

## INTRODUÇÃO

É notório o esforço da doutrina, da legislação e do Poder Judiciário brasileiros para a adoção e expansão de um movimento universal de acesso à Justiça com a utilização de mecanismos pacíficos de solução de conflitos, tendo em vista a urgência em se aprimorar as técnicas processuais, bem como a necessidade de ampliação de formas viáveis e eficazes de acesso à Justiça, que não sejam adstritas aos procedimentos estatais, em razão do atual “congestionamento” do Poder Judiciário (o que implica em maior dispêndio de tempo e recursos, e não necessariamente em maior qualidade e satisfação dos envolvidos em relação à decisão, o que pode ser traduzido em ineficácia dos mecanismos tradicionalmente empregados para solução dos conflitos há séculos).

Nesta linha de raciocínio, o presente trabalho visa, primeiramente, apresentar uma visão geral das novas formas de resolução do conflito, indicando sua relevância e elementos ensejadores. Em seguida, aborda as três principais formas de solução em aplicação hoje pela Lei e doutrina brasileiras, quais sejam: conciliação, mediação e arbitragem, apontando seus conceitos e as principais diferenças entre elas.

Após, demonstra a importância da pacificação de conflitos como mecanismo de acesso à Justiça. E, por fim, analisa o aspecto do empoderamento destas técnicas, a fim de fortalecer a democracia e exercício da cidadania ativa.

### 1. PANORAMA GERAL DAS NOVAS FORMAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITO

Um dos maiores desafios das últimas décadas para a Justiça é identificar e desenvolver procedimentos (judiciais e/ou extrajudiciais) capazes de serem considerados justos e eficientes para a população que se utiliza dos mecanismos de acesso à Justiça como instrumento de solução de conflitos, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso XXV, dita que: “*A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito*”, ao mesmo tempo que, em seu preâmbulo, indica como fundamento “*de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos*” a “*solução pacífica das controvérsias*”.

Entretanto, estes métodos não se referem apenas a (maiores e melhores) resultados positivos, mas, principalmente, as formas de que a participação entre os envolvidos é eficazmente realizada.

*“Proporciona-se também o reconhecimento mútuo de interesses e sentimentos, o que gera uma aproximação real das partes e conseqüente humanização do conflito decorrente dessa empatia”* (AZEVEDO, 2012, p. 22).

Busca-se desenvolver, portanto, mecanismos de solução de disputas que não signifiquem a imposição do poder de uma das partes sobre a outra (mesmo que uma delas esteja representada pelo Estado) ou, ainda, a imposição puramente legal de dispositivos que não impliquem a participação cidadã de modo qualificado na solução de seu próprio conflito.

Hay una cultura del litigio enraizada en la sociedad actual, que debe ser revertida si deseamos una justicia mejor y una sociedad también mejor, y lo que permite clasificar a una cultura como litigiosa no es, propiamente, el numero de conflictos que presenta, sino la tendencia a resolver esos conflictos bajo la forma adversarial del litigio (HIGHTON; ALVAREZ, 1996, p. 24).

Para tanto, foram indicados, desde o início da década de 70, métodos autocompositivos, que visam atender (de modo satisfatório) a expectativa daquele que tem um conflito a ser solucionado (seja pelo Estado, através do Poder Judiciário, ou, ainda, de modo pessoal), ao mesmo tempo em que procura funcionar como um catalisador de relações interpessoais e fortalecedor do tecido social de uma sociedade (ao estabelecer novos relacionamentos ou reestruturar relações já desgastadas em razão do conflito).

Como a vida em sociedade exige mais das pessoas, tornando o tempo escasso e as conversas informais empobrecidas, esse quadro acarreta a dificuldade das pessoas em construir laços sociais, e favorece a intolerância, como agressões nos debates que ficam acalorados ou exaltados quando está em jogo alguma disputa. É, nesse sentido, que os métodos alternativos (e pacificadores) de solução dos conflitos poderão ser institutos valiosos para o (re)estabelecimento dos laços sociais, de modo a construir pontes de diálogos entre os envolvidos.

Auxiliam, portanto, na melhoria das relações sociais envolvidas na disputa.

Tradicionalmente conhecidos pelas siglas ADR (do inglês ‘Alternative Dispute Resolution’), ou RAD (do castelhano ‘Resolución Alternativa de Disputas’), os métodos alternativos em referência destinam-se à pacificação de conflitos, sem a interferência decisória de uma autoridade judicial (SANTOS, 2012, p. 91).

Dessa forma, apesar das ideias principais destes mecanismos não serem necessariamente recentes, a crescente utilização e difusão destes meios pacíficos veio a ocorrer apenas nas últimas décadas, tendo em vista os constantes resultados positivos apresentados, como a redução do tempo médio de duração dos processos judiciais; *“incrementar la participación de la comunidad em los procesos de resolución de conflictos; facilitar el acceso a la justicia, suministrar a la sociedad una forma más efectiva de resolución de disputas”* (HIGHTON; ALVAREZ, 1996, p. 26), além da *“busca da efetivação do direito fundamental à justa pacificação de conflitos de interesses”* (SANTOS, 2012, p. 92).

Deve-se optar pela via mais adequada as particularidades do caso em concreto, uma vez que *“não há métodos de condução e de resolução de conflitos que se mostrem igualmente adequados ao eficaz tratamento de toda e qualquer relação conflitante”* (GAJARDONI, 2003, p. 103).

Atualmente, as principais formas mencionadas pela doutrina e legislação brasileira, bem como priorizadas pela legislação nacional, são: a conciliação, a mediação e a arbitragem.

### **1.1. As principais formas de solução pacífica e suas diferenças: mediação, conciliação e arbitragem**

A natureza dos conflitos atuais, ao lado de uma realidade marcada por uma dinâmica que impõe uma solução criativa para as questões que envolvem as sociedades de massas, torna-se terreno fértil para a implantação dos métodos de solução pacífica de conflitos.

No ordenamento jurídico brasileiro, instrumentos conciliatórios derivaram das Ordenações Filipinas, e depois foram regulamentados na Carta Constitucional do Império de 1824, que vislumbrava a atuação do Juiz de Paz de forma conciliatória perante os processos. Mas, foi com a Reforma do Código de Processo Civil de 1994, por meio das audiências de

conciliação prévia, e também pela Lei nº. 9.099/95, dos Juizados Especiais, que os instrumentos referenciados ganharam maior relevo.

Atualmente, a Resolução de nº 125/10, oriunda do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), desencadeou o marco regulatório para a mediação e a conciliação no Brasil.

Em novembro de 2012, foi criada a Escola Nacional de Mediação, com o objetivo de facilitar o acesso à Justiça e disseminar técnicas de resolução extrajudicial de conflito, como as técnicas de mediação, além de formar mediadores e conciliadores para trazer soluções mais harmônicas aos conflitos.

Para tanto, elaborou-se proposta, que é um substitutivo ao Projeto de Lei do Senado (PLS) nº. 517/2011, que tramitou com o PLS nº. 405/2013 e com o PLS nº. 434/2013.

O PLS nº. 405/2013 foi elaborado pela comissão especial de juristas criada pelo Senado para disciplinar a arbitragem e mediação e apresentado pelo então presidente do Senado, Renan Calheiros.

Advém o Projeto de Lei nº. 8046, de 2010, que, segundo a comissão de legisladores envolvida, busca dar aos mecanismos consensuais de resolução de conflitos *“todo o destaque que modernamente eles têm tido”*.

Segundo o que realça Fernanda Tartuce, desde que haja disposição dos envolvidos, o tratamento consensual é sempre possível. Assim, a despeito de ter sido escolhida inicialmente a via contenciosa, as partes podem, com fundamento em sua autonomia, decidir buscar saídas conjuntas (TARTUCE, 2016, p.2).

Seguindo essa lógica, o atual Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/15, dispôs, em vários de seus artigos, localizados em diferentes momentos do conflito, acerca de tais métodos, em especial da conciliação e mediação. E o fez no parágrafo primeiro do seu artigo 3º, ao estabelecer a possibilidade de arbitragem, na forma da lei; no parágrafo segundo do dispositivo em comento, ao incumbir ao Estado, sempre que possível, a promoção da solução consensual de conflitos, e, no parágrafo terceiro do referido dispositivo, ao dar ênfase ao estímulo à utilização dos métodos de solução consensual de conflitos pelos juízes, advogados, defensores públicos, membros do Ministério Público, inclusive no curso de processo judicial.

Também desenvolveu a disciplina legal de tais métodos nos artigos 165 a 175, ao tratar dos conciliadores e mediadores judiciais. De igual modo o fez em seu artigo 334, ao dispor da audiência de conciliação ou de mediação.

De forma inovadora, desenvolve acerca da mediação e conciliação referência no livro dos Procedimentos Especiais, em capítulo relativo ao processamento das demandas familiares (artigo 709 a 712, do novo Código de Processo Civil).

Ademais, o atual Código de Processo Civil ainda desenvolve, de forma peculiar, dispositivo que contempla a criação de câmaras de conciliação e mediação para dirimir conflitos no âmbito administrativo (artigo 175).

*“Com a inserção de dispositivos sobre mediação e a ampliação de previsões sobre a conciliação, dois modos diferentes de lidar com as controvérsias passam a conviver mais intensamente no Código de Processo Civil: a lógica de julgamento e a lógica coexistencial (conciliatória)”* (TARTUCE, 2016, p. 3).

Acerca da definição sobre tais métodos, a mediação tem como base a interdisciplinaridade, utilizando-se de diferentes saberes, como a psicologia, métodos de comunicação e negociação. Pois, nela, um terceiro, imparcial e neutro à relação conflituosa, auxiliará as partes à compreensão e à percepção da situação que as envolvem e que teria desencadeado o conflito, além de permitir a identificação dos interesses existentes naquela relação.

Este método pode ser utilizado em diversos conflitos. Atualmente, com a Lei nº 13.140/15, conhecida como a Lei de Mediação, que se tornou um marco legal de regulamentação da mediação judicial e extrajudicial, até mesmo aos direitos indisponíveis, que admitam transação, segundo estabelece o seu artigo 3º.

Vale mencionar, todavia, que o consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deverá ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público (parágrafo segundo, do artigo 3º da Lei).

Ao se tratar de direitos disponíveis, as partes poderão, total ou parcialmente, fazer ou não o uso de critérios jurídicos, podendo escolher conjuntamente outros critérios caso julguem relevantes ao processo de mediação.

É no aspecto sigiloso que encontramos destacada vantagem na utilização da mediação, uma vez que o conteúdo do conflito só será divulgado caso as partes autorizem, segundo preordena o artigo 30, da Lei de Mediação.

Além disso, o aspecto temporal impõe nova dinâmica do tratamento à solução desses conflitos, o que se mostra consentâneo a nossa realidade atual, marcada pela morosidade do Poder Judiciário. Vale dizer, a solução do conflito poderá ser dirimida o mais rápido possível (BEDÊ, 2008).

*“O objetivo principal da mediação deve ser promover a resolução do conflito. Sobretudo a mediação possibilita chegar a acordos, e que são de tal natureza que as partes em disputa os consideram satisfatórios”* (BUSH; FOLGER, 2010, p.95).

Em sintonia com essa linha, a mediação, mais do que alcançar um acordo, pode transformar a vida das pessoas por meio da revalorização e reconhecimento entre os atores envolvidos no conflito.

É importante contrastar a mediação da figura da negociação, especialmente porque, nesta, o conflito é desenvolvido por meio de uma discussão direta entre as partes. Por sua vez, na mediação utiliza-se de um terceiro que auxilia as partes envolvidas à construção de um diálogo, embora seja designada por alguns de negociação facilitada, porquanto emprega alguns meios utilizados na negociação (SOUZA, 2012).

Em relação à conciliação, como método de autocomposição que é, se reveste de características próprias quando em confronto com a mediação.

Com efeito, nela, dois ou mais sujeitos, que se encontram em desarmonia, discutem a respeito de um negócio jurídico para colocar fim ao conflito de maneira amigável. As partes atuam de forma incisiva, pois participam da resolução do conflito (PISK, 2012).

A decisão que surge da conciliação constitui um compromisso celebrado entre as partes, cujos termos do acordo são construídos por elas, porém com auxílio do conciliador. Neste processo, as partes atuam em mútua cooperação na busca de compreensão dos limites que envolvem o conflito.

A conciliação revela-se muito eficaz nos casos em que os envolvidos não possuem relações significativas anteriores e nem desejam manter a relação futura, de modo a

desenvolver um processo célere capaz de colocar fim ao conflito. São exemplos comuns de utilização deste método as relações de consumo e as reparações de danos materiais.

O conciliador deverá ter uma postura neutra ao processo e terá que conduzir as negociações de sorte a dirigir as partes à solução adequada ao conflito.

Em relação à mediação, o conciliador distancia-se deveras porquanto não examina o conflito de forma profunda, de sorte a perquirir sobre as causas e interesses subjacentes que o envolvem. Sua postura é mais ativa durante o processo, uma vez que busca alcançar um acordo (SOUZA, 2012).

Assim, na mediação, por seu turno, cabe ao mediador a compreensão de todo o contexto que envolve o conflito, a despeito de verificar-se o acordo.

Também o atual Código de Processo Civil, a Lei nº 13.105/15, passou a cuidar dos institutos da mediação e conciliação, distinguindo-os. Neste diploma, o conciliador atuará preferencialmente nas situações em que não houver vínculo anterior entre as partes, permitindo –se tecer sugestões soluções para o litígio, sendo vedado que se utilize de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem (artigo 166, parágrafo 3º).

Por sua vez, 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 mesmos, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos”* (artigo 166, parágrafo 4º).

A diferenciação apontada não encontra unanimidade na doutrina, especialmente diante da distinção havida por escolas americanas, entre as modalidades facilitativa e avaliativa de mediação.

Com efeito, nos Estados Unidos, a denominada mediação avaliativa é concebida como meio de solução de conflitos em que o terceiro imparcial pode ser chamado pelas partes a opinar. Nessa lógica, o mediador utiliza-se de estratégias e técnicas para avaliar o que é importante na discussão, e, se entender que as partes precisam de uma orientação qualificada, pode elaborar, sugerir e dirigir a solução dos problemas, avaliando as fraquezas e as forças de cada caso (SALES, 2012). Já o modelo facilitativo estabelece caber ao mediador a utilização

de estratégias para favorecer o diálogo entre as partes, aumentar e melhorar a comunicação entre as pessoas, a fim de que elas mesmas possam decidir o que é melhor para ambas (SALES, 2012).

A propósito, nos Estados Unidos, após grande discussão, passou a prevalecer a posição de que a mediação deve ser eminentemente facilitativa, admitindo-se, em certos casos, a avaliação, que deve ser vista com cuidado para que não diminua nem impeça a colaboração ou a autodeterminação (SALES, 2012).

Quanto à arbitragem, método heterocompositivo por essência, tem ela por marca a presença de um terceiro, no caso, o árbitro, a quem cabe decidir a controvérsia, com caráter impositivo em relação aos contendores.

Utilizada ao longo dos anos, desde a Grécia antiga, o instituto passou a ser utilizado no âmbito das disputas internacionais, embora também seja empregado para alguns casos de soluções internas.

Atualmente, em âmbito nacional, é regida pela Lei nº 9.307/96, que, em seu artigo 1º, estabelece a possibilidade de valer-se dela às pessoas capazes de contratar e para o fim de dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Tais direitos são aqueles que as partes podem livremente ceder, alienar, onerar, transacionar.

As partes interessadas poderão submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral, mediante a convenção de arbitragem, assim compreendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral (artigo 3º). A primeira representa a convenção por meio da qual as partes se comprometem, em contrato, a submeter os conflitos decorrentes dele à arbitragem, devendo ser escrita, no próprio texto do contrato ou em documento à parte. Já o compromisso arbitral se afigura como a convenção estabelecida entre as partes, segundo a qual elas submetem o litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial. Poderá ser celebrado por termo nos autos perante o juiz ou tribunal, se judicial o compromisso. Se de natureza extrajudicial, será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas (artigo 9º, parágrafos 1º e 2º).

A especialidade do árbitro e a celeridade processual representam vantagens que sugerem o uso desse método para a condução dos conflitos que se amoldam a procedimentos cujas decisões decorrem do árbitro. Conflitos cujas soluções sugerem construção proveniente

das partes, diferentemente, melhor se adequam aos métodos autocompositivos, de que é exemplo a mediação.

Posteriormente, em 26 de maio de 2015, foi sancionada a Lei nº 13.129/15, que alterou a Lei de Arbitragem mencionada, proibindo sua utilização nas relações trabalhistas e nas relações voltadas às relações de consumo. Com o avanço, trouxe a possibilidade de utilização nos conflitos que envolvem direitos disponíveis da Administração Pública direta e indireta.

Diante do exposto, infere-se que o atual Código de Processo Civil prestigia a adoção dos métodos consensuais, exigindo-se do operador do Direito a compreensão da diferente concepção que encerra.

Evitar a lógica contenciosa de vencedores e vencidos, e, propiciar um ambiente favorável à geração de soluções criativas e resultados satisfatórios consiste no núcleo sobre o qual se sustentam os métodos autocompositivos (TARTUCE, 2016).

Nesse contexto, a negociação, a mediação e a conciliação necessitam de profunda compreensão pelos sujeitos do processo. E, apesar dos três institutos se assemelharem, há marcantes características que os diferem.

Na conciliação há um terceiro, que se mostra mais ativo e intervencionista, e não busca compreender os interesses latentes da relação. Na negociação, não há terceiro, figuram apenas as partes que tentam alcançar um acordo. Por sua vez, na mediação há um terceiro facilitador, que se limita a auxiliar as partes, além de provocar a percepção, pelos envolvidos, dos reais motivos de seus conflitos, de sorte a favorecer um diálogo e um poder de decisão equilibrado entre as partes, conduzindo-as para que elas próprias alcancem um possível acordo (BEDÊ, 2008). Na mesma lógica, mas enquanto método heterocompositivo, se encontra a arbitragem, que bem externa a garantia de acesso à Justiça.

## **2. A PACIFICAÇÃO DE CONFLITOS COMO FORMA DE ACESSO À JUSTIÇA**

A pacificação de conflitos como forma de acesso à justiça encontra nos Direitos Humanos suas bases. Com efeito, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão

proclamada na França, em 1789, e as reivindicações ao longo dos séculos XIV e XV em prol das liberdades alargaram a concepção dos Direitos Humanos e, definiram os direitos econômicos e sociais.

Por outro lado, os anos de 1945 a 1948 foram marcantes para a história dos Direitos Humanos. De fato, durante a 2ª Guerra Mundial, os Estados tomaram consciência das atrocidades cometidas nesse período, o que os levou a criar a Organização das Nações Unidas (ONU), assinada em 20 de junho de 1945, para estabelecer e manter a paz no mundo.

Na Carta das Nações Unidas, os povos expressaram sua determinação em preservar as gerações futuras do flagelo da guerra; proclamar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e valor da pessoa humana, na igualdade de direitos entre homens e mulheres, assim como das nações, grande e pequenas; em promover o progresso social e instaurar melhores condições de vida numa maior liberdade.

Já em 10 de dezembro de 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas proclamou a Declaração dos Direitos Humanos, que tem vetusto papel no Direito Internacional, uma vez que serviu de baliza e referência para a maioria dos documentos relativos aos Direitos Humanos e até para as Constituições de muitos países.

A expansão dos fundamentos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, não evoluiu de forma linear. Segundo alguns autores, como Karel Vasak, o lema da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade) contribuiu intensamente para a existência da formação das gerações de direitos, classificadas, inicialmente, por ele, como direitos de primeira, segunda e terceira gerações.

Dessa forma, os direitos humanos de primeira geração seriam os direitos de liberdade, compreendendo os direitos civis, políticos e as liberdades clássicas. Os direitos humanos de segunda geração ou direitos de igualdade constituiriam os direitos econômicos, sociais e culturais. Por sua vez, como direitos humanos de terceira geração, chamados direitos de fraternidade, estariam o direito ao meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, progresso, paz, autodeterminação dos povos e outros direitos difusos.

Com os avanços da tecnologia e com a Declaração dos Direitos do Homem e do Genoma Humano, feita pela UNESCO, a doutrina estabeleceu a quarta geração de direitos como sendo os direitos tecnológicos, tais como o direito de informação e biodireito (NETO, 1998).

Para o jurista brasileiro Paulo Bonavides (2008), o direito à paz merece uma maior visibilidade, motivo pelo qual constituiria a quinta geração de direitos humanos. Segundo ele, quando se opera a desintegração do Judiciário, ocorre a descrença na própria justiça como auxiliar da liberdade, o que repercute, por sua vez, na própria Constituição e na tutela da ordem republicana, por sua magistratura e jurisdição de seus Tribunais.

Nessa lógica, a paz buscada é levada ao máximo de juridicidade em nome da conservação e do primado de valores impostos à ordem normativa pela dignidade da espécie humana. O direito à paz é visualizado em sua dimensão perpétua, à sombra do modelo de Kant. Paz em seu caráter universal, em sua feição agregativa de solidariedade, especialmente.

Nessa linha de acordes muito sensíveis, com os denominados direitos de terceira geração e levando em conta a adequação da paz aos direitos de terceira geração, a compreensão do direito de acesso à justiça transmuda-se, passando de um caráter meramente formal à uma garantia essencial de toda a sociedade democrática e um dos elementos constitutivos do Estado Democrático de Direito.

Engrandece-se a concepção do direito de acesso à justiça ao materializa-se como *“requisito fundamental – como o mais básico dos direitos humanos- de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direito de todos.”* (BONAVIDES, 2008, p.98)

Para a concretização do referido direito, foram necessárias reformas pelo Estado, as quais são divididas em três ondas distintas, segundo o entendimento de Mauro Cappelletti e Bryan Garth (1998). A primeira relaciona-se à inclusão das pessoas hipossuficientes economicamente, abrangendo a possibilidade de garantir a essas pessoas a informação necessária acerca dos seus direitos e a devida representação em juízo. A segunda onda alude à ruptura da tradição processual individualista, abrigando novos procedimentos judiciais que possibilitassem a representação dos interesses difusos e coletivos.

Ao seu turno, a terceira onda é aquela que traz novos mecanismos de tratamento de controvérsias, para tornar a justiça mais acessível, como reflexo da necessidade atual do Poder Judiciário, que não se mostra mais hábil ao tratamento dos conflitos postos pela cultura da sentença.

O acesso à justiça, nesse tom, se reveste de caráter de direito fundamental, no âmbito nacional, e, com a Constituição Federal de 1988 passou a ter maior concretude e efetividade,

notadamente em virtude das práticas políticas e jurídicas que possibilitaram a chamada universalização da jurisdição.

No âmbito do direito interno nacional tem destaque o disposto na Constituição Federal como a consagração do princípio da igualdade material (art. 3º); alargamento do conceito de assistência judiciária gratuita (art. 5º, inciso LXXIV), abrangendo o direito à informação, consultas, assistência judicial e extrajudicial; previsão de criação dos juizados especiais para julgamento e execução de causas cíveis de menor complexidade e penais de menor potencial ofensivo (art. 98, I); previsão de uma justiça de paz (art. 98, II); tratamento constitucional da ação civil pública para defesa dos direitos difusos e coletivos (art. 129, III); novos instrumentos destinados à defesa coletiva de direitos (arts. 5º, LXX, LXXI) e legitimidade aos sindicatos (art. 8º, III) e sociedades associativas (art. 5º, XXI) defenderem direitos coletivos e individuais; reestruturação e fortalecimento do Ministério Público (arts. 126 e 129); e elevação da Defensoria Pública como instituição fundamental à função jurisdicional (CARNEIRO, 2000).

A constitucionalização do princípio do devido processo legal; do contraditório e da ampla defesa; e do juiz natural, também estão contidas na Constituição Federal de 1988. No âmbito dos instrumentos processuais constitucionais, o mandado de segurança individual e coletivo e a ação popular. Nesse mesmo contexto, o direito ao acesso à justiça e o direito à devida prestação jurisdicional em prazo razoável foram alçados à condição de direito fundamental.

O princípio de acesso à justiça, inscrito no inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição Federal, não assegura apenas acesso formal aos órgãos judiciários, mas sim um acesso qualificado que propicie aos indivíduos o acesso à ordem jurídica justa.

Nessa lógica, cabe a todos que tenham qualquer problema jurídico, não necessariamente um conflito de interesses, uma atenção por parte do poder público, em especial do Poder Judiciário.

Na solução de conflitos de interesses reside a função primordial do Poder Judiciário a quem cabe organizar não apenas os serviços processuais, mas também os serviços de solução de conflitos pelos mecanismos alternativos à solução adjudicada por meio de sentença, em especial dos meios consensuais, isto é, da conciliação e da mediação (WATANABE, 2011).

Nessa linha, tem importante papel o disposto no artigo 103, da Constituição Federal, que cria o Conselho Nacional de Justiça e define suas atribuições, dentre as quais a de estabelecer uma política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses, que zele pela observância do disposto no artigo 37, da Constituição Federal.

Trata-se de um novo instrumento voltado à implementação da cultura da paz social, mas que implica profunda transformação social, com a mudança de comportamentos e percepção de que as partes envolvidas deverão participar do processo de tomada de decisões em direção à pacificação.

Com esse recorte surge a Resolução nº. 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, que institucionalizou a Política referenciada.

Segundo Kazuo Watanabe, os pontos relevantes que a Resolução traz são (2011): a. a atualização do conceito de acesso à justiça, não como mero acesso aos órgãos judiciários e aos processos contenciosos, e sim como acesso à ordem jurídica justa; b. o direito de todos os jurisdicionados à solução dos conflitos de interesses pelos meios mais adequados a sua natureza e peculiaridade, inclusive com a utilização dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos, como a mediação e a conciliação; c. obrigatoriedade de oferecimento de serviços de orientação e informação e de mecanismos alternativos de resolução de controvérsia, além da resolução adjudicada por meio de sentença; d. preocupação pela boa qualidade desses serviços de resolução de conflitos, com a adequada capacitação, treinamento e aperfeiçoamento permanente dos mediadores e conciliadores; e. a disseminação da cultura de pacificação, com apoio do CNJ aos tribunais na organização dos serviços de tratamento adequado dos conflitos, e com a busca da cooperação dos órgãos públicos e das instituições públicas e privadas da área de ensino, para a criação de disciplinas que propiciem o surgimento da cultura da solução pacífica dos conflitos de interesses; f. é imposta aos Tribunais a obrigação de criar: 1. Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos; 2. Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania; 3. Cursos de capacitação, treinamento e aperfeiçoamento de mediadores e conciliadores, “com a observância do conteúdo programático e carga horária mínimos estabelecidos pelo CNJ”; 4. Banco de dados para a avaliação permanente do desempenho de cada Centro; 5. Cadastro dos mediadores e conciliadores que atuem em seus serviços.

Nessa linha, a Política em comento almeja assegurar aos jurisdicionados o acesso à ordem jurídica justa, com a substituição da atual cultura da sentença pela cultura da

pacificação, afigurando-se, como instrumentos dessa concretização, os métodos de solução pacífica de conflitos, a saber, a mediação e a conciliação, notadamente.

## **2.1 O empoderamento pela resolução do conflito: um instrumento de cidadania ativa**

Vale salientar que não se limitam apenas a ser meio de acesso à Justiça, uma vez que as formas de pacificação de conflitos (como as aqui nomeadas: conciliação, mediação e arbitragem) fazem também o papel de inclusão, ao permitir a inserção, bem como a integração, dos envolvidos que estejam (ou considerem-se) à margem do sistema de solução de litígios.

O conceito de justiça apresenta-se como um valor adequadamente estabelecido, por meio de um procedimento equânime que auxilie as partes a produzir resultados satisfatórios, considerando o pleno conhecimento delas quanto ao contexto fático e jurídico em que se encontram. Portanto, a Justiça se concretiza na medida em que as próprias partes foram adequadamente estimuladas à produção da solução de forma consensual, e tanto pela forma como pelo resultado, encontram-se satisfeitas (AZEVEDO, 2012, p. 10).

Dessa forma, não apenas permite a autocomposição, como também estimula e educa o cidadão para a (melhor) solução de seus próprios conflitos por meio de ações inclusivas e comunicativas.

O justo como valor pode e deve ser estabelecido pelas partes consensualmente. A intervenção de um terceiro, substituindo-as nessa tarefa para indicar a saída diante de cada caso concreto, com base na lei, ficaria restrita aos casos em que o consenso não tenha sido possível (AZEVEDO, 2012, p. 11).

Torna-se um ser humano capaz de compreender melhor as nuances de seus conflitos, enxergando o problema pelos olhos do outro, pela perspectiva de quem até então era apenas visto como seu adversário, mas que, a partir deste momento, passa a ser considerado parceiro para a solução e, posterior, execução do acordo, através de técnicas de negociação, como a escuta ativa/dinâmica, o espelhamento, a inversão de papéis, o enfoque prospectivo e o

*rapport*, que pode ser definido como a criação de uma relação de confiança ao longo das interações negociais (ao colocar-se numa postura de aprendizado; contornando dificuldades; demonstrando respeito, imparcialidade e receptividade; evitando pré-julgamentos; realizando uma boa e eficaz comunicação, ou seja, uma comunicação construtiva para um discurso neutro, despersonalizado e não adversarial, que aumenta as similaridades e minimiza as diferenças).

Enfim, por meio de uma comunicação eficaz e eficiente, estimulada e auxiliada por um terceiro, as novas formas de solução de conflitos não abrangem apenas a prevenção e/ou reparação de direitos, mas, principalmente, fazem o papel de mobilizar a sociedade para participar ativamente dos processos e procedimentos da resolução, dos resultados e da execução dos conflitos.

De forma cooperada e cidadã, os meios pacíficos de solução de conflito coadunam-se com os diversos princípios fundamentais e com os valores constitucionais do Brasil.

Dessa forma, empodera os indivíduos para que se sintam capazes de resolver seus próprios problemas, para que estejam envolvidos tanto na busca para uma solução, como também na posterior execução. Chama, portanto, a sociedade para contribuir com o processo de criação da jurisdição.

É, portanto, além de instrumento/meio para o acesso à Justiça, um mecanismo de consolidação da democracia e de exercício da cidadania ativa, a ser encarada como “*valor jurídico-político de cada integrante do Estado brasileiro*” (PEREIRA; GAGLIARDI, 2009, p. 40), que lhe confere o direito (e também o dever) de participar da vida e das atividades políticas.

A palavra cidadania surgiu na Roma antiga para designar a situação política de uma pessoa e os direitos que poderia exercer, e, por consequência, cidadão é todo aquele indivíduo que tem vínculo jurídico com o Estado, porque possui direitos e deveres fixados numa estrutura legal.

Segundo a teoria que se firma entre nós, a cidadania, palavra que deriva de cidade, não indica somente a qualidade daquele que habita uma cidade, mas, mostrando a efetividade dessa residência, o direito político que lhe é conferido, para que possa participar da vida política do país em que reside. [...] A cidadania é expressão, assim, que identifica a qualidade da pessoa que, estando na posse de plena capacidade civil,

também se encontra investida no uso e gozo de seus direitos políticos, que se indicam, pois, o gozo dessa cidadania (SILVA, 1982, p. 427).

A cidadania ativa é, portanto, aquela que ultrapassa a mera noção de direitos como privilégios ou benefícios concedidos a seleta parcela das pessoas e de deveres como “concessões” e, que, por esta razão, é naturalmente parcial e excludente. Mas pode, por outro lado, ser encarada como uma verdadeira integração do indivíduo na sociedade em que está inserido, na comunidade política, de forma a observar os direitos, as prerrogativas e os deveres como liberdades fundamentais garantidas por meio da Constituição Federal de 1988 e da legislação brasileira.

Sem as liberdades fundamentais não há participação política, o que torna os indivíduos passivos.

Neste sentido, a participação é essência da liberdade, além de componente crucial da cidadania, capaz de conceder o status de cidadão ao indivíduo que tem a plenitude do exercício de todos os poderes que lhe são cabíveis numa determinada sociedade, em respeito ao princípio da isonomia, contida na Constituição Federal de 1988: “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*” (artigo 5º, *caput*).

Cidadão é aquele que exerce seus direitos, cumpre seus deveres e pode gozar das liberdades em relação ao Estado e demais particulares (numa eficácia tanto vertical, quanto horizontal dos direitos inerentes à pessoa e à dignidade humana).

Assim, a cidadania não é um conceito consagrado e imutável, mas sim uma construção histórica, que necessita instituições, mediações e comportamentos próprios, além da criação de espaços sociais de lutas (como movimentos sindicais, sociais e populares). Ou seja, é uma conquista das sociedades modernas.

Nesta visão de cidadania, o indivíduo tem voz, além de ser portador de direitos e deveres, sendo responsável ele mesmo pelo cumprimento de ambos, o que abre maior espaço (e vontade) para a participação política.

Empoderado consegue participar da vida pública, e pode buscar a solução de seus próprios problemas, através da utilização das formas pacíficas de solução dos conflitos (com o auxílio de um terceiro neutro e imparcial).

As técnicas aplicadas pelos métodos de pacificação de conflitos (especialmente os aqui mencionados: conciliação, mediação e arbitragem) vêm para a construção de um novo contexto, no qual valoriza conceitos como “*a colaboração, o diálogo, a democracia, a responsabilidade e a cidadania*” (SOARES, 2008, p. 67). Privilegiam a inclusão das partes envolvidas, de maneira ativa, fazendo com que as pessoas se sintam como parte do processo de solução, capazes de resolver seus próprios conflitos, de modo a discutir seus direitos e deveres, pois se reconhecem como sujeitos deste processo. Favorece, portanto, o reconhecimento do outro como sujeito, uma vez que as técnicas são baseadas na colaboração para que tente estabelecer vínculos, de forma a fazer com que cada parte respeite o outro, através da cooperação, para que percebam o conflito não de forma individual (característica do litígio judicial, em que as partes adotam um paradigma adversarial), mas coletiva, a fim de descobrirem juntos qual será a melhor solução para a sociedade (MOREIRA, 2013), seja ela definida numa macro visão (sociedade como um todo) ou micro visão (equipe de trabalho, comunidade, vizinhos, entre família etc.).

O resultado faz mais do que meramente resolver um conflito, transforma adversários em colaboradores, estimula e vitaliza a comunicação entre os indivíduos em conflito, de modo a proporcionar aquilo que a jurisdição pública não possui condições de oferecer (devido às suas próprias características): a rapidez e a satisfação entre as partes que, dessa forma, poderão restabelecer as suas relações (MUNIZ, 2004, p.64).

Assim, os indivíduos percebam sua responsabilidade e, compreendam que devem se esforçar a fim de encontrarem uma solução adequada àquele embate, num verdadeiro exercício de respeito, diálogo e cidadania.

Com a edificação de relações cooperativas entre os membros da comunidade, através do diálogo produtivo, possibilita-se a conscientização dos direitos e deveres de cada cidadão, o que favorece a concepção de uma transformação positiva, numa ação coletiva para o alcance de um objetivo comum.

Percebe-se então que, participação e cidadania são conceitos conectados, uma vez que o segundo somente ocorrerá a partir do primeiro.

A efetividade da cidadania e a participação democrática do poder não de ocorrer, não só mediante a eleição livre dos representantes do povo, mas também através da disponibilização dos meios e oportunidades para a participação popular (SALES; MOREIRA, 2008, p. 363).

Os métodos pacificadores de conflitos incentivam a participação das partes, através da cooperação e reconhecimento do papel de cidadão, para viabilizar uma solução, elencando alternativas viáveis e optando pela adequada e justa.

Las practicas sociales y políticas de la mediación se configuran en un instrumento de ejercicio de la ciudadanía en la medida en que educan, facilitan y ayudan a producir las diferencias y a realizar tomadas de decisiones sin la intervención de terceros que decidan por los afectados en un conflicto. Hablar de autonomía, de democracia e de ciudadanía en un cierto sentido, es ocuparse de la capacidad de las personas para sé autodeterminar en relación con los otros; auto determinarse en la producción de la diferencia. La autonomía como una forma de producción de diferencias y tomada de decisiones con relación a la colectividad que nos determina y configura en términos de identidad y de ciudadanía (WARAT, 2000, p. 14/15).

O próprio envolvido busca resolver o conflito (com o auxílio do mediador), de forma prática e eficiente, sentindo-se responsável pela solução e pela manutenção da paz social.

Essa gestão participativa (promovida pela construção colaborativa da solução) estimula o envolvimento ativo dos cidadãos e o desenvolvimento de um processo democrático (efetivo e eficiente), além de incentivar o sentimento de inclusão.

Dessa forma, transcende a simples produção do acordo, pois será capaz de transformar as pessoas, tendo em vista também trabalhar com o aspecto moral, o que ajudará as partes a lidarem com as circunstâncias difíceis, bem como as diferenças e a aliviar seus sofrimentos. É o complemento da autodeterminação e do reconhecimento, desenvolvidos durante o diálogo, que faz a transformação dos envolvidos, que se inicia internamente, abrindo espaços ao próprio descobrimento, facilitando no processo de resolução de um dado conflito.

O enfrentamento do conflito diante desse novo olhar traz uma forma positiva e produtiva de ver o conflito.

## CONCLUSÃO

Visando solucionar os conflitos cada vez mais crescentes na atual sociedade complexa e plural, e partindo-se do pressuposto de que o Poder Judiciário já não consegue atender as necessidades populacionais (por conta da morosidade processual do sistema judiciário brasileiro, em razão da excessiva demanda de processos), desenvolveram-se novas formas de solução de conflitos, como a conciliação, mediação e a arbitragem, que recebem papel de destaque por serem instrumentos autocompositivos, onde a solução é construída pelas partes, baseando-se na cooperação, demonstrando a importância da gestão dos problemas entre aqueles diretamente envolvidos.

Trata-se de uma nova forma de gerenciar os conflitos, onde os envolvidos na disputa não serão apenas vistos como oponentes no processo, mas sim protagonistas na construção da resolução mais adequada àquele conflito.

Através da aproximação entre os envolvidos, há a viabilização do reconhecimento do outro, de seus sentimentos, interesses e necessidades, o que deixa a posição de adversário, que precisa ser derrotado, para tornar-se colaborador de um procedimento em que ambos têm o mesmo objetivo em comum: a busca de uma solução pacífica ao conflito.

Entretanto, caso ao final o acordo não seja possível (por qualquer motivo apresentado durante os procedimentos ou dificuldades vivenciadas), esta abordagem permite também que as partes dêem novos significados, paradigmas e dinâmicas ao modo de ver seus próprios conflitos, capacitando-as (através das técnicas empregadas) para lidar com problemas futuros.

Esse enfoque transformador possibilita gerir as diferenças, criando-se um espaço pedagógico, onde é possível exercer um verdadeiro trabalho de escuta ativa/dinâmica, de transformação moral e crescimento pessoal, até então não visualizado por outras técnicas ou meios de resolução de conflitos.

Ademais, através desses métodos pacíficos, possibilita-se o acesso a Justiça eficiente, pois soluciona o conflito de forma mais dinâmica, procurando a máxima efetividade dos direitos, além de empoderar os envolvidos na responsabilidade pela tomada e posterior execução da solução, o que proporciona a cooperação dos envolvidos para a eficiência da solucionática, promovendo a gestão e a construção democrática do conflito, visando a

pacificação social e o fortalecimento das relações e, em última análise, favorecendo a cidadania.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, André Gomma de. **Manual de Mediação Judicial**. Brasil: Ministério da Justiça, 2012.

BEDÊ, Judith Aparecida de Souza (et al). *Estudos preliminares sobre mediação*. In **Revista Jurídica CESUMAR - Mestrado**. v.8, pp.163-177. Maringá/PR: Centro Universitário de Maringá – UNICESUMAR, 2008. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/727/563>>. Acesso em: 12 de maio de 2017.

BONAVIDES, Paulo. *A quinta geração de direitos fundamentais*. In **Revista Direitos fundamentais & justiça**. nº 03. Porto Alegre/RS: Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS, 2008. Disponível em: <[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Paulo-Bonavides-A-quinta-gera%C3%A7%C3%A3o-de-direitos-fundamentais.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Paulo-Bonavides-A-quinta-gera%C3%A7%C3%A3o-de-direitos-fundamentais.pdf)>. Acesso em: 12 de maio de 2017.

BUSH, R.A.; FOLGER, Joseph P. **La promesa de mediación**. Buenos Aires: Gracia, 2010.

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

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de aceleração do processo**. São Paulo: Lemos & Santa Cruz, 2003.

HIGHTON, Elena I.; ALVAREZ, Gladys S. **Mediación para resolver conflictos**. 2.ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 1996.

MOREIRA, R. P.. **Mediação de conflitos no âmbito da defensoria pública**. Monografia para obtenção do título de Especialista em Direito Público. Fortaleza: Escola Superior de Magistratura do Estado do Ceará – ESMEC, 2013. Disponível em:

<<http://bdjur.tjce.jus.br/jspui/bitstream/123456789/617/1/Mono%20Esmec%20Fatima.pdf>>.

Acesso em: 09 de maio de 2017.

MUNIZ, Deborah Lídia Lobo. *A mediação como facilitadora do acesso à justiça e ao exercício da cidadania*. In **Revista Jurídica da UniFil**. Ano I, n. ° 1. Londrina: Centro Universitário Filadélfia – UniFil, 2004.

NETO. Francisco Vieira Lima. **Direitos humanos de 4ª geração**. Disponível em: <[www.dhnet.org.br/direitos/textos/geraçãodh/4\\_geração.html](http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/geraçãodh/4_geração.html)>. Acesso em: 10 de maio de 2017.

PEREIRA, Claudio José Langroiva; GAGLIARDI, Pedro Luiz Ricardo. *Comunicação social e a tutela jurídica da dignidade humana*. In SILVA, Marco Antonio Marques; MIRANDA, Jorge (Orgs). **Tratado Luso-brasileiro da Dignidade Humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

PISKE, Oriana. *Formas alternativas de resolução de conflito*. In **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**. v.24, n.5. Brasília: TRF1, 2012. Disponível em <<http://www.enm.org.br/docs/biblioteca/Artigo%20-%20FORMAS%20ALTERNATIVAS%20DE%20RESOLU%20C3%87%20C3%83O%20DE%20CONFLITO%20%2025%20p%20C3%A1g.doc>>. Acesso em: 09 de maio de 2017.

SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediação facilitativa e “mediação” avaliativa – estabelecendo diferença e discutindo riscos*. In **Revista Novos Estudos Jurídicos**. v.16, n. 01. Itajaí/SC: Fundação Universidade do Vale do Itajaí – Univali, 2011. Disponível em <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3267/2049>>. Acesso em: 12 de maio de 2017.

SALES, Lília Maia de Moraes; MOREIRA, Sandra Mara Vale. *Mediação e democracia: novo horizonte, outros caminhos para a práxis cidadã*. In SALES, Lília Maia de Moraes; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (Org.). **Constituição, Democracia, Poder Judiciário e desenvolvimento – Estudos em homenagem a José de Albuquerque Rocha**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

SANTOS, Ricardo Goretti. **Mediação de Conflitos**. São Paulo: Lumen Juris, 2012.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

SOARES, S. I. O. **A mediação de conflitos na gestão de recursos hídricos no Brasil**. Tese de Mestrado em Ciência Ambiental. São Paulo: Universidade de São Paulo – USP, 2008. Disponível em: <<http://www.iee.usp.br/biblioteca/producao/2008/Teses/SamiraIasbeck.pdf>>. Acesso em: 09 de maio de 2017.

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

TARTUCE, Fernanda. *Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos*. In Didier Jr, Fredie; FUX, Luiz, et al (org.) **Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil**. Salvador/BA: Editora JusPodivm, 2013. Disponível atualizado (em 2016) em: <<http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/02/Media%C3%A7%C3%A3o-no-novo-CPC-Tartuce.pdf>>. Acesso em: 18 de maio de 2017.

WARAT, Luis Alberto. *Mediación, el derecho fuera de las normas: para una teoría no normativa del conflicto*. In **Revista Scientia Iuris**. n. 4. Londrina: Universidade Estadual de Londrina, 2000.

WATANABE, Kazuo. **Política pública do poder judiciário nacional para o tratamento adequado dos conflitos de interesses**. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>>. Acesso em: 12 de maio de 2017.

#### **Sites consultados:**

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 08 de maio de 2017.

<[http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf)>. Acesso em 17 de maio de 2017.

<<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9>

1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em 17 de maio de 2017.

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm)>. Acesso em 17 de maio de 2017.

<[http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comiss7oes-temporarias/especiais/54<sup>a</sup>-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/parecerReltorGeralautenticadoem18091222h47.pdf](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comiss7oes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/parecerReltorGeralautenticadoem18091222h47.pdf)>. Acesso em 17 de maio de 2017.