

**O LOCUS DA CONCILIAÇÃO E DA MEDIAÇÃO NA BUSCA PELO LEGÍTIMO  
DIREITO AO ACESSO À JUSTIÇA NA PÓS-MODERNIDADE**

Volnei Celso Tomazini<sup>1</sup>

Maykon Fagundes Machado<sup>2</sup>

**RESUMO**

A presente pesquisa possui como objeto a análise do *locus* da conciliação e da mediação na pós-modernidade, principalmente na busca por um efetivo acesso à justiça. Como objetivo geral, pretende-se destacar as principais categorias acerca da temática, trazendo ao leitor o conhecimento de abordagens de ímpar relevância, visando, sobretudo, a conscientização por uma cultura do consenso de real efetividade. Como objetivo específico, através de uma análise bibliográfica e histórica, pretende-se ainda verificar os potenciais avanços em outros países acerca do tema em debate, a fim de elaborar uma análise comparativa com a realidade brasileira, destacando-se os avanços do atual Código de Processo Civil, que surgiu como um marco de excelente contribuição à cultura do diálogo – algo que é de suma importância atualmente, considerando-se a excessiva demanda que o Poder Judiciário brasileiro enfrenta. Em síntese conclusiva, notou-se que, muito embora o Brasil seja referência na quantidade de métodos novos para resolução de conflitos, ainda assim há um inevitável estranhamento do cidadão diante desses mecanismos, verificando-se que a cultura do litígio se encontra arraigada na concepção cidadã e que há, ainda, a sensação de ineficácia da jurisdição do Poder Judiciário. Entretanto, pontua-se a significativa importância dos métodos alternativos de resolução de conflitos e espera-se a sua integral adequação aos anseios da Sociedade.

**Palavras-chave:** Conciliação. Mediação. Acesso à justiça. Pós-modernidade.

<sup>1</sup> Mestre e Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Desembargador com atuação no Tribunal de Justiça de Santa Catarina – TJSC.

<sup>2</sup> Graduando em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Foi Pesquisador Bolsista (PIBIC-CNPQ – 2016-2017; e PROBIC-UNIVALI – 2017-2018), desenvolvendo pesquisas e publicações científicas na área do Direito, com ênfase em Direito Ambiental, Direito Urbano e Sustentabilidade. Membro do Grupo de Pesquisa e extensão Paidéia – UNIVALI (cadastrado no CNPq). Membro do grupo Estudos Avançados em Direito Empresarial – Univali (cadastrado no CNPq). Membro Associado do *International Center For Criminal Studies* (ICCS).

## 1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objetivo a elaboração de um estudo sobre os métodos alternativos de resolução de conflitos, especificamente, a conciliação e a mediação, para fins de demonstrar a compatibilização desses institutos jurídicos com o sistema judicial e extrajudicial brasileiro. Foram colacionados ao texto as principais categorias e seus respectivos conceitos operacionais, para fins de demonstrar a relevância jurídica do tema pesquisado.

Inicia-se com a abordagem do conceito operacional da categoria “Acesso à Justiça” e as respectivas considerações acerca desse princípio, consagrado na Carta Magna brasileira atual e que sempre desperta relevante interesse nos meios jurídicos.

Na sequência, ressalta-se a importância dos institutos da conciliação e da mediação no contexto do sistema jurídico brasileiro, bem como da inserção dos respectivos mecanismos no Código Civil Brasileiro e na Lei dos Juizados Especiais. Aborda-se também a adoção desses meios de resolução de conflitos em outros países.

Para a elaboração desta investigação, utilizou-se o método indutivo, além do método cartesiano na fase de tratamento de dados. Optou-se, ainda, pela utilização da técnica do referente e da pesquisa de dados bibliográficos, compatibilizando-as com a técnica do fichamento.

## 2 DO ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à justiça constitui assunto que desperta muito interesse no meio jurídico, em face dos desafios, enfrentados pelo Poder Judiciário, para atender à reivindicação do jurisdicionado a esse direito essencial, principalmente na pós-modernidade<sup>3</sup>. O crescimento da população e a evolução da sociedade postulam a ampliação do acesso à ordem jurídica, principalmente por parte das minorias, como os portadores de necessidades especiais, os hipossuficientes e os indígenas. Identificam-se novos direitos e a

---

<sup>3</sup> “A pós-modernidade é, por isso, como um movimento intelectual, a crítica da modernidade, a consciência da necessidade de emergência de uma outra visão de mundo, a consciência do fim das filosofias da história e da quebra de grandes metanarrativas, demandando novos arranjos que sejam capazes de ir além dos horizontes fixados pelos discursos da modernidade” (BITTAR, 2009, p. 146).

necessidade de implementação das correspondentes conquistas, para o Estado cumprir a sua função social.

Estabelece-se, *prima facie*, o conceito operacional para a categoria “acesso à justiça”, que Rodrigues (1994, p. 28) identificou como o: “acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano”. A ordem de valores no plano jurídico, notadamente, o acesso à tutela jurisdicional justa e eficaz pelo Poder Judiciário, restringe-se ao conceito de acesso à justiça em parâmetros condizentes com o referente da pesquisa.

Partindo-se da premissa de que o cidadão tem o direito de postular as garantias que entender cabíveis e de que ao Estado incumbe as providências para que se alcance tal objetivo, buscam-se os fundamentos que justificam tal opção. Como consequência, a doutrina brasileira respalda o recrudescimento da legislação processual, no que se refere ao direito ao acesso à justiça. O sistema tende a libertar-se do formalismo processual puro, para se aventurar em procedimentos flexíveis e valorizar o resultado prático mais favorável à solução do litígio. A propósito, Dinamarco propõe a construção de um modelo de jurisdição direcionado ao plano social e político, e não jurídico. Assim proclama “[...] Hoje, que o direito público é conscientemente voltado ao plano social e não à distribuição de bens, é mister ver no processo, ramo do direito público, alguma destinação que vá além da aspiração individual à satisfação de interesses” (DINAMARCO, 2008, p. 199).

A providência de buscar novos horizontes no ordenamento jurídico tem o propósito de possibilitar o acesso à justiça para aquelas pessoas que estavam excluídas desse direito básico de exercício de cidadania. Esse reconhecimento somente é possível com o esforço da sociedade, no sentido de providenciar meios para que as alterações de comportamento do operador jurídico ocorram.

O legislador constituinte fez questão de contemplar o princípio do acesso à justiça na legislação constitucional atual, pois, no passado histórico brasileiro, tal garantia já sofreu restrições por meio do Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968, em seu artigo 11, que dispunha: “excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como seus respectivos efeitos”. Entretanto, com o restabelecimento da ordem democrática em nosso país, a legislação constitucional atual ampliou a opção dos cidadãos brasileiros ao acesso ao Poder Judiciário.

A Carta Magna brasileira atual dispõe em seu artigo 5º, inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Esse preceito impõe ao Estado a vedação de restrições ao acesso à justiça pelo cidadão brasileiro. Assim, concede a todos a busca de uma solução para reivindicar o suposto direito violado. Nesse sentido, Abreu (2008, p. 39) assevera que realmente “o acesso à decisão judicial, aliás, constitui importante questão política, uma vez que não há verdadeiro Estado Democrático de Direito quando o cidadão não consegue provocar, obter e executar a tutela jurisdicional”.

Contudo, o direito ao acesso à Justiça não deve se restringir à oferta desses meios judiciais. Deve-se implementar a ampliação dessa satisfação por meio da retribuição de resultados efetivos, para que se alcance o efetivo direito de jurisdição qualificada e eficaz e se proporcione a viabilidade do direito de ação em prazo razoável.

Cappelletti e Garth (1988, p. 8) analisam as finalidades básicas do acesso à justiça, quando afirmam que:

A expressão "acesso à justiça" é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individuais e socialmente justos.

Bacellar (2012, p. 55), nos exatos termos dessa lógica, defende o “acesso à ordem jurídica justa”, o que, no contexto do Estado, seria a ideia de acesso à justiça numa perspectiva de direito do cidadão ao procedimento que abrigue apreciação adequada ao seu litígio.

Nas palavras de Barroso (2015, p. 44): “sob a Constituição de 1988, aumentou de maneira significativa a demanda por justiça na sociedade brasileira. Em primeiro lugar pela descoberta da cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos”.

Com efeito, o acesso à justiça é visto na doutrina brasileira não somente com o *status* de direito humano, mas também de direito fundamental. Diante de tal relevância, estabelece-se como questão prioritária no que concerne à implementação e

satisfação plena dos direitos na ordem jurídica nacional. Sarlet (2006, p. 35-36) esclarece a diferença dessas garantias, de âmbito interno e externo, ao explicitar:

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a aplicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco de caráter supranacional (internacional).

Nesse sentido, o artigo VIII da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10.12.1948, apresenta o acesso à justiça como Direito Humano, ao prescrever: “todo homem tem o direito de receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei”.

Portanto, diante da relevância do acesso à justiça nos preceitos de ordem interna, por meio do seu acolhimento em âmbito constitucional, e na ordem internacional, através da Declaração Universal dos Direitos do Homem, resta apenas ao cidadão brasileiro pugnar pela continuidade de sua implementação no sistema jurídico nacional. Há de se ponderar, também, que não se pode olvidar de outros direitos essenciais que o Estado deve implementar, como o direito à saúde, educação e habitação. Caberá, então, ao administrador observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a fim de promover o equilíbrio no que concerne à execução das prioridades administrativas.

### **3 DA CONCILIAÇÃO**

Entre os métodos não adversariais de composição de conflitos, a conciliação constitui a modalidade mais utilizada tanto em juízo como fora dele. Trata-se de um mecanismo que existe há muito tempo no sistema jurídico brasileiro; merece destaque a sua previsão na Consolidação das Leis do Trabalho e na Lei dos Juizados Especiais de Pequenas

Causas (Lei n. 7.244, de 7 de novembro de 1984). A conciliação encontra-se ao alcance de todas as esferas do Poder Judiciário, embora comumente costume ser celebrada sem a necessidade de qualquer postulação em juízo. Na concepção de Lima (2003, p. 6), conciliação é “um método alternativo de resolução de disputas, em que um terceiro imparcial, denominado conciliador, auxilia as partes envolvidas no conflito na busca de um acordo. Nesta modalidade, pode o conciliador propor soluções para o problema”.

Trata-se de um método alternativo de resolução de litígios que comporta posições semelhantes acerca de sua definição, embora haja quem afirme que a conciliação se distancia do conceito da teoria do conflito. A propósito dessa relação, é pertinente colacionar a observação de Warat (2001, p. 80):

[...] a conciliação não trabalha o conflito, ignora-o, e, portanto, não o transforma. O conciliador exerce a função de negociador do litígio, reduzindo a relação conflituosa a uma mercadoria. O termo de conciliação é um termo de cedência de um litigante a outro, encerrando-o. Mas, o conflito no relacionamento, na melhor das hipóteses permanece inalterado.

Divorciando-se do perfil filosófico dispensado à conciliação, para referenciá-la na seara legislativa, a fim de harmonizar as disposições teóricas com a sua aplicação como mecanismo direcionado à composição de litígios, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ, Res n. 125/2010) propôs o conceito de conciliação como sendo de fato “um meio alternativo de resolução de conflitos em que as partes confiam a uma terceira pessoa (neutra), o conciliador, a função de aproximá-las e orientá-las na construção de um acordo”. Portanto, extrai-se do conceito colacionado que o objetivo comum desse meio de resolução de conflitos é a execução de um procedimento que de fato procure efetivar os meios para composição de acordo entre as partes que litigam em torno de interesses.

Classifica-se a conciliação em duas modalidades: judicial ou extrajudicial. Em ambas, ocorre a intervenção de uma terceira pessoa, que é denominada de conciliador. A escolha do interveniente encontra previsão na legislação ou resulta da opção das partes em comum acordo. Imparcialidade é condição essencial para o exercício da função de conciliador, cujo exercício consiste em propor acordos, promover a união entre as partes, aconselhar, esclarecer, alertar sobre as causas e efeitos do pacto que elas devem assumir para a composição amigável do litígio.

Ademais, veja-se o que aduz o artigo 165, §2º, do CPC/2015: “o conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem”.

As próprias partes negociam a solução de seu litígio, que não é, nesse caso, imposta pelo conciliador, fato promovedor da não violência na aplicação do Direito. A tão comum expressão “tem acordo? – senão irei sentenciar!” afasta-se em nome da real busca pela pacificação social. Sobretudo, importa às partes focar em seu legítimo interesse na conciliação, rompendo mágoas ou ressentimentos pessoais, para a melhor solução do conflito.

Nesse prisma, Fernandes e Moura (2017, p. 7) ressaltam que tal cultura do consenso demonstra-se fundamental, principalmente para se cumprir a disposição contida no preâmbulo da Constituição Cidadã de 1988. Preconiza-se, inclusive, a fraternidade na sociedade brasileira da seguinte maneira: “a adoção do modelo de justiça coexistencial, participativa e conciliatória coaduna-se com a solução harmônica e pacífica de controvérsias preconizada no preâmbulo da nossa Constituição Federal, devendo ser divulgada à população e institucionalizada por iniciativas concretas nas comunidades” (TARTUCE, 2016, p. 93).

Assim, uma mudança de mentalidade dos atores jurídicos – adotando estes a prática do direito fraterno e substituindo a cultura do litígio pela cultura da paz (não violência fraterna) – torna-se medida de acertada coerência, nos termos da recente legislação processual civil.

A conciliação encontra-se consolidada nas legislações trabalhista e processual civil, bem como na lei dos juizados especiais cíveis estaduais e federais. Trata-se, portanto, de um instituto que permanece em evidência, e a tendência é no sentido de ele progredir como alternativa ideal de resolução de conflitos e firmar-se como um dos meios mais legítimos e eficazes de acesso à justiça.

#### **4 DA MEDIAÇÃO**

A Mediação<sup>4</sup> é uma técnica de composição de conflitos utilizada há séculos

---

<sup>4</sup> “A mediação está presente em todas as épocas e em quase todas as culturas; é típica do papel dos anciãos nas tribos africanas, bem como da filosofia confucianista que ainda marca a China e o Japão. Na Grécia arcaica,

nos países asiáticos e, somente na metade do século passado, passou a fazer parte da cultura ocidental. Trata-se de um mecanismo em que as próprias partes, sem a interferência direta de um terceiro, equacionam a melhor solução.

Serpa (1999, p. 90) apresenta o seguinte conceito de mediação:

[...] um processo informal, voluntário, onde um terceiro interventor, neutro, assiste aos disputantes na resolução de suas questões. O papel do interventor é ajudar na comunicação através de neutralização de emoções, formação de opções e negociação de acordos. Como agente fora do contexto conflituoso, funciona como um catalisador de disputas ao conduzir as partes às suas soluções, sem propriamente interferir na substância destas.

O marco regulatório da mediação em nosso país é a Lei n. 13.140/2015, que dispõe sobre a implementação desse meio alternativo de solução de conflitos, tanto no âmbito da administração pública como entre particulares.

O artigo primeiro da referida norma define o instituto como sendo “a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”. A definição legal baseou-se nos conceitos tradicionais, pois esse meio de resolução de conflitos já fazia parte de nosso sistema judicial ou extrajudicial há muito tempo.

A lei da mediação promoveu algumas inovações como a autorização das entidades de direito público – União, Estados e Municípios – para efetuarem acordos através desse instituto. Outra inovação ocorreu através da possibilidade de se promover a mediação à distância, utilizando-se para tanto os meios eletrônicos de comunicação não presencial entre

---

conhecia-se o *istor*, ou seja, ‘aqueles que conhece’, cuja função equivalia, ao que parece, à do mediador. No direito romano, tal como antes na literatura grega (ver Platão, *Protágoras*, nº 337 e), a mediação foi confundida durante muito tempo com a arbitragem, pelo menos em sua forma de composição amigável. Assim, alguns pós-glosadores como Guillaume Durand e Baldo distinguem o *arbiter*, cuja sentença se impõe às partes, do *arbitrator*, que age como *amigabilis compositor* e procura a concordância entre as partes. Depois disso, em direito consuetudinário, outros autores (J. Bouteiller, *suma rural*, século XVII) adotaram uma distinção tripartite ao diferenciarem, além disso, o *arbitrator do samicabilis compositor*: o primeiro julga em equidade, enquanto o segundo desempenha o papel de ‘apaziguador’ e procura um campo de entendimento entre as partes, sem exercer missão jurisdicional, ou seja, sem ‘proferir o direito’, sem dirimir o litígio. Carreada pelas ideias do direito natural, a mediação será naturalmente posta em lugar de honra pelo legislador durante a Revolução francesa, mas será concebida como uma preliminar obrigatória ao ajuizamento, o que produzirá resultados muito variáveis. Progressivamente, o direito francês foi eliminando a maioria das mediações obrigatórias. O novo Código de processo civil a favorece, mas, salvo exceção, não impõe.” (JARROSSON, 2012, p. 1169-1170).

as partes. O instituto da mediação, a exemplo da conciliação, encontra parâmetros sólidos quanto a sua regulamentação, como opção de acesso eficaz de acesso à justiça.

## **5 A CONCILIAÇÃO E A MEDIAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Decorrido o primeiro triênio de vigência do Código de Processo Civil de 2015, afirma-se que os meios de autocomposição de litígios consolidam-se na esfera judicial, como um avanço significativo no combate à “cultura do litígio”. A inclusão de artigos que dispõem sobre a mediação e conciliação na norma processual vigente indica que a real intenção do legislador era inovar na legislação processual através da consolidação dos meios diferenciados para a pacificação social.

Nesse sentido, os métodos que até então eram considerados eminentemente “alternativos” para resolução de conflitos foram integrados às normas processuais e contribuem de modo oficial para a entrega da tutela jurisdicional pelo Poder Judiciário. O acesso à justiça compreende a exclusão de obstáculos de ordem formal ou informal para o cidadão reivindicar seus direitos perante o Poder Judiciário, pois o direito de movimentar a máquina judiciária consta do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, que é claro ao dispor que a lei não excluirá do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito.

O antigo Código de Processo Civil de 1973 previa, no seu artigo 125, inciso IV, que cabia ao juiz, responsável pela instrução e julgamento das demandas, promover a tentativa de conciliação entre as partes. O artigo 448 do mesmo diploma recomendava a promoção de atos para promoção de acordo entre as partes antes de iniciada a instrução e julgamento da causa.

Na sequência, com a reforma do Código Processual Civil, promovida em dezembro de 1994, surgiram novos institutos e, entre eles, introduziu-se na legislação a denominada audiência preliminar, cujo objetivo era a busca da conciliação entre as partes quanto ao objeto da lide. O ato processual de citação do réu, de acordo como a legislação anterior, consistia em alerta para oferecimento de contestação à pretensão do autor da demanda. Por outro lado, nos termos da legislação em vigor, o juiz designa audiência de conciliação ou mediação, para privilegiar métodos de solução amigável.

O Código de Processo Civil atual atendeu aos critérios estabelecidos na Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça. Tal norma estabeleceu diretrizes para a consolidação dos instrumentos necessários para a implementação dos meios de resolução de conflitos no sistema judicial brasileiro. Em síntese, a referida norma instituiu oficialmente a política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesse, recomendando a centralização das estruturas judiciárias para a implementação das atividades de composição dos conflitos, além da formação e treinamento de servidores, conciliadores e mediadores e da apuração dos dados estatísticos dessas atividades.

A atual codificação refere-se aos institutos da mediação e da conciliação como mecanismos distintos (art. 165, §§ 2º e 3º), com atribuições específicas conferidas ao mediador e ao conciliador. Incumbe a este propor soluções para os litígios, preferencialmente em casos em que não houve vínculo anterior entre as partes. Neste último caso, recomenda-se a intervenção do mediador para auxiliar os interessados na compreensão das questões e dos interesses em conflito. De acordo com Cahali (2013, p. 41): “[...] uma diferença fundamental da mediação em relação à conciliação é que naquela o mediador não faz propostas de acordo, mas apenas tenta aproximar as partes para que elas próprias consigam alcançar uma situação consensual de vantagem”.

Para Garcez (2004, p. 2014):

[...] a conciliação e a mediação distinguem-se, porque, na primeira, o conciliador, após ouvir os contendores, sugere a solução consensual do litígio, enquanto na segunda, o mediador trabalha mais o conflito, fazendo com que os interessados descubram as suas causas, removam-nas e cheguem assim, por si sós à solução da controvérsia.

Tanto a mediação como a conciliação<sup>5</sup> são regidas pelos princípios da informalidade, a dispensar, assim, a solenidade dos atos processuais e favorecer a simplificação dos procedimentos. A ordem estipula o dever de sigilo sobre o que acontece nas sessões, além de garantir a independência e autonomia quanto à manifestação de vontade das partes e de coibir qualquer constrangimento quanto à anuência em acordos ilegais ou incompatíveis com a boa-fé dos intervenientes.

---

<sup>5</sup> Na Justiça Federal, a conciliação ou mediação, com base no art. 46 da Lei n. 13.140/2015, poderão ser feitas inclusive por meio eletrônico (virtual), sem a intervenção de juiz ou conciliadores. Os dados são inseridos em procedimento eletrônico, bastando para tanto a anuência das partes.

## 6 A CONCILIAÇÃO NA LEI 9.099/95 (JUIZADOS ESPECIAIS)

Com a instituição dos juizados de pequenas causas, por intermédio da Lei n. 7.244/84, e diante do êxito obtido nessa modalidade de composição de acordos, surgiu a inspiração para a implementação dos juizados especiais, por intermédio do artigo 98, inc. I, da Carta Magna brasileira. A missão do legislador consistia em ofertar à sociedade brasileira uma nova concepção de acesso à justiça, ou seja, reduzir a litigiosidade e processos na jurisdição comum e levar a opção de acesso à justiça às classes economicamente menos favorecidas<sup>6</sup>.

A introdução dos juizados especiais no Direito brasileiro representou a recuperação histórica de experiências consolidadas nos períodos colonial e republicano, introduzidas num contexto mais extenso do Estado brasileiro e de nossa cultura jurídica, política, social e econômica e no universo do movimento mundial em prol de uma justiça democrática, mais acessível a todas as classes populares (ABREU, 2008, p. 173).

A Lei n. 9.099/95, que dispõe sobre os juizados especiais cíveis e criminais, prevê expressamente, no que diz respeito ao instituto da conciliação, no seu artigo 2º, que: “o processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando sempre que possível, a conciliação ou a transação”. Essa legislação representa um marco histórico, com a separação do acesso à jurisdição em dois planos bem definidos. Além do procedimento tradicional, revestido das solenidades atinentes ao processo ordinário, o cidadão passou a contar com novo instrumento, que visa facilitar o acesso à justiça por meio da recomendação de procedimentos menos complexos.

Extrai-se da Lei n. 9.099/95, no que é pertinente para o presente estudo, a previsão de competência para a promoção da tentativa de conciliação, nos moldes previstos no seu artigo 58, que dispõe: “as normas de organização judiciária local poderão estender a

---

<sup>6</sup> Abreu (2008, p. 207-208) assevera que “o diploma em questão foi promulgado em cumprimento ao art. 98, inciso I, da Constituição Federal, dispondo sobre os juizados especiais cíveis e criminais”. Na parte cível, acolheu por inteiro, com pequenas modificações e acréscimos, as ideias e os princípios contidos na Lei n. 7.244/84, que foi expressamente revogada (artigo 97). A modificação mais significativa verificou-se na ampliação da competência dos juizados. Todavia, não foi alterada a matriz ideológica do sistema, que preconizava a facilitação do acesso à justiça pelo cidadão comum, especialmente pela camada mais humilde da população.

conciliação prevista nos artigos 21<sup>7</sup> e 22<sup>8</sup> a causas não abrangidas por esta Lei”. Ressalta-se também o disposto no artigo 57: “o acordo extrajudicial, de qualquer natureza ou valor, poderá ser homologado pelo juízo competente”. Assim, os juizados especiais abriram as portas para se implementar a cultura da pacificação em juízo. Esse meio alternativo de jurisdição constituiu significativa evolução para a consolidação de uma política de pacificação social. Plenamente viável no sistema judiciário brasileiro, inspirou a criação de novos mecanismos alternativos de resolução de conflitos, como as mais recentes legislações voltadas à regulamentação da mediação e da arbitragem.

## 7 MÉTODOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NA AMÉRICA E EUROPA

Os métodos alternativos de resolução de conflitos encontram-se disseminados por diversos países, cujos procedimentos, pautados pela informalidade, servem de modelo e estímulo para a ampliação da causa conciliatória. Nesse sentido, necessária se faz a inclusão de considerações a respeito do funcionamento desses métodos em alguns países da América e da Europa.

Nos Estados Unidos da América, é tradicional a utilização da “*alternative dispute resolution*”, que constitui o modelo mais conhecido, pois é oriundo da resolução de conflitos nas causas trabalhistas entre patrões e empregados. Os tribunais americanos sempre debateram sobre o excesso de litígios e a consequente sobrecarga de serviços. Diante disso, organizações interessadas no assunto estabeleceram-se para prestar os serviços de composição de conflitos, tanto na esfera estatal como nas instâncias de ordem privada (VAZ, 2016, p. 150).

A ideia do Tribunal Multiportas, atualmente presente em quase todos os Estados americanos, surgiu em 1976, por ocasião da Conferência sobre Insatisfação Pública para com o Sistema de Justiça. Nesse evento, o professor da universidade americana de Harvard, E. A. Sander, apresentou o projeto *multi-door court house*. Em 1983, a partir do

<sup>7</sup> “Art. 21. Aberta a sessão, o juiz togado ou leigo, esclarecerá às partes presentes sobre as vantagens da conciliação mostrando-lhes os riscos e as consequências do litígio, especialmente quanto ao disposto no § 3º do art. 3º desta lei.”

<sup>8</sup> “Art. 22. A conciliação será conduzida pelo juiz togado ou leigo ou por conciliador sob sua orientação. **Parágrafo único:** Obtida a conciliação, esta será reduzida a escrito e homologada pelo juiz togado, mediante sentença e com eficácia de título executivo.”

manifesto de Derek Book (dirigido a essa mesma universidade) sobre o ensino jurídico no país, surgiu a proposição no sentido de que as faculdades de Direito orientassem os alunos para as práticas da conciliação, dando origem assim à **ADR** – “*Alternative Dispute Resolution*” (VAZ, 2016).

Ainda, nos EUA, existem inúmeras empresas de arbitragem, normalmente constituídas por juízes aposentados, que vestem togas, procedem inquirições de testemunhas sob juramento e sob o princípio do contraditório, ou seja, vestem-se como juízes, agem como juízes, decidem como juízes, mas na verdade não são mais juízes (VAZ, 2016). Esse exemplo demonstra o elevado grau de importância que é dispensada pela sociedade americana ao método alternativo de resolução de conflitos.

Na Europa, a valorização dos métodos alternativos de composição de conflitos iniciou-se oficialmente por meio da edição da Diretiva 2008/52/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2008. Essa diretiva atribui a cada Estado-membro da Europa a implementação dos mecanismos de resolução alternativa de conflitos. Nesse sentido, editou-se a Recomendação 98/257/CE, que regulamenta os procedimentos extrajudiciais dos métodos alternativos de composição de conflitos, com base na intervenção de um mediador, sobretudo em face da desproporção dos custos da justiça contenciosa (VAZ, 2016).

Os institutos da conciliação e da mediação foram instituídos em quase todos os países do continente europeu, principalmente a mediação, que se tornou obrigatória em muitos deles, como é o caso da Itália e Inglaterra.

Na França, após uma “batalha” de meio século para modernização dos métodos processuais, a solução veio de dois modos: a tarefa de conciliar as partes foi atribuída ao juiz; e a figura do conciliador foi instituída em todos os órgãos judiciais. O instituto da mediação foi introduzido no Direito Francês por meio da Lei n. 95.125/25, de 8 de fevereiro de 1995 (Decreto n. 96.652, de 1996), que dispõe sobre a organização dos tribunais e sobre o processo civil. As partes que demonstrarem interesse podem recorrer ao instituto da mediação em todas as áreas do Direito, com exceção das questões relacionadas à ordem pública (VAZ, 2016).

A França não possui sistema de juizado de pequenas causas; existe a figura do conciliador de vizinhança, instituída em 1977, que é remanescente do “juge de paix”, procedimento que foi extinto em 1958. Nesse mecanismo, são os vizinhos que exercem as

atribuições para promoção de conciliação, assessoramento e aconselhamento, sem previsão de recebimento de qualquer remuneração. Essa forma de conciliação possui competência ampla, com exceção das questões sobre estado civil das pessoas e de questões que envolvem o particular e o Estado (ABREU, 2008).

Na Itália, com o advento do D.L. n. 69, de 21.06.2013 (convertido na Lei n. 98, de 9.8.2013), houve alteração substancial na disciplina de mediação, tornando-se esta obrigatória, ou seja, condição para o ingresso de ações, em juízo, em quase todas as áreas do Direito. Ainda, cabe consignar, sobre os meios de resolução de conflitos, que foram criados órgãos que compõem o Poder Judiciário, o “*Preture*” e o “*Conciliatori*”, mecanismos que constituem as pretorias e os conciliadores. Na Itália, o pretor passou a exercer a jurisdição, enquanto os conciliadores, que são juízes, passaram a atuar em causas de menor expressão. A competência de cada função é estabelecida em razão do valor da causa e da matéria. As reclamações trabalhistas e previdenciárias são atribuídas exclusivamente aos pretores. As questões relacionadas ao direito de vizinhança, geralmente são destinados aos conciliadores (ABREU, 2008).

Na Espanha, a normatização da mediação ocorreu com a aprovação do “Real Decreto-Ley” n. 5, de 6 de julho de 2012, com a proposta de transposição ao Direito Espanhol da Diretiva 2008/52/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2008. A mediação espanhola está articulada em três eixos: 1 – desjudicialização dos assuntos do seu âmbito de aplicação, com o fim de reduzir a carga de trabalho do Judiciário; 2 – deslegalização ou perda de protagonismo da lei em favor do princípio dispositivo e da vontade das partes; 3 – flexibilização do conteúdo dos acordos de mediação, com o objetivo de alcançar soluções menos traumáticas que as dos processos de natureza judicial (VAZ, 2016).

Na Inglaterra, os acordos constituem um meio comum de composição de litígios entre as partes, pois vigora o princípio de ampla liberdade para a composição consensual dos conflitos. Em 1988, foram introduzidas novas regras sobre o procedimento civil no ordenamento jurídico inglês. Surgiram as denominadas “*Civil Process Rules*” (CPR), cujo objetivo era prover as cortes de justiça com poderes para lidar com as causas de modo adequado e justo. As “*Civil Process Rules*” (CPR) não estabelecem que o juiz incentive as partes a optar pelos meios alternativos de resolução de conflitos, mas faculta a estas a escolha

do procedimento alternativo, antes de jurisdicionar a causa. Desde a implantação desse sistema, reduziu-se consideravelmente o número de ações que tramitavam no sistema judiciário inglês (VAZ, 2016).

Existem duas modalidades de juizados de pequenas causas na Inglaterra, um oficial e outro não oficializado. Este último é consensual e de procedimento simplificado, tendo como julgador um advogado que não percebe remuneração para o exercício da função. O oficial tem competência limitada a 100 libras esterlinas. Esse modelo caracteriza-se, ainda, pela prevalência de solução por arbitragem, possibilidade de representação por advogados, possibilidade de produção da prova pericial e observância dos princípios da informalidade e da concentração dos atos processuais (ABREU, 2008).

Portugal, a exemplo dos demais países da Europa, avançou significativamente no que tange à promoção de alternativas de acesso à justiça e à formulação de métodos de resolução de conflitos. Em 19 de abril de 2013, publicou-se a Lei n. 29/2013 (Lei da Mediação), que dispõe, em seu arcabouço, princípios gerais aplicáveis à mediação celebrada nesse país. Criaram-se disposições jurídicas de mediação comercial e civil, com diretrizes aos mediadores, e da mediação pública. Atualmente essa legislação é aplicada em todo o território português, independentemente da natureza do litígio que constitui o objeto de mediação. Isso veio a possibilitar a unificação de diplomas que outrora encontravam-se dispersos na legislação portuguesa (LIMA; BENEVIDES, 2017, p. 9).

Demonstra-se assim que, apesar de algumas divergências quanto às características e procedimentos, os países do continente americano e europeu adotaram judicial ou extrajudicialmente os métodos não adversariais de resolução de conflitos, cujos modelos servem de exemplo àqueles países que não conceberam a importância dos métodos alternativos de resolução de conflitos.

## **8 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O aumento significativo do ingresso de ações em juízo, em face dos direitos inseridos na Carta Magna atual, resultou na busca de alternativas com vistas a desafogar o Poder Judiciário e promover a busca da pacificação social. Isto é, além de complementar o acesso à justiça ao cidadão, para satisfazer as pretensões de reconhecimento de novos direitos, havia

necessidade de atender aos anseios das classes desfavorecidas que não tinham como postular seus direitos. Surgiram os métodos alternativos de composição de conflitos, que foram implementados inicialmente no âmbito extrajudicial e foram posteriormente oficializados pela legislação em vigor como parte do sistema jurídico brasileiro.

Em nosso sistema, prevalece a opção pelos meios judiciais, pois a sociedade ainda possui certa desconfiança quanto à eficácia e garantia dos métodos não adversariais de resolução de conflitos. Entretanto, com o aperfeiçoamento desses meios na legislação processual, pugna-se pela modificação da cultura do litígio, para que os métodos alternativos de resolução de conflitos adquiram plena eficácia e, pelo menos, amenizem os efeitos nocivos da judicialização excessiva dos litígios.

Essa transformação passa pelo abandono das práticas em que se prioriza a solenidade (com conseqüente morosidade na tramitação de ações) e pela instauração de uma cultura da composição de acordos, através de qualquer dos meios alternativos de resolução de conflitos. O Brasil possui eficazes legislações que privilegiam esses meios, como as leis de mediação e de arbitragem, resoluções do Conselho Nacional de Justiça, leis dos juizados especiais (estadual e federal), além do próprio Código de Processo Civil em vigor. Esses instrumentos dão eficiente suporte para a promoção de uma cultura de composições amigáveis.

## **THE PLACE OF CONCILIATION AND MEDIATION IN SEARCH OF THE LEGITIMATE RIGHT TO ACCESS TO JUSTICE IN THE POST-MODERNITY**

Volnei Celso Tomazini  
Maykon Fagundes Machado

### **ABSTRACT**

The present research aims to analyze the place of conciliation and mediation in postmodernity, especially in the search for an effective access to justice. As a general objective, it is intended to highlight the main categories on the subject, bringing to the reader the knowledge of such approaches of unimportant relevance, aiming, above all, the awareness of a culture of the consensus of real effectiveness. As a specific objective, through a bibliographical and historical analysis, it is also intended to verify the potential advances in

other countries on the topic under discussion, in order to elaborate a comparative analysis with the Brazilian reality, highlighting the advances of the current Code of Civil Procedure that emerged as a landmark of excellent contribution to the culture of dialogue. Something that is of paramount importance today, considering the excessive demand that the Brazilian Judiciary Power has faced in recent years. In summary, it was noted that although Brazil is a reference in the number of new methods dealing with conflict resolution, there is still an inevitable estrangement of the citizen from these mechanisms, as the culture of litigation is rooted in citizen conception, is also cumulated with the feeling of ineffectiveness of the jurisdiction of the Judiciary. However, the significant importance of alternative dispute resolution methods is emphasized, and it is expected that they will be fully adequate to the Society's aspirations.

**Keywords:** Conciliation. Mediation. Access to justice. Postmodernity.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à justiça e juizados especiais:** o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 168.

ALLAND, Denis; RIALS, Stéfhane. **Dicionário da cultura jurídica.** Tradução Ivone Castilho Benedetti. Revisão técnica Márcia Villares de Freitas. São Paulo: MF Martins Fontes, 2012. p. 1169-1170.

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

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na pós-modernidade:** reflexões frankfurtianas. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem:** resolução CNJ 125/2010 (e respetiva emenda de 31 de janeiro de 2013): mediação e conciliação. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n. 125**, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 4 set. 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves Alfredo; MOURA, Grégore Moreira. A Conciliação como elemento do direito fraterno: por uma jurisconstrução fraterna. **Publicações da Escola da AGU**.v. 9, n. 4, 2017. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/2008>>. Acesso em: 4 set. 2018.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação: ADRS: meditação: conciliação e arbitragem**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

JARROSSON, Charles. **Dicionário da Cultura Jurídica**. Organização Denis Alland e Stéfane Rials. Tradução Ivone Castilho Benedetti. Revisão técnica Márcia Villares de Freitas. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

LIMA, Leandro Rigueira Rennó. **Arbitragem: uma análise da fase pré-arbitral**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

LIMA, Ticiani Garbellini Barbosa; BENEVIDES, Jonatas Ribeiro. O desafio do acesso à justiça no brasil e a comparação no direito português. **Jus Populis**, v. 1, n. 3, 2018.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed. São Paulo: Método, 2016.

VAZ, Paulo Afonso Brum. Juizado especial federal: contributo para um modelo democrático de justiça conciliativa. **Portal de Publicações do CEJ**, v. 21, 2016. Disponível em: <<https://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/mono/issue/view/130>>. Acesso em: 4 set. 2018.

WARAT, Luís Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001.