solução de conflito em que as partes constroem a melhor resolução para o litígio através do diálogo e foi desenvolvida uma pesquisa exploratória com abordagem qualitativa, cuja vertente metodológica é de procedimento bibliográfico teórico-documental que permitirá elaborar uma conclusão logicamente decorrente da premissa como forma de analisar os resultados.

2 A MEDIAÇÃO NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Uns dos fatores que acarretam o surgimento de conflitos interpessoais é a complexidade da sociedade e a pluralidade de interesses individuais. Este estudo não se prestará a fazer um estudo histórico do surgimento de conflitos na evolução da sociedade. No entanto, é importante expor que as mais variadas formas de conflitos que não são resolvidos pelas partes resultam em uma demanda judicial.

Pode-se até afirmar que a própria evolução social ocorre por força de conflitos de interesses, onde as situações vivenciadas pelo grupo de indivíduos são antagônicas e perturbadoras da tomada de decisões e que podem ser geradoras de violência diante das transformações que são buscadas.

Carlos Eduardo de Vasconcelos assim define conflito: “o conflito ou dissenso é fenômeno inerente às relações humanas. É fruto de percepções e posições divergentes quanto a fatos e condutas que envolvem expectativas, valores ou interesses comuns.” (2012, p.19).

Na institucionalização do Poder, a função jurídica foi estabelecida no Estado Moderno para solucionar os conflitos que lhe fossem apresentados e reestabelecer a ordem e a paz social. Assim, foi reservado exclusivamente ao Poder Judiciário a função de promover a solução de todos os conflitos e resguardar a aplicação efetiva da lei e da justiça no sistema jurídico moderno.

Dalmo de Abreu Dallari, ao citar Maquiavel (1469-1527), explica a necessidade da independência do Poder Judiciário para a solução de conflitos:

Agindo em nome próprio o Judiciário poderia proteger os mais fracos, vítimas de ambições e das insolências dos poderosos, poupando o rei da necessidade de interferir nas disputas e de, em consequência, enfrentar o desgosto dos que não viessem suas razões acolhidas. (2011, p. 216).

O Poder Judiciário desta forma independente e inerte assumiu o papel de controlar e fiscalizar a aplicação das leis e solucionar os conflitos através da prestação jurisdicional sendo fonte da legítima justiça entre os indivíduos.

O direito positivo no Estado Moderno promoveu o ideal de que somente através de um pronunciamento judicial se é possível resolver um determinado conflito, pois o juiz seria o único capaz de aplicar a lei de forma a efetivar a justiça. Tal concepção é um desestímulo para que as partes busquem um meio consensual para solucionar o conflito em que estão envolvidos e por esta razão apresentam a demanda ao Poder Judiciário e aguardam que o juiz substitua as suas vontades para aplicar a lei que disciplina os seus interesses.

Dentre as várias críticas ao positivismo jurídico como fonte de direito e determinação de aplicação das leis, os denominados “pós-positivistas” abordam a superação desta corrente jurídica uma vez que seus adeptos aplicam as leis de forma mecânica e que esta aplicação estaria sujeita a cometer injustiças (CRUZ E DUARTE, 2013).

A solução para os conflitos instalados na sociedade contemporânea exige muito além da aplicação da legislação técnica formal. Não se trata de negar a existência de um processo formal para apresentar o conflito ao Poder Judiciário. Mas entender que o fim de um processo não é prestigiar somente o formalismo mecânico, mas utilizar como processo de aproximação das partes para promover a pacificação social.

A solução de um conflito passa a ser vista através dos olhos e exigências interpretativa das partes que estão envolvidos no processo, e não apenas única e exclusivamente do juiz que preferirá a sentença.

Na sociedade complexa estão presentes os antagonismos de interesses das mais variadas classes e que por vezes acabam sendo atentados diretos aos direitos humanos. Ao mesmo tempo, o direito é construído e transformado pela própria sociedade e quando não se alcança uma ordem justa por causa da inacessibilidade à justiça identifica-se uma crise no direito. Nas lições de Bittar (2009, p. 212) “A crise aqui é vista como um problema estrutural, capaz de abalar os próprios fundamentos do direito vigente, ou mesmo capaz de significar a desrazão de toda arquitetura jurídica projetada para a sua aplicação sobre a realidade social”.

Notadamente, a ampliação do rol de direitos no Estado brasileiro após a Constituição Federal de 1988 criou nos cidadãos o anseio de ver seus interesses satisfeitos pelo Estado democrático sabendo que caso tais direitos não sejam efetivados podem recorrer ao Poder Judiciário. Assim, explica Boaventura de Sousa Santos:

No caso do Brasil, mesmo descontando a debilidade crônica dos mecanismos de implementação, aquela exaltante construção jurídico-institucional tende a aumentar as expectativas dos cidadãos de verem cumpridos os direitos e garantias consignados na Constituição, de tal forma que a execução deficiente ou inexistente de muitas políticas sociais pode transformar-se num motivo de procura dos tribunais. (2011, p. 25).

Diante deste cenário, vários instrumentos explicitamente judiciais foram utilizados para assegurar o acesso aos tribunais. Dessa forma, o que se encontra é um Poder Judiciário abarrotado de ações aguardando o julgamento através de uma sentença em que se espera que seja efetivada a justiça e reestabelecida a paz social.

Vários estudos são necessários para alcançar uma prestação jurisdicional mais célere e, principalmente, desafogar o judiciário combatendo a morosidade do sistema que pode ser causada tanto pela excessiva intervenção por atos processuais ou em razão da intervenção de terceiros em litígios judiciais.

A ideia de uma democratização do Poder Judiciário está ligada à capacidade de descentralizar os serviços seus serviços, abrindo espaços para o amplo acesso à justiça, sem desprestigiar a garantia do devido processo legal, mas reformando o método de pensar a forma de efetivar a justiça. Sobre a cultura jurídica de acesso à justiça apenas através do provimento judicial, Torres expõe:

Há cultura jurídica de que o juiz só age quando provocado. Isso não pode ser visto com um dogma e nem pode engessar o pensamento e a liberdade de ação, dirigidos para a resolução de conflitos. Hoje a palavra de ordem é de participação, daí porque o Poder Judiciário não ficar alheio aos reclamos e às exigências da dinâmica social, porque independe do número de pessoas que exigem seus direitos, importando, isto sim, que se encontrem mecanismos para resolver com rapidez essas situações emergenciais e que podem evoluir para problemas ainda maiores. (2005, p.163).

No sistema jurídico brasileiro, a criação de juizados especiais para processar as causas de pequena complexidade, os ritos processuais abreviados, a limitação de matéria recursal em certos ritos, a exigência de pagamento de custas e depósitos prévios da condenação pecuniária para interpor recursos são medidas conhecidas e que foram tomadas para assegurar uma tramitação processual mais célere e desafogar, em tese, o Poder Judiciário.

Outros instrumentos de pacificação entre as parte que buscam um resultado satisfatório para determinado conflito são a conciliação, a mediação e a arbitragem que foram sendo inseridas no sistema jurídico positivo como alternativa para as partes buscarem uma adequada composição de seus interesses. Torres (2005, p. 158) explica que “a conciliação,

assim como a mediação, são meios eficazes que objetiva a transação, porque a mediação promove a aproximação das partes e propicia que elas mesmas consigam interagir, e a conciliação conduz a uma conversação.”.

Dentre estes instrumentos, a mediação merece por ora o destaque em razão de um novo paradigma para o tratamento e condução dos conflitos. Nesta modalidade de resolução de disputa, a interação entre as parte envolvidas é vista como um privilégio, de forma que ambas tenham capacidade de espontaneamente construir a adequada solução para seus interesses fazendo uso do diálogo.

Carlos Eduardo Vasconcelos destaca a funcionalidade do diálogo entre as partes ao conceituar a mediação:

Mediação é um meio geralmente não hierarquizado de solução de disputa em que duas ou mais pessoas, em ambiente seguro e ambiência de serenidade, com a colaboração de um terceiro, o mediador – que deve ser apto, imparcial, independente e livremente escolhido ou aceito -, expõem o problema, são escutadas e questionadas, dialogam construtivamente e procuram identificar os interesses em comum, opções e, eventualmente, firmar um acordo. (2012, p. 42).

Verifica-se que a mediação é um instrumento que coloca as partes em contato diretamente para que tenham a oportunidade de, dentro de uma racionalidade, identificar através do diálogo os pontos em comum entre os seus interesses, ou seja, um mínimo de consenso para reconhecer de forma espontânea quais são os reais motivos da existência do litígio e a partir de então construir a solução adequada e satisfatória para ambas as partes.

Não se pretende substituir o Poder Judiciário e nem mesmo os juízes por outros profissionais como forma dar uma solução para o problema da morosidade. Mas permitir que os conflitos menos complexos possam receber um tratamento com a interferência de um intermediário que poderá despertar nas partes os meios para propiciar uma solução amigável.

A mediação se propõe a aproximar as partes do centro da decisão, fazendo com que ambas construam uma resolução adequada diante da realidade de cada uma. A solução que se adequa a realidade financeira, social e cultural das partes reflete o sentimento de satisfação e de justiça. A satisfação com o resultado final deve atingir a todos envolvidos.

Na mediação, o diálogo entre as partes devidamente conduzido pelo mediador deve provocar o conforto para que ambas exerçam a comunicação, apresentando os pontos divergentes e identificando os pontos que se convergem. Desta forma, explica Torres:

A mediação visa a encontrar interesses comuns, e com as ferramentas do profissionalismo, a aproximação e o diálogo, mostrar as vantagens de um acordo e

os desgastes que se podem evitar na discussão dentro de um processo judicial, cujo caminho poderá ser longo e penoso, desde o 1º grau de jurisdição até os recursos possíveis perante os Tribunais. (2005, p.169).

As ferramentas apontadas – a aproximação e o diálogo – são justamente os argumentos que farão com que as partes encontrem um ponto de consenso, apesar de existirem interesses em conflito. Isto porque na mediação as partes constroem a decisão final sendo que a figura do mediador propicia condições para que haja uma interação entre elas através do diálogo.

A mediação como instrumento de acesso à justiça visa que o diálogo entre as partes sirva para ir além de uma mera solução de conflito, pois tem como uma finalidade primordial que as partes possam interagir para se conduzirem à paz social através da boa convivência. Há a atuação de um mediador imparcial na negociação entre os envolvidos no conflito “facilitando o diálogo ou incentivando o diálogo existente, com vistas a que as próprias partes encontrem a melhor forma de acomodar ambos os interesses, resolvendo não somente o conflito latente, quanto à própria relação desgastada, permitindo a continuidade pacífica.” (CALMON apud CABRAL, 2013, p. 47).

Atualmente a mediação ganha um reconhecimento legislativo como a aprovação do novo Código de Processo Civil, muito embora o cenário brasileiro já se depara com centros de mediação em vários estados da Federação, bem como se encontra previsto na Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça.

Torres (2005) afirma que a mediação já devia estar sendo operada no processo brasileiro independentemente de lei específica, pois este sistema já pode ser colocado em prática sob a supervisão do Poder Judiciário. No entanto, a necessidade de previsão legal no novo Código de Processo Civil para efetivar um trabalho de mediação poderá servir como uma forma de estímulo por parte do próprio Estado para sua utilização.

Acredita-se que a conquista do novo Código de Processo Civil em prever expressamente o instrumento da mediação como forma alternativa para solução de conflitos seja um grande avanço para a celeridade no Poder Judiciário e para assegurar o acesso à justiça, sendo ainda necessária a criação da cultura da mediação nas pessoas que estudam e trabalham o Direito.

Esta cultura da mediação deve ser estimulada na formação jurídica no curso de Direito. É necessário que o mediador, o juiz e principalmente os advogados que fazem o trabalho diretamente com as partes tenham condições profissionais suficientes sobre como agir diante de um trabalho de mediação.

A formação profissional do mediador é fundamental para a efetividade da mediação, conforme explica Torres:

[...] é necessário que o mediador possua condições profissionais suficientes, para, conhecendo a matéria em discussão, ter sensibilidade de saber ouvir, destacar com clareza e precisão os pontos divergentes e comuns, e com isso, apresentar questionamentos e ponderações possíveis, propiciando uma conversação com habilidade para gerar confiança e disposição para resolver o conflito por consenso, sabidamente, onde a Justiça atua, marcando o direito, conseguindo a paz. (2005, p. 171).

Esse é o essencial para a efetividade da mediação, que as partes estejam aptas ao diálogo tendo um mediador que estimule esta conversação. Um trabalho onde as partes são estimuladas na construção de uma solução através do agir comunicativo. Pode-se afirmar que esta participação está em perfeita sintonia com o projeto de modernização e de democratização do Poder Judiciário em vista a assegurar o direito fundamental ao acesso à justiça de forma mais célere e consensual.

3 BREVE ANÁLISE DA MEDIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O cenário jurídico com o excessivo número de ações judiciais em tramitação traduz-se em uma necessidade de refletir sobre uma nova concepção do conceito de acesso à justiça, passando a ser compreendido não apenas no tocante ao ingresso no Poder Judiciário mediante a instauração de uma ação judicial, mas também deve ser considerada a saída, ou seja, a resolução do conflito, entendida esta como o tempo de solução do litígio para prestigiar a razoável duração do processo para a realização da justiça.

A Mediação como instrumento alternativo para a resolução de conflitos está em debate desde os anos 90, quando surgiu o Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem, uma entidade com a finalidade de representar as entidades de mediação e arbitragem para elaborar cursos para a formação de árbitros e mediadores (VASCONCELOS, 2012).

Foi em 2010 que o Conselho Nacional de Justiça-CNJ publicou a Resolução nº 125/2010 que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário, assegurando acima de tudo o acesso à justiça previsto constitucionalmente no sentido de efetivar a ordem jurídica justa, promover a adoção de mecanismos consensuais para uma solução de conflitos e a pacificação social.

Da aprovação da resolução em comento, restaram fixados quatro pilares que merecem registro, o qual se assenta a política nacional de tratamento de conflitos e o modelo estruturante apontado pelo CNJ, quais são: o estabelecimento de núcleos permanentes de métodos consensuais em verdadeira célula de inteligência no desenvolvimento da política judiciária local; a instalação de centros judiciários de solução de conflitos e cidadania para concentrar ações de conciliação e mediação a cargo de conciliadores e mediadores; a capacitação permanente de magistrados, servidores, e colaboradores nos métodos consensuais de solução de conflitos; a manutenção de um banco de dados permanentemente atualizado sobre as atividades de conciliação.

Desta forma, observa-se em regra, que toda mediação tem que ser voluntária, confidencial, não adversarial, mais econômica, imparcial e neutro o mediador.

A característica da voluntariedade se insere no contexto da espontaneidade das partes em participarem de uma mediação e estarem dispostas em aderirem livremente ao processo, bem como podendo deixar ou desistir da mediação.

A confidencialidade é aplicada ao mediador que não poderá revelar o que sucedeu nas sessões, portanto está impedido de ser citado como testemunha caso o conflito não se resolva pela mediação.

Além disso, na mediação não se propaga a figura do vencedor e do vencido, há na verdade um debate espontâneo dos participantes, devidamente conduzidos pelo mediador, para juntos, através do diálogo, construir a solução plena do conflito.

Quanto à economicidade, a mesma se revela não somente sob o aspecto financeiro, visto que claramente a mediação torna-se um procedimento menos dispendioso que todo o aparato do processo judicial, mas principalmente quanto ao tempo dispendido para solução do conflito, em total consonância com o princípio constitucional da razoável duração do processo.

Prestigiando uma solução adequada de conflitos, a redação do novo Código de Processo Civil instituído pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 prevê expressamente no artigo 3º, §§ 2º e 3º a promoção da solução consensual de conflitos e o dever dos juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público estimularem a mediação, inclusive no curso do processo judicial.

De forma inovadora, o texto do novo código processual civil expressamente prevê no artigo 165 a criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

A figura do mediador aparece regulamentada legalmente no § 3º do artigo 165 ao definir que o mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que tiver havido vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Conforme explica Vasconcelos: “já o mediador auxiliará as pessoas interessadas a compreender as questões e os interesses envolvidos no conflito e, posteriormente, identificar, por si mesmas, as alternativas de benefícios mútuos.” (2012, p.74).

Portanto, o mediador atua como um instrumento de produção de consenso (facilitador) entre as partes em tensão, onde estas serão responsáveis pela fixação do seu próprio entendimento.

Uma vez que poderão ser realizadas mais de uma mediação quando necessárias para composição das partes, o legislador fez a opção de que o mediador a ser escolhido seja aquele que tenha tido vínculo anterior entre as partes. Tal fato se deve a uma forma de que o diálogo entre as partes, estimulado e conduzido pelo mediador, seja contínuo e possa evoluir nos pontos necessários para a construção de um resultado consensual.

O texto do novo Código de Processo Civil ainda prevê expressamente no artigo 334 que tendo a petição inicial preenchido os requisitos essenciais e desde que não ocorra a improcedência preliminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de trinta dias, devendo ser citado o réu com pelo menos vinte dias de antecedência.

A leitura deste artigo remete à interpretação de que a regra é que a demanda judicial seja submetida previamente à tentativa de mediação de forma obrigatória, cabendo às partes envolvidas manifestarem expressamente o desinteresse na composição consensual, tudo conforme preconiza o inciso I do § 4º do artigo 334 do novo CPC.

Esta tentativa prévia de mediação de forma obrigatória encontra apoio na doutrina de Ada Pellegrine Grinover. Nesse sentido, para esta jurista o que se coloca como obrigatória é tão somente a tentativa da mediação, e não em si o acordo. Logo os meios alternativos de solução de controvérsias configuram instrumentos complementares, “multiportas”, sendo preciso ainda, estimular a sedimentação de uma cultura que permita o seu vicejar. (MANCUSO, 2009).

Esta disposição do novo Código de Processo Civil em prestigiar as soluções alternativas dos conflitos ainda precisará de uma ampla divulgação e de utilização da mediação para mudar a cultura dos jurisdicionados, no sentido de que os mesmo aprendam a

construir a solução para seus conflitos antes de prioritariamente esperar que um terceiro decida por eles, ou seja, aguardar o provimento judicial.

Desta forma, em breve análise da mediação no novo Código de Processo Civil, verifica-se que a legislação inova no sentido de tentar uma mediação das partes no ato da distribuição da petição inicial e quantas vezes forem necessárias para estimular que as partes promovam o diálogo e encontrem a melhor solução para o litígio que envolve os seus interesses.

Importante destacar que a mediação enquanto um instrumento de resolução adequada de litígios tem como fundamento para a sua efetividade o diálogo das partes devidamente esclarecidas sobre o conflito em que estão envolvidas. Desta forma, as partes que voluntariamente buscam este meio de solução de litígio certamente deverão utilizar da racionalidade ao exercerem o agir comunicativa para que cheguem a um consenso e construam a solução adequada para os interesses em conflito.

4 A AÇÃO COMUNICATIVA DAS PARTES COMO EFETIVIDADE DA MEDIAÇÃO

Como já identificado, a mediação prevista na Resolução nº 125/2010 do CNJ e agora expressamente regulamentada no novo Código de Processo Civil é um instrumento de tratamento adequado de conflitos entre as partes em um litígio no qual são estimuladas a chegarem a um consenso através do diálogo sendo que esta comunicação será conduzida por um mediador.

É muito saudável para uma mediação que as partes exerçam o diálogo de forma espontânea e encontrem a justiça harmoniosa para restaurar a paz social sem identificar vencedor e vencido. O novo Código de Processo Civil prestigiou a necessidade do restabelecimento da comunicação entre as partes através do trabalho em uma mediação.

Destaca-se assim o papel da ação comunicativa das partes para que cheguem ao consenso para resolverem a disputa que instauraram e para que busquem a reaproximação das mesmas promovendo um convívio pacífico posteriormente. O acesso à justiça concentra um forte ponto de reflexão para assegurar a efetividade de direitos fundamentais. Não apenas refletir sobre causa e efeito, mas refletir nas circunstâncias existentes no direito pós-moderno que contribuem para a atual crise do direito. O direito, na visão de Jürgen Habermas, tem como principal função gerar integração social (HABERMAS apud SAAVEDRA, 2006).

Nota-se que há um estímulo para que os indivíduos construam os elementos para solucionar o conflito através da comunicação livre e racional, de forma que os mesmos vão identificar com clareza o problema e visualizarão a solução mais adequada para ambos em um consenso. A capacidade comunicativa do mediador com as partes envolvidas auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito.

Neste ponto, destaca-se a contribuição do filósofo Jürgen Habermas e sua teoria da ação comunicativa (HABERMAS, 1989). Em geral, a ação comunicativa é uma forma para que dois sujeitos com capacidade de linguagem e de ação possam buscar um consenso, coordenando os seus planos de ação e estratégias. A linguagem se mostra um papel fundamental para, diante de um juízo racional, a negociação levar à resolução de controvérsias, desenvolvendo a fala argumentativa (OLIVEIRA, 2012).

Elucidando a ação comunicativa de Habermas, cita-se Oliveira:

Na concepção habermasiana de ação comunicativa, os indivíduos, livres de qualquer coação ou pressão, participam em igualdade de condições do processo comunicativo, manifestando suas opiniões e ideias com o fim de chegarem a um acordo (dito, neste caso, racional) entre eles. (2012, p. 44).

Assim, Habermas apresenta a teoria da ação comunicativa contemplando: a situação de fala ideal compreendendo a igualdade de oportunidade de atos de fala pelos interlocutores, afastando qualquer forma de constrangimento; o consenso verdadeiro assegurado aos participantes em razão de qualquer questionamento ulterior por qualquer dos interlocutores, precedido de uma racionalidade dos sujeitos e; os interesses universalizáveis que são externados entre os sujeitos ao viabilizarem o consenso de forma livre e sem pressão ou coação (OLIVEIRA, 2010).

A situação de fala ideal funciona como fundamento do agir comunicativo que serve como ponto de referência para a reconstrução da interação. Busca-se uma compreensão do mundo para permitir o agir na busca do entendimento mútuo.

Ao expor sobre o agir comunicativo orientado para o entendimento mútuo, Habermas afirma que: “(...) falo em agir comunicativo, quando os atores tratam de harmonizar internamente seus planos de ação e de só perseguir suas respectivas metas sob a condição de um *acordo* existente ou a se negociar sobre a situação e as consequências esperadas.” (1989, p.165. *Itálico* no original).

Espera-se que a conexão interativa das partes envolvidas na mediação promova um entendimento mútuo que corresponda a um acordo que dependa do assentimento racional dos

atores formulando um consenso. Diante do agir comunicativo, a mediação funciona como um instrumento para o agir orientado para o entendimento mútuo.

A parte que tem o seu conflito submetido à mediação deve estar consciente da sua situação de fala e exercer de forma racional a ação comunicativa. Desta forma, ainda que o texto do novo Código de Processo Civil tenha implementada a tentativa da mediação de forma obrigatória à primeira vista, as partes ou uma delas poderão expressamente manifestar o desinteresse neste tipo de composição consensual.

Pelo fato de a mediação estar sendo inserida na cultura dos jurisdicionados, é normal que a sociedade como um todo ainda não esteja preparada para exercer a situação de fala orientada para o interesse mútuo. Esta natural deficiência do agir comunicativo prejudica a tão visada interação das partes e poderá ser um fator que possivelmente implicará na ineficácia das mediações conforme estabelecido no novo Código de Processo Civil.

Mas nem por isso esta mediação deixará de ser estimulada a qualquer tempo, seja antes da formação da relação processual ou durante esta, sobretudo para romper um paradigma da cultura da litigiosidade.

Assim, no contexto da mediação, o novo ordenamento processual civil destacou o diálogo voluntário entre as partes como ponto importante para a sua efetividade como forma de alcançar uma solução consensual para o conflito. Cabe às partes, devidamente assistidas por seus advogados, bem como aos demais atores do processo agirem com racionalidade para praticar a comunicação orientada para o interesse mútuo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo pretendeu debater a ação comunicativa através do diálogo entre as partes como fundamento para alcançar a efetividade da mediação conforme previsto no novo Código de Processo Civil instituído pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Ao traçar o perfil dos conflitos, constatou-se que a formação jurídica no Estado Moderno acompanhada pelo avanço do direito positivo foi o fator preponderante para cultura da litigiosidade fazendo com que as pessoas concentrassem a solução de suas demandas no Poder Judiciário.

As posições doutrinárias utilizadas possibilitaram informar a existência de uma crise no direito, mais do que estrutural, e que por esta razão os indivíduos não alcançam uma ordem justa por causa da inacessibilidade à justiça.

Diante das informações notórias de que o Poder Judiciário está abarrotado de demandas judiciais, destacaram-se instrumentos criados para assegurar a celeridade

processual, como a criação de juizados especiais para processar as causas de pequena complexidade, os ritos processuais abreviados, a limitação de matéria recursal em certos ritos, a exigência de pagamento de custas e depósitos prévios da condenação pecuniária para interpor recursos.

Uma solução apresentada e que atrai discussões dos operadores do direito foi o surgimento da mediação, onde no seu conceito constatou-se que este método alternativo para solução de conflitos possui como elementos o diálogo espontâneo e voluntário das partes e o consenso destas em identificar os interesses mútuos através do auxílio do mediador.

Diante disso, identificou-se a inovação no ordenamento processual brasileiro com a expressa previsão legal no novo Código de Processo Civil da mediação e de sua utilização no processo, onde as causas serão submetidas à tentativa de mediação com a presença de um mediador que conduzirá a negociação e estimulará as partes a dialogarem e chegarem a um consenso.

Diante da análise de alguns artigos do novo processo civil, identificou-se que o diálogo entre os atores envolvidos na mediação é de fundamental importância para que o resultado seja equilibrado de forma a criar harmonia nos interesses e reaproximar as partes para alcançar a pacificação social.

Identificou-se também que é necessário prestigiar a ação comunicativa, de forma que na mediação há um estímulo para que os indivíduos construam os elementos para solucionar o conflito através da comunicação livre e racional, de forma que os mesmos vão identificar com clareza o problema e visualizarão a solução mais adequada para ambos em um consenso.

Oportunamente, apresentou-se a contribuição do filósofo Jürgen Habermas e sua teoria da ação comunicativa definida como sendo uma forma para que dois sujeitos com capacidade de linguagem e de ação possam buscar um consenso, coordenando os seus planos de ação prática diante de um juízo racional para solucionar as suas controvérsias.

De acordo com a ideia de racionalidade na argumentação, foi exposto que a situação de fala ideal funciona como fundamento do agir comunicativo que serve como ponto de referência para a reconstrução da interação. Busca-se uma compreensão do mundo para permitir o agir na busca do entendimento mútuo.

O risco de uma resistência à mediação que poderá implicar em sua ineficácia, *a priori*, está em estabelecer uma igualdade de capacidade de fala entre as partes e também porque a sociedade ainda está voltada para a cultura de resolver seus conflitos através do litígio. O exercício da fala ideal exige um aprendizado racional que permita reconhecer os valores, a cultura e as necessidades do indivíduo para colocar em prática o diálogo voltado

para o entendimento consensual. Além da comunicação plenamente exercida pelas partes, o processo do Direito deve contemplar as ações de cultura para o mútuo entendimento entre as partes, exigindo um maior preparo das partes, dos advogados, dos juízes e mediadores para conduzirem o processo com o diálogo de forma a promover a construção mais justa e adequada ao conflito instaurado.

Conclui-se que a mediação deve ser utilizada com uma finalidade muito maior de pacificação social do que de redução de números e de realização de metas estabelecidas aos órgãos do Poder Judiciário. Por isso que a capacidade de comunicação entre as parte deve ser conduzida para criar a interação entre estes atores processuais. Diante do agir comunicativo, a mediação funciona como um instrumento orientado para o entendimento mútuo através do agir comunicativo e seguramente a mediação, através do restabelecimento da comunicação entre as partes, será um instrumento efetivo de resolução adequado de conflitos visando à construção de soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O Direito na pós-modernidade**. 2 ed. rev., atual. e ampliada. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2009.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 21 de mar. 2015.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. **Diário da Justiça eletrônico**. Brasília, DF, 01 dez 2010. 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: 25 de jan. 2015.

CABRAL, Marcelo Malizia. **Os meio alternativos de resolução de conflitos**: instrumentos de ampliação do acesso à justiça. Dissertação (Mestrado em Direito) – Mestrado Profissional em Poder Judiciário da Fundação Getúlio Vargas Direito Rio. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2013.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. DUARTE, Bernardo Augusto Freire. **Além do positivismo jurídico**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Trad. de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1989.

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

OLIVEIRA, Tarsis Barreto. **Pena e racionalidade**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2012.

SAAVEDRA, Giovanni Agostini. **Jurisdição e democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

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

TORRES, Jasson Ayres. **O acesso à justiça e soluções alternativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 2 ed. rev., atual. e amp..São Paulo: Método, 2012.