XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

MARIA DOS REMÉDIOS FONTES SILVA

NEFI CORDEIRO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Maria Dos Remédios Fontes Silva, Nefi Cordeiro – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-197-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

Apresentação

O XXV Encontro Nacional do CONPEDI, foi realizado em Brasilia-DF, em parceria com os Programas de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Brasília, da Universidade Católica de Brasília e do Centro Universitário do Distrito Federal, no período de 06 a 09 de julho de 2016, sob a temática Direito e Desigualdades:diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo.

O Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I desenvolveu suas atividades no dia 07 de julho/16, na sede da Universidade Federal de Brasília, e contou com a apresentação de vinte e cinco trabalhos que, por seus diferentes enfoques e fundamentos teóricos, oportunizaram acalorados debates acerca dos seus conteúdos.

Como verá o leitor, a pluralidade das abordagens permite conjecturar sobre interfaces entre as diversas concepções de jurisdição e de processo, principalmente quanto ao novo Código de Processo Civil, seus fundamentos, exposição de motivos e desdobramentos.

Os escritos que tratam dessa instigante temática compreendem a discussão do processo como meio de justiça e de cidadania, desde formas alternativas de soluções de conflitos, à necessidade de transparência e aprofundamento das decisões judiciais, às dificuldades enfrentadas pelo Judiciário para, com celeridade e qualidade, realizar o justo social.

Há também, nos textos apresentados, férteis discussões sobre as inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil, as críticas já surgidas e os elogios às influências que devem gerar para um processo mais eficiente e mais comprometido com os reclamos sociais.

Não obstante a diversidade de temas, o que se colhe dos textos, além da fidelidade temática à proposta do Grupo de Trabalho, é o compromisso inegociável com o enfrentamento dos problemas que convocam a comunidade jurídica à instigante tarefa de teorizar o direito que, por suas bases constitucionais, precisa ser democraticamente pensado e operacionalizado.

Por fim, os coordenadores do GT - Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I, agradecem aos autores dos trabalhos, pela valiosa contribuição científica de cada um, permitindo assim a

elaboração do presente Livro, que certamente será uma leitura interessante e útil para todos que integram a nossa comunidade acadêmica: professores/pesquisadores, discentes da Pós-¬graduação, bem como aos cidadãos interessados na referida temática.

Profa. Doutora Maria dos Remédios Fontes Silva – Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Prof. Doutor Nefi Cordeiro - Universidade Católica de Brasília

Coordenadores do Grupo de Trabalho

MEDIAÇÃO COMO RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

MEDIATION AS ALTERNATIVE DISPUTES RESOLUTIONS

Maria Lucia Miranda de Souza Camargo [1]
Samantha Ribeiro Meyer-pflug [2]

Resumo

O presente artigo tem como objetivo precípuo a análise do instituto da Mediação como uma das formas de acesso à Justiça, direito fundamental, que visa garantir o amplo e efetivo acesso a todos os meios de solução de conflito, judiciais ou extrajudiciais. O acesso à Justiça consiste em um dos valores consagrados na Constituição Federal de 1988, que privilegia a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social, a igualdade e a liberdade, valores estes emancipadores. O meio alternativo de solução de conflito, faz com que as pessoas alcancem a solução de uma forma mais rápida do que pela via judicial.

Palavras-chave: Mediação, Acesso à justiça, Direito fundamental

Abstract/Resumen/Résumé

ABSTRACT This article aims to analyze the Mediation Institute as a way of access to justice, fundamental right, which has the intension to ensure the wide and effective access to all the means of conflict resolution, judicial or extrajudicial. The access to justice is one of the values enshrined in the Federal Constitution of 1988, which is focused on human dignity, social solidarity, equality and freedom, values these emancipatory. The alternative means of conflict resolution makes people achieve a solution faster than if they would seek the judicial process.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Mediation, Access to justice, Fundamental right

[1] Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e Mestranda em Direito pela Universidade Nove de Julho

[2] Doutora e Mestre em Direito e Professora do Mestrado da Universidade Nove de Julho

INTRODUÇÃO

O mundo atual e globalizado exige constantes transformações, principalmente no campo das relações humanas, tanto em seu aspecto social, como empresarial e até mesmo trabalhista.

As soluções de conflitos são institutos utilizados desde as primeiras manifestações sociais, precedendo às leis escritas. Tanto a negociação, como a conciliação, a mediação e a arbitragem, são institutos que foram acolhidos pela maior parte dos países desenvolvidos e, modernamente, são considerados instrumentos eficazes na pacificação dos conflitos, contribuindo, inclusive para desafogar o Poder Judiciário.

O presente artigo tem por objetivo a análise do instituto da mediação como forma de solução de conflitos, pois, o acesso à Justiça não compreende somente o acesso ao Poder Judiciário, mas a todas as outras formas, judiciais ou extrajudiciais, que promovam a concretização dos direitos fundamentais. Assim, a mediação é uma das formas de garantir o acesso efetivo à Justiça.

A mediação como um método de solução de conflito traz inúmeros benefícios aos que a procuram. Dentre eles pode-se destacar a autonomia da vontade entre as partes.

Tendo como ponto de partida essas informações, buscar-se-á, neste artigo, analisar a utilização do instituto da mediação, para a obtenção da efetiva resolução de conflitos.

A fim de cumprir o objetivo acima mencionado, far-se-á uma abordagem da mediação como um meio de resolução de conflitos, discorrendo de maneira resumida sobre a negociação, conciliação e arbitragem.

A metodologia de abordagem será por meio do método hipotético-dedutivo e a metodologia de procedimento a ser adotada será por meio de documentação indireta, abrangendo a pesquisa documental e bibliográfica. A pesquisa documental jurídica será elaborada por meio do levantamento da doutrina e legislação nacional existente a cerca do tema.

É conveniente mencionar como fonte e fundamentação teórica, bibliografias de doutrinadores renomados que possuem obras relacionadas ao tema em estudo. Sendo assim tem-se uma visão mais dinâmica do tema proposto de acordo com a óptica de diversos doutrinadores.

1. OS MEIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

A sociedade passou por imensas transformações nas últimas décadas. A realidade socioeconômica modificou-se com rapidez, e o século XX assistiu ao desenvolvimento incessante não só no aspecto econômico, mas principalmente no social. Os sistemas de produção desenvolveram-se abruptamente, com repercussão na satisfação das necessidades do ser humano. O individualismo acirrado cedeu lugar à massificação em velocidade acelerada.

A sociedade brasileira vive intensamente a influência de um mundo globalizado, encontrando dificuldade em adaptar-se às rápidas transformações inerentes à globalização.

Muitas vezes a resolução dos conflitos em uma sociedade tão heterogênea e, portanto, com diferentes necessidades, encontra barreiras que dificultam a obtenção rápida e eficiente na solução das divergências existentes. E, essa dificuldade reside em grande parte na morosidade da prestação jurisdicional pelo Estado.

O acesso à Justiça tem como fundamento o direito à tutela jurisdicional do Estado assegurado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, ou seja, na garantia de todos os direitos fundamentais inerentes ao ser humano, pois, sem a sua concretização torna-se nítida a impossibilidade dos direitos serem reconhecidos e resguardados porque não ocorrerá a desejada reparação ou supressão da lesão sofrida. "É, portanto, um dos sustentáculos do Estado de Direito", como se depreende das palavras de Celso Ribeiro Bastos (2004, p.185).

Como a função jurisdicional é aquela realizada pelo Poder Judiciário, na aplicação da lei a uma hipótese controvertida através de um processo regular, produzindo ao final, coisa julgada, essa prestação jurisdicional substitui a atividade e a vontade das partes (BASTOS, p. 185).

Assim salienta Cesar Asfor Rocha (2007, p. 70-71), ao tratar do tema

> O enunciado acesso à Justiça é problemático se não vier acompanhado dos elementos qualificadores que viabilizam a sua efetividade, ou seja, o acesso à Justiça não é só um enunciado bastante em si mesmo; pelo contrário, tem um conteúdo nuclear específico que deve ser identificado para que o princípio tenha consistência e permita a verificação, nos casos concretos, da sua aplicabilidade ou não, mesmo que não se dê maior realce ao sempre atual problema da efetividade.

Sobre o mesmo tema Cezar Peluso (p.15, 2011) assim pondera

> De um viés negativo, o grande número de processos ameaça o eficaz funcionamento da Justiça e pode levar, no longo prazo, a perigosa desconfiança em relação ao Poder Judiciário e, consequentemente, ao Estado de Direito.

Porém, o acesso à Justiça hoje em dia não precisa necessariamente estar atrelado ao Poder Judiciário, pois há outros meios bem eficientes para a garantia dos direitos fundamentais como explica Cassio Telles Ferreira Netto (2008, p. 3, 4)

> A dificuldade do Estado contemporâneo em atender às necessidades e aspirações de seus nacionais reflete uma descrença generalizada da população em relação às instituições, em especial o Poder Judiciário, responsável por fazer valer o direito e prevalecer a Justiça, acarretando uma crise de legitimidade que prejudica a relação entre a organização estatal e seus governados. [...]. Os meios extrajudiciais de resolução de conflitos, ou *Alternative Disputes Resolutions* (ADR), como são conhecidos internacionalmente, têm o forte propósito de combater os obstáculos processuais do acesso à Justiça, uma vez que atuam paralelamente à justiça estatal e solucionam a controvérsia de maneira pacífica, pois acontecem quando as partes envolvidas se fundam no consenso e no firme propósito de resolver suas divergências com o mínimo de litígio possível.

Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos, em cujo rol incluem-se a Negociação, a Arbitragem, a Conciliação e a Mediação, segundo, Roberto Portugal Bacellar (2012, p.28) representam

> [...] um novo tipo de cultura na solução de litígios, distanciados do antagonismo agudo dos clássicos combates entre partes – autor e réu no Poder Judiciário – e mais centrados nas tentativas de negociar harmoniosamente a solução desses conflitos, num sentido, em realidade, direcionado à pacificação social quando vistos em seu conjunto, em que são utilizados métodos cooperativos.

Desse modo, a busca por outras formas de resolução de conflitos como antídoto à custosa e muitas vezes ineficaz via jurisdicional estatal, acabou por motivar o Poder Legislativo, a incluir no Novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, os institutos da conciliação e da mediação, no artigo 3º, § 3º e artigos 165 a 175.

Porém, a utilização dos métodos alternativos de solução de conflitos não significa que a garantia expressa pelo inciso XXXV, do artigo 5º, da CF/1988, não possa ser efetivada no âmbito do Poder Judiciário, pois, os meios alternativos surgem em consonância com as necessidades da sua época e podem ser úteis em situações em que, a resolução judicial não se apresente como a melhor alternativa ou, ainda, pode atuar de forma complementar à atuação jurisdicional, no sentido de prover o que falta ao Judiciário, conforme entendimento de Petrônio Calmon, (2007, p. 49)

> Deve-se afastar, então, a ideia de que o mau funcionamento da máquina judiciária constitui o pressuposto para a difusão dos meios alternativos. Ao contrário, o jurisdicionado será tanto mais livre para optar pela via consensual quanto estiver livre para optar entre dois sistemas paralelos e eficientes. Os meios alternativos não

> excluem ou evitam um sistema judicial caótico, mas põem-se interativamente ao lado da jurisdição estatal, devendo-se valer do critério da adequação entre a natureza do conflito e o meio de solução que entenda mais adequado.

São vários os mecanismos para a busca da resolução de conflitos com vistas à Justiça consensual - autocomposição, ou com vistas à obtenção da Justiça imposta – heterocomposição, que consiste na imposição da solução imposta por um terceiro imparcial, seja ele representante do Estado, no caso do processo judicial, ou ente privado escolhido pelas partes, na hipótese da arbitragem.

1.1. NEGOCIAÇÃO

Negociação é o meio pelo qual as pessoas buscam o entendimento e o consenso. Negociar é buscar o acordo por meio do diálogo, é a forma para as pessoas minimizarem ou eliminarem suas diferenças. A palavra negociação é de origem latina, *negotiatus*, que significa cuidar dos negócios.

Negociação é um processo de relacionamento interpessoal que ocorre quando uma pessoa deseja algo de outra, ou seja, a negociação consiste desde um simples e breve diálogo com um colega de trabalho com o objetivo de alcançar um entendimento, até um longo e complexo processo de conversações entre dois países, envolvendo vários representantes de cada uma das partes.

Definida como uma comunicação voltada à persuasão, a negociação simples e direta, consiste nas partes terem, como regra, total controle sobre o processo e seu resultado.

Assim, em linhas gerais, as partes: i) escolhem o momento e o local da negociação; ii) determinam como se dará a negociação, inclusive quanto à ordem e ocasião de discussão de questões que se seguirão e o instante de discussão das propostas; iii) podem continuar, suspender, abandonar ou recomeçar as negociações; iv) estabelecem os protocolos dos trabalhos na negociação; v) podem ou não chegar a um acordo e têm o total controle do resultado.

E mais, a negociação e o acordo podem abranger valores ou questões diretamente relacionadas à disputa e variam, significativamente, quanto à matéria e à forma, podendo, inclusive, envolver um pedido de desculpas, trocas criativas, valores pecuniários, valores não pecuniários. Assim, todos os aspectos devem ser considerados relevantes e negociáveis.

A negociação consiste em um dos meios de resolução de conflitos em que não há qualquer interferência de terceiros, ou seja, é a autocomposição caracterizada por uma conversa direta entre os envolvidos.

A partir do trabalho realizado pela Universidade de Harvard, nas décadas de 60 e 70, a negociação passou a ser estudada e sistematizada, com o estabelecimento de técnicas e procedimentos estruturados, a fim de possibilitar o aumento das chances de sucesso nas negociações. Representantes da Escola de Harvard, Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton apontam os quatro princípios que devem basear o método da boa negociação, fruto do Projeto de Negociação da Harvard Law School, que são:

> 1. Superar o julgamento prematuro transformando a invenção conjunta das opções e o consequente julgamento das opções criadas em atitudes distintas;
> 2. Coibir a busca de uma resposta única para o problema ampliando as opções das partes; 3. Vencer a pressuposição de um "bolo fixo" agregando valor às propostas através de opções de ganhos mútuos; 4. Facilitar a decisão da outra parte ao relacionar-se com o problema do outro como se fosse seu.

Em uma negociação, a fim de evitar transformar a rodada em um conflito de vontades, é imperioso insistir em critérios objetivos, porque eles ajudam a remover a emoção da discussão e permite que ambas as partes usem a razão e a lógica.

Esse padrão pode ser o valor de mercado, alguma opinião especializada, as práticas costumeiras utilizadas em situações semelhantes, não importa. Atuando desse modo, nenhuma das partes precisa ceder à outra, uma vez que ambas estarão acatando uma solução justa e imparcial.

A negociação, portanto, cuida de criar opções, criar alternativas, que sejam viáveis e utilizáveis, pois ela se funda sobre a necessidade de evitar uma inútil perda de tempo, de evitar custos excessivos e ainda a de manter a discrição em relação a terceiros.

A negociação é baseada em regras, táticas e estratégias.

Em muitos negócios, um exame criterioso dos interesses subjacentes, revela a existência de um número maior de interesses comuns ou compatíveis. Assim, posições alternativas podem atender aos interesses de todas as partes envolvidas.

Explorar os interesses das partes, ao invés de ficar discutindo as posições e identificar os interesses de todos, é uma das táticas usadas nas negociações. Para tanto é necessário encontrar-se a *melhor alternativa para um acordo de negócios* – BATNA, sigla inglesa de: *Best alternative to a negotiation agrément.*

Os benefícios de estabelecer acordos com base em critérios objetivos permitem que as negociações se desenvolvam de maneira mais amistosa, imparcial, justa, com o uso mais eficiente do tempo, e com menores custos para as partes.

Por fim, um bom acordo é aquele que se baseia nos méritos ter sido escolhido critérios objetivos na solução das controvérsias, sem que prevaleça, de modo arbitrário, a pura e simples vontade de uma das partes litigantes.

1.2. CONCILIAÇÃO

Conforme a definição do Conselho Nacional de Justiça,

> A conciliação pode ser definida como um processo autocompositivo breve no qual as partes ou os interessados são auxiliados por um terceiro, neutro ao conflito, ou por um painel de pessoas sem interesse na causa, para assisti-las, por meio de técnicas adequadas, a chegar a uma solução ou a um acordo. Nesse contexto, pode-se afirmar que a conciliação no século XX, na perspectiva do Poder Judiciário, possuía características muito distintas das já existentes em muitos tribunais brasileiros no século XXI e pretendidas em alguns outros que ainda não modernizaram suas práticas de capacitação e supervisão de conciliadores. Assim, pode-se afirmar que ainda existe distinção em relação à mediação, todavia, a conciliação atualmente é (ou ao menos deveria ser) um processo consensual breve, envolvendo contextos conflituosos menos complexos, no qual as partes ou os interessados são auxiliados por um terceiro, neutro à disputa, ou por um painel de pessoas sem interesse na causa para ajudá-las, por meio de técnicas adequadas, a chegar a uma solução ou acordo.

A Conciliação realiza-se tanto no curso do processo judicial, como também quando as partes realizam o acordo fora do ambiente processual, mas dependem de intervenção judicial para a homologação e pode envolver parcelas não transacionáveis, apresentando-se

> [...] como um processo técnico (não intuitivo), desenvolvido pelo método consensual, na forma autocompositiva, em que terceiro imparcial, após ouvir as partes, orienta-as, auxiliando-as, com perguntas, propostas e sugestões, a encontrar soluções (a partir da lide) que possam atender aos seus interesses e materializa-as em um acordo que conduz à extinção do processo judicial (BACELLAR, 2012).

Qualquer uma das partes pode comunicar ao tribunal, no qual o processo tramita, a intenção de conciliar, ou seja, a vontade de buscar um acordo. Desta forma, é agendada uma audiência, onde as partes terão o apoio de um conciliador na busca de soluções para seus

conflitos. As partes podem ou não estar acompanhadas de advogados, que podem ajudar nos esclarecimentos jurídicos.

A conciliação pré-processual é aquela que se desenvolve sem que haja um processo judicial, porém, o processo judicial será instaurado após o acordo realizado, pois este depende de homologação judicial.

A conciliação processual, por sua vez, ocorre concomitantemente ao processo judicial e pode ser realizada pelo próprio juiz da causa ou através de um conciliador. Nesse caso, Petrônio Calmon (2015, p.90), *o mecanismo para a obtenção da resolução do conflito encontra-se em uma categoria intermediária, pois promove mecanismos heterocompositivos e consensuais ao mesmo tempo*. Assim, (CALMON, p. 90) define a conciliação como

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

A conciliação permite a sugestão de uma proposta de acordo pelo conciliador, ou seja, este atua como elo entre os contendores, tendo por finalidade levá-los a possíveis entendimentos, através da identificação de problemas e da apresentação de possíveis soluções.

Segundo Ferreira Netto (2008, p. 4)

> O conciliador analisa o caso em sua essência e transmite às partes uma versão dos fatos com imparcialidade, eliminando o fator emocional que está sempre presente em qualquer disputa.

Porém, a conciliação, apesar de ser um dos meios de resolução de conflito, não evita a atividade jurisdicional, pois depende da atuação do Poder Judiciário em razão da necessidade da homologação do acordo obtido.

1.3. ARBITRAGEM

Conforme definição de Carlos Alberto Carmona (2000, p. 31) "arbitragem consiste em um mecanismo privado de solução de litígios, através da qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá se cumprida pelas partes".

Assim tem natureza heterocompositiva, pois não é um método amigável e depende de um terceiro que impõe sua decisão.

O instituto da arbitragem independe do Poder Judiciário, pois é uma resolução de conflito privado, porém a decisão tem força vinculante, equiparada à decisão do Poder Judiciário.

A arbitragem, segundo Carolina Iwancow Ferreira (2015, p. 63),

> [...] constitui um meio extrajudicial de solução de conflitos, no qual, mediante prévia convenção, as pessoas (físicas ou jurídicas) poderão submeter questões litigiosas surgidas ou que possam surgir à decisão de um único árbitro ou de um tribunal arbitral, em conformidade com o direito.

O instituto da arbitragem já era utilizado no sistema jurídico medieval português, sendo regido pelas Ordenações[1]. No Brasil o Código Comercial de 1850, já previa a arbitragem compulsória para solucionas determinadas disputas, entre sócios de sociedade comerciais[2].

Também os Códigos de Processo Civil de 1939[3] e posteriormente o de 1973[4], regiam o procedimento arbitral, e, o compromisso arbitral estava contido no Código Civil de 1916, nos artigos 1037 e 1046[5].

---

[1] Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas.

[2] Art. 294. Todas as questões sociaes que se suscitarem entre socios durante a existencia da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha, serão decididas em Juizo arbitral.
Art. 302. A escriptura, ou seja publica ou particular, deve conter: [...]. 5. A fórma da nomeação dos arbitros para juizes das duvidas sociaes.
Art. 348. Acabada a liquidação, e proposta a fórma de divisão e partilha, e approvada huma e outra pelos socios liquidados, cessa toda e qualquer reclamação da parte destes, entre si reciprocamente e contra os liquidantes. O socio que não aprovar a liquidação ou a partilha he obrigado a reclamar dentro de dez dias depois desta lhe ser communicada; pena de não poder mais ser admittido a reclamar, e de se julgar por boa a mesma liquidação e partilha. A reclamação que for apresentada em tempo, não se accordando sobre ella os interessados, será decidida por arbitros, dentro de outros dez dias uteis; os quaes o Juiz de Direito do Commercio poderá prorogar por mais dez dias improrogaveis.

[3] CPC de 1939.
Art. 1.031. Não poderão ser arbitros: I – os incapazes; II – os analfabetos; III – os estrangeiros.
Art. 1.046. Caberá recurso de apelação da sentença que homologar, ou não, a decisão arbitral.
Parágrafo único. Si o Tribunal anular o laudo mandará que os árbitros julguem novamente a questão, salvo si negada a homologação, com fundamento : a) no n. I do artigo anterior, caso em que se extinguirá o compromisso; b) no n. IV, caso em que o Tribunal aplicará o direito à espécie. (sic)

[4] CPC 1973
Art. 1.072. As pessoas capazes de contratar poderão louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros que lhes resolvam as pendências judiciais ou extrajudiciais de qualquer valor, concernentes a direitos patrimoniais, sobre os quais a lei admita transação.

Hoje a Lei nº 9.307, de 23.09.1996, dispõe sobre a arbitragem.

Na arbitragem é designado um terceiro, que exerce a função de árbitro por escolha das partes e a ele compete a solução do conflito. Não há, pois, qualquer interferência do Poder Judiciário.

O árbitro nomeado terá a função de conduzir o processo arbitral de forma semelhante ao processo judicial.

Uma das características da arbitragem consiste em que as partes podem escolher livremente as regras que serão aplicadas para a solução do litígio, podendo inclusive eleger legislação estrangeira, como escolher fontes que não sejam propriamente ordenamento jurídico, como normas gerais de direito, usos e costumes, entre outras fontes. Porém as fontes escolhidas não podem afrontar aos bons costumes ou a ordem pública, conforme o artigo 2º da Lei de Arbitragem[6].

Os efeitos jurídicos da arbitragem entre as partes podem ser definidos primeiramente na exclusão do Poder Judiciário para solucionar os conflitos e a submissão das partes à sentença arbitral, pois, elas somente podem recorrer ao Poder Judiciário no caso de nulidade ou extinção do compromisso, consequentemente, apenas para rever questões formais.

A cláusula compromissória é o instrumento no qual as partes, de comum acordo, comprometem-se a submeter à arbitragem todos os litígios que possam vir a surgir decorrentes de um contrato. Quando há cláusula compromissória, nenhuma das partes contratantes poderá recusar o procedimento arbitral, ou seja, o seu cumprimento é obrigatório, gera entre os contratantes a impossibilidade de utilizar a jurisdição ordinária.

Art. 1.102. O tribunal se der provimento à apelação, anulará o laudo arbitral:I - declarando-o nulo e de nenhum efeito, nos casos do artigo 1.100, números I, IV, V e VIII;
II - mandando que o juízo profira novo laudo, nos demais casos.

[5] Código Civil Brasileiro de 1916
Art. 1.037. As pessoa capazes de contratar poderão, em qualquer tempo, louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros, que lhes resolvam as pendências judiciais, ou extrajudiciais.
Art. 1.046. Ainda que o compromisso contenha a clausula "sem recurso" e pena convencional contra a parte insubmissa, terá esta o direito de recorrer para o tribunal superior, quer no caso de nulidade ou extinção do compromisso, quer no de ter o arbitro excedido seus poderes.
Parágrafo único. A este recurso, que será regulado por lei processual, precederá o depósito da importância da pena, ou prestação de fiança idônea ao seu pagamento.

[6] LEI 9.307/1996. [...].
Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de eqüidade, a critério das partes (sic). (
§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.
§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.
§ 3o A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

Quanto aos árbitros, a Lei de Arbitragem trata nos termos dos arts. 13 a 18, disciplinando o papel do árbitro em todas as dimensões.

Qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes pode atuar como árbitro. No procedimento arbitral poderá ter um ou mais árbitros, sempre obedecendo a necessidade de estarem em número ímpar. Os árbitros que compõem o tribunal arbitral têm o dever moral e ético de agir de acordo com os princípios da imparcialidade, independência, competência, diligência, e discrição. Importante ressaltar que o árbitro é um "juiz de fato e de direito", conforme dispõe o artigo 17 e 18, da Lei 9307/96, assim, quando no exercício de suas funções, fica equiparado aos funcionários públicos, para os efeitos de legislação penal.

A sentença arbitral equipara-se à sentença judicial e o artigo 31, da Lei de Arbitragem dispõe que a sentença arbitral produzirá entre as partes os mesmos efeitos da sentença proferida pelo órgão do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constituirá título executivo judicial.

2. MEDIAÇÃO

A partir da década de 1960, através de estudos realizados pela Universidade de Harvard, a mediação passa a ser sistematizada, despertando maior interesse do meio acadêmico, sociedade, órgãos públicos e instituições privadas.

GALVÃO e GALVÃO FILHO apud MENDONÇA (2015, p. 63-64) destacam que

> Foi somente a partir do século XX que a mediação se tornou formalmente institucionalizada e passou a ser desenvolvida como uma atividade profissional reconhecida. Sua prática expandiu-se de forma expressiva nos últimos 25 anos, e teve como base para a sua sustentação e expansão o reconhecimento dos direitos humanos e da dignidade dos indivíduos, a consciência da necessidade de participação democrática em todos os níveis sociais e políticos, a crença de que o indivíduo tem o direito de participar e ter controle das decisões que afetam sua própria vida, os valores éticos que devem nortear os acordos particulares e, finalmente, a tendência a uma maior tolerância às diversidades que caracterizam toda a cultura no mundo moderno contemporâneo.

Assim sendo, a mediação consiste, pois, em um instrumento utilizado para a solução e prevenção de conflitos, em respeito à dignidade da pessoa humana, solidariedade social, igualdade e liberdade, direitos, estes, constitucionalmente garantidos.

Uma das várias definições de mediação encontra-se no Manual de Mediação Judicial (2015, p. 20) do Conselho Nacional de Justiça – CNJ

> A mediação pode ser definida como uma negociação facilitada ou catalisada por um terceiro. Alguns autores preferem definições mais completas sugerindo que a mediação um processo autocompositivo segundo o qual as partes em disputa são auxiliadas por uma terceira parte neutra ao conflito ou por um painel de pessoas sem interesse na causa, para se chegar a uma composição.

Portanto a mediação é um procedimento de resolução de conflitos mais tolerante e não vinculador, no qual um terceiro neutro, na pessoa do mediador, facilita as negociações entre as partes para ajudá-las a chegar a um acordo.

Nesse sentido, para Fernanda Tartuce (2008, p. 211):

> A mediação enquanto método que concebe o mediando como protagonista de suas próprias decisões e responsável por seu próprio destino está fundamentada na dignidade humana em seu sentido mais amplo. Afinal, permite que o indivíduo decida os rumos da controvérsia, resgate sua responsabilidade e protagonize uma saída consensual para o conflito, o que o inclui como importante ator na configuração da solução da lide, valorizando sua percepção e considerando seu senso de justiça.

Sendo assim, a mediação se apresenta como uma alternativa democrática e eficaz na resolução de conflitos. Ao lado dos demais métodos consensuais de solução de conflitos (negociação, conciliação e arbitragem), a mediação surge trazendo novos caminhos para a construção do processo democrático, privilegiando práticas que fortalecem a cidadania.

É um método rápido, confidencial, justo, econômico, sendo que a confidencialidade é um de seus instrumentos mais importante, pois o mediador jamais poderá revelar as discussões existentes nas sessões.

Outra vantagem da mediação é o fato de ser relativamente de baixo custo para as partes, pois na maioria dos casos são necessárias poucas sessões para chegar-se a uma conclusão satisfatória a todos os envolvidos no conflito mediado.

É importante ressaltar que a mediação pode se desenvolver também regulamentada e coordenada pelos tribunais de acordo com a previsão da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ[7].

---

[7] Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.
Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.
Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.

Além da Resolução nº 125/2010, o novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015[8] e a lei específica sobre mediação de conflitos, Lei 13.140 de 26 de junho de 2015[9], também fazem menção aos órgãos Judiciários na mediação de conflitos.

O novo CPC investe muito nos métodos consensuais de solução de conflitos (conciliação e mediação), que utilizam um terceiro facilitador para que as próprias partes cheguem à solução do conflito e à pacificação mais completa. Basta verificar que os coloca em um amplo quadro de política judiciária, logo nos parágrafos do art. 3º, quando estabelece, como dever do Estado, promover, desde que possível, a solução consensual dos conflitos, a ser incentivada por todas as instituições ligadas à justiça, antes ou durante o processo.

Com relação à da Lei de Mediação, Lei n.º 13.140/2015, o parágrafo primeiro do artigo primeiro fornece um conceito para mediação, pois dispõe que

> Art. 1o Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.
> Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

A mediação se aplica não só para direitos disponíveis, mas também para os direitos indisponíveis que admitam transação. No entanto, o consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigindo-se a oitiva do Ministério Público (§ 2º do art. 3º da Lei). Em outras palavras, se envolver direitos indisponíveis, o acordo celebrado entre as partes deve ser homologado em juízo, com parecer do Ministério Público.

2.1 A FIGURA DO MEDIADOR

---

[8] Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015
Art. 1º. O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código. […];
Art. 3o Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
§ 1o É permitida a arbitragem, na forma da lei.
§ 2o O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.
§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

[9] Lei 13.140 de 26 de junho de 2015
Art. 24. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição

Mediação é uma palavra de origem latina – *mediare* e significa estar no meio.

Qualquer pessoa pode atuar como mediador, basta que reconheça em si as habilidades necessárias para desempenhar a função. Deve o mediador manter-se imparcial, passar credibilidade para os envolvidos, bem como ganhar a sua confiança, além de ter paciência, saber ouvir e saber perguntar.

Segundo a proposta da mediação, há técnicas e habilidades em autocomposição que, se bem utilizadas pelo mediador permitem a condução do conflito de maneira positiva, ou seja, como um processo que explicita a oportunidade de o mediador valorizar as reações das pessoas para modificar suas percepções sobre o conflito existente.

Para ser um mediador, é necessário o desenvolvimento de certas habilidades autocompositivas, que muitas vezes podem ser adquiridas por intermédio de um curso específico de técnicas a serem utilizadas. Importante, também, recomendar que mesmo essas pessoas que naturalmente já possuem perfis conciliatórios necessariamente devem participar de programas de treinamento em habilidades e técnicas autocompositivas.

Conforme orientação do Manual de Mediação Judicial, (2015, p. 140)

> [...] o magistrado, como regra, não deve atuar como mediador. Isso porque sendo um recurso humano escasso em qualquer sistema processual, ao assumir a função de mediador o magistrado deixará de exercer as atribuições que possui com exclusividade (e.g. instruir feitos) para atuar como mais um agente de autocomposição. Registra-se ainda que, por um princípio de eficiência, ao avocar atuação que facilmente pode ser delegada, como a mediação, o magistrado que conduzir mediações dificilmente terá tempo de desempenhar outras funções cuja competência lhe seja exclusiva. Isso não implica que o magistrado não deva orientar os mediadores ou conciliadores a adotar determinadas abordagens ou técnicas. O magistrado projeta os valores autocompositivos cuja realização se pretende por meio dos mediadores e conciliadores. Assim, não deve o magistrado sugerir que mediadores ou conciliadores exerçam pressão para alcançarem acordo ou adiantar posicionamentos jurídicos que seriam eventualmente postos em sentenças judiciais.

O mediador é quem facilita a conversas entre as partes para que possam atingir sua finalidade primordial que é a resolução do conflito existente.

O mediador precisa ter capacidade de observar, analisar, de escutar o verbal e o não verbal, de gerar empatia e confiança, de resumir ideias e promover a cooperação.

É ele que tem o papel de ajudar as partes a chegarem a um acordo, sem que para isso o mesmo manifeste a sua opinião, isto é, o mediador não pode nunca decidir pelas partes, somente pode auxiliá-las para que encontrem um denominador comum, conservando-se sempre neutro.

Portanto, o objetivo do mediador é permitir que as partes se entendam e se escutem, avaliando seus interesses e necessidades, ou seja, facilitando os canais de comunicação entre elas.

O mediador não deve fazer impor sua autoridade, pois a autoridade se firmará automaticamente através do nível de relacionamento que ele conseguir estabelecer com as partes, usando palavras simples, sem maiores formalidades, porém de forma firme e profissional.

Como anteriormente salientado, fenômeno inerente às relações humanas - o conflito está presente no dia a dia das pessoas ao longo das suas vidas. Basta que haja posicionamentos divergentes em relação a algum interesse comum, ou, simplesmente, comportamentos diferenciados para que o conflito surja.

Assim, a formação de mediadores com o uso de técnicas específicas pode auxiliar pessoas em conflito a chegarem a soluções por elas próprias, sem a necessidade de recorrerem ao judiciário, o que é primordial.

Inclusive a distinção que se faz entre conciliador e mediador é estabelecida em razão do alcance da participação desse terceiro alheio ao conflito, pois, ao conciliador, é permitido sugerir e formular propostas, apontando vantagens e desvantagens, procedimentos estes proibidos ao mediador.

CONCLUSÃO

O acesso à Justiça é um direito fundamental do ser humano expresso no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal e, o presente artigo, procurou demonstrar que é necessário propiciar formas eficazes de solução de conflitos fora do manto estatal.

Assim sendo, a negociação, a conciliação, a mediação e a arbitragem, aos poucos, têm deixado de ser a “segundo opção de escolha” como via de acesso à Justiça. Os chamados “meios alternativos” tem se tornado “meios indispensáveis” e essenciais na solução de conflitos e, deste modo, ao acesso à Justiça.

Claro está, portanto, que o acesso à Justiça é proporcionar solução para os conflitos, garantindo a pacificação social.

Ficou também demostrado, que a demora na entrega da prestação jurisdicional pelo Poder Judiciário acarreta a insatisfação da sociedade. Sendo assim, a valorização e incentivo

para adoção de uma cultura da paz, em consonância com os princípios e valores insculpidos na Constituição Federal é essencial para realização plena do Direito Fundamental do Acesso à Justiça.

Em consequência, exige-se uma mudança na tradição da busca primária pela jurisdição, por meio do aprimoramento de diálogos e pela inserção da cultura dos meios alternativos de resolução de conflitos e da autocomposição, pois é inerente ao ser humano o querer viver em paz.

A mediação certamente modificará o cenário da resolução de conflitos no futuro e contribuirá para a formação de pessoas mais afeitas ao diálogo e à convivência com as perplexidades e pluralidades inerentes à natureza humana.

Uma sociedade que tem a sua disposição mecanismos eficientes de resolução de conflitos, seja de forma adversarial ou não, tende a ser uma sociedade mais pacífica e satisfeita com o meio em que vive, pois trás consigo sentimentos de harmonia e segurança, sentimentos estes necessários ao saudável desenvolvimento das relações sociais e econômicas.

Por fim, compete destacar a importância e os resultados que o instituto da mediação já alcança mostrando-se como um instrumento realmente eficaz para resolver os conflitos.

Além disso, o procedimento da mediação também visa incluir socialmente o indivíduo, ampliando seu universo cultural, possibilitando o conhecimento de seus direitos e deveres. O que se busca com esse instituto é o necessário fomento à paz e o incentivo a práticas de cidadania, sendo requisitos essenciais no contexto do Estado Democrático de Direito, previsto na Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA. *Técnicas e Procedimento de Mediação no Novo Código de Processo Civil*. In: ALMEIDA, Diogo Assunpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (Coord.). *A Mediação no Novo Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

BABITSKY, Steven, MANGRAVITTI JR; James J. *Nunca Perca Uma Negociação*, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

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

BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra da Siva, . *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo: Saraiva, 2004.

BEDAQUE, José Roberto. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*, São Paulo: Malheiros, 2003.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*, 3ª ed., Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

_____. *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007;

FERREIRA NETTO, Cássio Telles. *Contratos Administrativos e Arbitragem*, Rio de Janeiro: Elsevier (Campus Jurídico), 2008.

FERREIRA, Carolina Iwancow. *Arbitragem Internacional no Direito Brasileiro*, 2ª ed.,Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões.* Tradução de Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

GALVÃO, Fernanda Koeler; GALVÃO FILHO, Mauricio Vasconcelos. C. *Da Mediação na Definição do Novo Código de Processo Civil.* In: ALMEIDA, Diogo Assunpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (Coord.). *A Mediação no Novo Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

GOMES, Noêmia Aurélia. In GROSMAN, Claudia Frankel; MANDELBAUM, Helena Gurfinkel. Org. *Mediação no judiciário: teoria na prática*. São Paulo: Primavera Editorial, 2011).

JUSTIÇA, Conselho Nacional de (CNJ). http://www.cnj.jus.br/busca-*atos-administrativos.* Acesso em 24.01.2016.

_____ http://www.cnj.jus.br/ *Manual de Mediação Judicial*, 2015. Acesso em 9.01.2016.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Curso Básico de Direito Arbitral*, 3ª ed., Curitiba: Juruá, 2015.

OLIVEIRA, Glenda Felix. In *Revista Extensão & Cidadania:* Vitória da Conquista. V. 1, n. 2.

PELUZO, Cezar. *Mediação e Conciliação.* Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo: RT, v. 30, 2011.

ROCHA, Cesar Asfor. *A luta pela efetividade da jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008.