**1. AS FORMAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO**

A fim de proporcionar melhor compreensão acerca do tema, com vistas ao foco principal do presente estudo, que é a mediação, necessário se faz estabelecer as diferenças conceituais entre as várias formas de solução de conflitos e seus aspectos gerais.

* 1. **O Conflito Como Fonte Geradora do Processo Judicial**

Antes de adentrar no assunto de conflito como fonte geradora do processo judicial, faz-se necessário saber o que é o conflito. Segundo Douglas Yarn (1999 p. 113) “O conflito pode ser definido como um processo ou estado em que duas ou mais pessoas divergem em razão de metas, interesses ou objetivos individuais percebidos como mutuamente incompatíveis”

Portanto, entende-se que o conflito se trata do desentendimento de duas ou mais pessoas quanto a algum assunto em comum ou, ainda, a objetivos individuais, mas que aconteça de ter participação direta ou indireta de terceiros.

É uma condição de concorrência, onde as partes ficam conscientes da incompatibilidade de futuras disposições possíveis, e na qual cada uma delas ambiciona tomar uma posição incompatível com os anseios da outra.

Cada pessoa tem a sua precisão e procura a sua satisfação. Acontece que muitas vezes a procura por essa satisfação se dá por meio de um bem, afrontando o interesse de outrem, pois os bens são limitados. Conforme orientação de Schnitman:

[...] os conflitos são inerentes à vida humana, pois as pessoas são diferentes, possuem descrições pessoais e particulares de sua realidade e, por conseguinte, expõem pontos de vista distintos, muitas vezes colidentes. A forma de dispor tais conflitos mostra-se como questão fundamental quando se pensa em estabelecer harmonia nas relações cotidianas. Pode-se dizer que os conflitos ocorrem quando ao menos duas partes independentes percebem seus objetivos como incompatíveis; por conseguinte, descobrem a necessidade de interferência de outra parte para alcançar suas metas. (1999, p. 170):

Em tese, bastaria uma conversa entre os envolvidos, para que o conflito fosse resolvido. Contudo, muitas vezes isso não acontece, e depois de não conseguirem resolver pacificamente sobre o problema, passam a recorrer ao judiciário para ter uma solução para o problema.

Para que se tenha um processo judicial, é necessário que a parte autora tenha alguma pretensão. Na maioria das vezes, os processos são ajuizados sob o argumento de que a parte promovente teve algum direito negado ou mesmo ferido.

Muitos dos processos judiciais são protocolizados para que o Magistrado sentencie, resolvendo a lide por meio de sentença judicial. Contudo, quando um terceiro imparcial profere um parecer de mérito, o mesmo só agradará a uma das partes, embora ambas as partes acreditem que estão certas quanto a lide. Apesar de resolver a questão trazida ao judiciário, não ficou resolvido o conflito.

* 1. **A Resolução Convencional de Demandas e o Princípio do Acesso à Justiça.**

Em caráter geral, os conflitos são resolvidos através de sentença de mérito, proferida por juiz competente da vara em que tramita o processo. O procedimento judicial é moroso, mesmo tramitando através do rito sumário ou sumaríssimo, em processos que tramitaram durante a vigência do antigo Código de Processo Civil. Com a vigência do Novo Código Processual Civil, houve modificação quanto aos ritos, mas a questão da demora não foi totalmente modificada.

São necessários meses de espera até a sentença, audiências de conciliação e instrução e julgamento, múltiplas acusações e em várias destas, muitas das vezes falaciosas.

Esquematicamente, o procedimento judicial passa por vários pontos, partindo do protocolo inicial que contendo todas as alegações, fundamentos e provas do autor; a defesa do réu; a réplica do reclamante; possibilidade de produção de provas; audiência de conciliação (caso as partes queiram); audiência de instrução e julgamento (caso necessário a oitiva de testemunhas) e por fim as alegações finais. Só após os pontos acima elencados, bem como de outros, como provas periciais, diligências, etc., é que o juiz irá proferir sentença de mérito, apontando qual das partes terá seu direito garantido.

Vê-se claramente que o procedimento convencional ocasiona desgastes as partes, tanto financeira quanto psicológica, pelo aumento da raiva que sentem uma pela outra, como da ansiedade para saber quem irá vencer a disputa. Ao final, após a sentença, é resolvido apenas o mérito da causa, relativo ao direito apontado pelas partes, mas o conflito que vai além dos valores questionados ou obrigações a serem cumpridas acaba na maioria das vezes, aumentando ainda mais, ou no mínimo, o rancor continua.

A legislação brasileira vem sendo modificada, a fim de proporcionar uma maior facilidade para que a sociedade consiga resolver seus conflitos, seja na esfera judicial, seja na extrajudicial. Tal feito, além de ajudar a própria sociedade, acaba por ajudar o Estado, já que quanto antes os conflitos forem resolvidos, bem como quanto menos se utilize da máquina judiciária, menores são os gastos para manter a sociedade em bom convívio e diminuem os desgastes. Tudo isto porque o Estado deve observar o direito que o cidadão tem de buscar a tutela jurisdicional por um direito que entende lesado, respaldando no princípio do acesso à justiça, que serve como base garantidora de toda a sociedade, explanando que todos têm direito à Justiça e está previsto no artigo 5º da Constituição da República, inciso XXXV:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Através da leitura do referido artigo, percebe-se que a todos é dado o direito de acesso à Justiça e de recorrer ao judiciário para fazer valer seus direitos, ou ao menos para questionar. A importância deste princípio também está prevista na Declaração Universal dos Direitos Humanos: “VIII: Todo homem tem direito a receber, dos tribunais nacionais competentes, remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei. ”

A Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecido como Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, no artigo 8.1, também ratifica este direito, uma vez que:

Toda pessoa tem o direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

A legislação garante o acesso à justiça, como já exposto, não só na Constituição da República de 1988, bem como em Convenções Internacionais, em observância ao artigo 5º, §2º da Constituição Federal do Brasil, que determina que “[...] § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. ”

Isto só ressalta um direito de suma importância, inerente a pessoa e de livre acesso à toda a sociedade. Como exemplo da garantia Constitucional do princípio citado, segue uma jurisprudência sobre o princípio do acesso à Justiça:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INDEFERIMENTO DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA PELO JUÍZO AQUO. GARANTIA CONSTITUCIONAL DE ACESSO À JUSTIÇA. RÉU QUE COMPROVA FAZER JUS AO BENEFÍCIO DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA. RECURSO QUE SE DÁ PROVIMENTO NOS TERMOS DO § 1º -A do art. 557 CPC.(TJ-RJ - AI: 00072786220148190000 RJ 0007278-62.2014.8.19.0000, Relator: DES. PLINIO PINTO COELHO FILHO, Data de Julgamento: 19/03/2014, DÉCIMA QUARTA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 24/03/2014 00:00)

A decisão acima transcrita advém de agravo de instrumento protocolizado junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o qual tratava de indeferimento de pedido de assistência judiciária. O Egrégio Desembargador Plinio Pinto Coelho Filho manifestou no sentido de que o Judiciário não pode negar o acesso à Justiça a um cidadão que não consegue arcar com as custas processuais, deferindo então o pedido de assistência judiciária da agravante.

**1.3 Os Avanços da Legislação na Composição do Conflito.**

É do conhecimento de todos que as relações interpessoais são permeadas de conflitos e, pela própria dinâmica da sociedade, as pessoas desenvolvem interesses, desejos e emoções diversas que saem do âmbito pessoal e refletem nas relações sociais, provocando atritos. Estes conflitos podem resultar em menor gravidade ou maior gravidade, quando não solucionados de forma a pacificar as relações. Em última hipótese, até mesmo o cometimento de crimes. Assim, é preciso preservas estas relações e criar mecanismos de soluções de conflitos que venham a pacificar os ânimos sociais.

Diante das insatisfações geradas pelo sistema processual, já que as partes, para evitar uma demanda mais demorada, se submetem a acordos nem sempre satisfatórios, o Poder Judiciário passou a rever outras maneiras que pudessem auxiliar nas questões de conflitos e estabeleceu uma Política Pública de Solução de Conflitos, que oferecem maiores possibilidades de satisfação aos usuários da justiça, com o mínimo possível de desgaste ao Estado e às partes, uma vez que o escopo social mais elevado das atividades jurídicas do Estado é harmonizar a sociedade mediante critérios justos e, ao mesmo tempo, apregoa-se uma “tendência quanto aos escopos do processo e do exercício da jurisdição que é o abandono de fórmulas exclusivamente positivadas”. (DINAMARCO, 2000, p. 157).

Com isso foram elaboradas diversas práticas para composição de conflitos, o que sem dúvidas, geraram um grande avanço para a sociedade e para o Judiciário, como um todo, já que possibilita ao menos em tese a diminuição do volume processual, a morosidade processual e o desgaste emocional e econômico.

**1.3.1 Arbitragem- Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**

A arbitragem é uma instituição moderna às relações sociais onde as partes se debelam ao julgamento e solução de sua lide a um terceiro que na maioria das vezes são peritos no assunto de que se trata, e assim sendo podem então oferecer de maneira técnica e legal a mais perfeita solução para cada lide, que deve ser atendida pelas partes.

O artigo 1º da Lei da Arbitragem aponta que “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. ”

Ou seja, todos que podem ter a capacidade de contratar, poderão utilizar da arbitragem para resolver conflitos relativos ao negócio realizado.

Logo após a promulgação da referida Lei, foi questionada sua constitucionalidade, neste sentido, Nilton César Antunes da Costa disserta que:

(...) é indubitável a constitucionalidade da Lei nº 9.307/96, o que se justifica pelas razões sucintamente lançadas: a) desmistificação do monopólio estatal da jurisdição, que também se estende ao(s) árbitro(s); b) autonomia da vontade para acionar ou renunciar a jurisdição estatal (opção do jurisdicionado); c) as partes podem dispor livremente dos bens patrimoniais; d) a própria lei da arbitragem admite em seu bojo mecanismos de intervenção do Poder Judiciário em determinadas circunstâncias, v.g. nulidades, execução forçada, direitos indisponíveis, realização das tutelas de urgência (arts. 22, §§ 2a e 4o, 32, 33 e parágrafos, todos da Lei nº 9.307/96); e) em caso de recalcitrância por parte daquele que contratou a cláusula compromissória, o compromisso da arbitragem deve ser realizado judicialmente (art. 7o). (2002. p. 52).

Após algum tempo de discussão, a Lei da Arbitragem foi confirmada como sendo uma forma legal de resolução de conflitos, resolvendo então que a prática é legal e pode servir como meio de resolução de conflitos.

Superada a questão da legalidade da Lei, passou-se a adentrar em seus conceitos e funções práticas. Segundo Moore (1998, p.23): “A arbitragem é um processo voluntário em que as pessoas em conflito delegam poderes a uma terceira pessoa, de preferência especialista na matéria, imparcial e neutra, para decidir por elas o litígio”.

A arbitragem é método de soluções de conflito em que um terceiro neutro alheio ao conflito das partes conhecido como juiz arbitral decide sobre a lide. Este terceiro é uma pessoa comum com treinamento específico e, após a análise das provas dos autos, profere a sentença arbitral.

A arbitragem possui benefícios equivalentes à mediação e conciliação. Uma das mais convencionais vantagens é a celeridade. Por exemplo, o prazo para a decisão não é fixo, porém, se não acordarem nesse sentido a própria lei estabelece prazo máximo de 180 dias, conforme artigo 23 da Lei. Além da celeridade, tem-se a confidencialidade. O conflito conduzido à arbitragem não tem divulgação, os documentos e os ocorrências de interesse apenas das partes não são publicados.

 Este método tem origem anterior à jurisdição pública, no momento em que as partes estabelecem um negócio jurídico elas deliberam acerca do meio de resolução de possível conflito, o qual deverá constar no contrato de que elas optam pelo juiz arbitral. Em geral, o árbitro é eleito pelas partes ou indicado pela Câmara Arbitral de preferência que tenha um grande conhecimento sobre o assunto tratado para não comprometer a arbitragem, mas não exige que tenha formação em direito, podendo ser realizado por qualquer pessoa que tenha a confiança das partes. Esta modalidade pode ou não ser gratuita, e a única requisição é que seja em uma quantidade ímpar, para que não se tenha problemas empate quanto as decisões.

O papel essencial do terceiro, é o de facilitar o acordo, mesmo que na dinâmica do processo arbitral isso sempre seja presumível e recomendável, mas o de obter as provas, argumentos e deliberar mediante laudo ou sentença arbitral irrecorrível. A decisão proferida pelo árbitro dá fim ao processo, tendo em vista que, a partir do momento em que as mesmas optam pela via extrajudicial para resolver seu conflito, conjectura-se que elas têm uma fidedigna intenção de cumprir o que lhes foi imposto. Na modalidade da arbitragem é possível verificar a existência de dois tipos de instrumentos arbitrais, a cláusula arbitral e o compromisso arbitral. A cláusula arbitral é o contrato por meio da qual as partes, em um acordo, comprometem-se a submeter à arbitragem, é uma cláusula compromisso, essencialmente escrita, mesmo sendo em forma de pacto, as estipulações perpetradas no contrato precisarão ser fielmente cumpridas, sob pena de execução patrimonial contra o inadimplente. Assim sendo, pela cláusula compromissória, submetem ao julgamento do árbitro conflitos posteriores, que podem surgir do cumprimento ou interpretação das relações jurídicas constituídas por contrato.

Já o compromisso arbitral é empregado para se eleger a arbitragem como meio distinto de solução de conflito. Ao oposto da cláusula compromissória, que é escrita antes do início de um conflito, o compromisso arbitral é redigido após o surgimento do mesmo.

O compromisso arbitral é o veículo do juízo arbitral. É o negócio jurídico por meio do qual as partes em litígio se submetem à decisão de um ou mais árbitros, sobre suas controvérsias. É o ato pelo qual as partes em dissídio resolvem constituir o juízo arbitral, fixando-lhe o objeto, e escolhem o árbitro. Por ele as partes se comprometem a acatar o decidido. (FUTADO; BULOS, 1998, p. 49)

Em ambos os casos, fica fundado o tempo determinado de seis meses para que fique pronunciada a sentença arbitral de acordo com o Art. 23 da Lei 9307/96: “A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro. ”

Isto é importante porque procura dar uma resposta rápida aos anseios das partes, não demorando no provimento da tutela. Porém, é preciso observar os São requisitos da Sentença Arbitral, os mesmos elementos essenciais da sentença judicial, preleciona o artigo 26 da Lei de Arbitragem:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes e um resumo do litígio;

II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade;

III - o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e

IV - a data e o lugar em que foi proferida.

Parágrafo único. A sentença arbitral será assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros. Caberá ao presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato.

É importante que sempre se respeite os requisitos da sentença arbitral, visto que tais pontos irão confirmar que tal decisão preenche os fundamentos legais, sob pena de nulidade da sentença proferida, conforme o artigo 32, inciso III da Lei de Arbitragem.

Não há empecilho para que a sociedade se auxilie em alternativas menos onerosas e mais ágeis como a arbitragem, podendo sempre que necessário, apelar ao Poder Público para juramentar os vencidos a cumprirem a decisão proferida.

Na arbitragem não há previsibilidade de recurso. Com restrição é admissível embargos de protestação na própria arbitragem, que carecerá de ser estimado pelo próprio magistrado e deverá ser interposto no tempo determinado de cinco dias úteis a partir do conhecimento das partes. Este instrumento é aplicável nas ocorrências de obscuridade, incoerência ou omissão.  Além das interdições de declaração é plausível a ação anulatória no prazo de 90 dias, onde o magistrado analisará exclusivamente nulidades, e caso seja admitida a nulidade de arbitragem precisará ser novamente realizada.

A único modo de deixar de se usar a arbitragem e ir para o Judiciário, e é por deliberação das partes que deverão abdicar-se da arbitragem. Assim a arbitragem pressupõe a livre opção das partes (autonomia da vontade) por meio de uma convenção de arbitragem. Firmada a convenção de arbitragem, as partes ficam irrevogavelmente vinculadas à jurisdição arbitral especializada na administração desse procedimento.

A arbitragem se revela no meio adequado de solução de controvérsias que versam sobre direitos patrimoniais disponíveis. Ocorre por intermédio da decisão de uma ou mais pessoas detentoras de poder advindo de uma convenção privada, ocorrendo sem intervenção do poder estatal, não obstante a eficácia de suas decisões ser a mesma da sentença judicial. (CARMONA, 2009, p. 63).

A arbitragem, que antes era facultativa, foi incorporada pelo Estado que constituiu normas e procedimentos para o exercício de sua função jurisdicional. Através dessa função, Humberto Theodoro Júnior afirma:

Estado dá solução aos litígios, que são conflitos de interesse caracterizados por pretensões resistidas, tendo como objetivo imediato a aplicação da lei ao caso concreto apresentado e, como missão mediata, restabelecer a paz entre os particulares e, com isso, manter a da sociedade. (2012, p.08)

A arbitragem nasce para desafogar o Judiciário, e ao mesmo tempo, consente às partes a utilização de uma justiça alternativa, evitando a demora no término dos conflitos instaurados na Justiça comum e dos diversos recursos e graus recursais existentes no sistema. O Judiciário tem interpretado a cláusula arbitral como sendo uma simples promessa de constituir o juízo arbitral.

**1.3.2 Negociação**

Desde as primeiras civilizações, o homem vem estabelecendo relações comerciais, negociando o que faz parte de suas necessidades, e com o passar do tempo, a negociação passou a ser instrumento de ganhos. Segundo Vezzula (2001-a, p.82) a negociação “trata-se do diálogo direto entre as partes envolvidas num problema, com o intuito de falar sobre ele e procurar uma solução através de um trabalho criativo e cooperativo que deverá culminar num acordo mutuamente conveniente”.

A negociação é o início do processo alternativo de dissolução de um conflito, porque nela não é necessária a intercessão de uma terceira pessoa. As pessoas chegam em uma “solução” somente com o diálogo, negociam com escambo de vantagens, arrefecimento de perdas, aproveitam oportunidades e posições de conforto e, caso o entendimento seja obstruído, pode ser perpetrada com a ajuda de um terceiro que as represente.

Os métodos que ainda apresentem a negociação como embasamento, consagram a participação de facilitadores que amparam as partes a alcançar o estágio vitorioso das negociações e a aproximar-se do acordo e que são a mediação, a conciliação e as distintas combinações desses processos.

A Negociação tem como ponto principal a vontade cooperativa das partes, pois não tem por objetivo eliminar, excluir ou derrotar a outra parte. Por isso, pode ser considerada como benéfica às partes, mais eficaz e radical para solução de quaisquer problemas, pois resguarda a autoria e a autenticidade dos negociadores de seus próprios conflitos, não havendo nada mais apropriado e moroso do que uma solução auto negociada.

Por fim, a negociação é a forma de recurso de um litígio pelas competentes partes, pela via do diálogo direto, sem a participação de um terceiro. O bom emprego deste método não demanda tempo ou matéria específica. Advém sempre que se prognostica um conflito de ordem jurídica ou moral, pretexto pelo qual geralmente precipita outras formas de resolução de conflitos.

**1.3.3 Prática Restaurativa**

O conceito de Práticas Restaurativas tem sua origem na Justiça Restaurativa. Uso das Práticas Restaurativas Proativo/preventivo constrói relacionamentos, conexões entre indivíduos, confiança, compreensão mútua, valores compartilhados e comportamentos que unem e tornam uma ação cooperativa possível. Reativo/responsivo usadas como uma resposta ao crime e a transgressões – restaura relacionamentos e repara danos.

Pode-se dizer, então, que elas são diferentes ferramentas que possibilitam um espaço de diálogo, contribuindo de forma efetiva para a reparação de danos, restauração de vínculos, promoção de responsabilizações, permitindo integração e pacificação comunitária.

Em geral, elas pedem a intervenção de facilitadores ou mediadores (conforme a prática a ser utilizada). Observa-se assim, que estes podem ser profissionais de diversas áreas ou pessoas da própria comunidade onde ocorre o conflito, mas todos precisam ser capacitados para desempenhar esse papel, de maneira justa e imparcial.

**1.3.4 Métodos Auto Compositivos na Solução de Conflitos**

Afeiçoa-se qualificar o tratamento jurídico do conflito de acordo com os sujeitos que resolvem a controvérsia. Ou seja, há a composição heterocompositiva (terceiro) e a autocompositiva (as próprias partes). Nesse sentido a classificação tem relação com o procedimento de análise, por exemplo, a arbitragem se apresenta como heterocompositiva e consensual.

Pode-se conceituar os métodos como de natureza autocompositiva e heterocompositiva, cujo de natureza autocompositiva “são aquelas em que as próprias partes interessadas, com ou sem a colaboração de um terceiro, encontram, através de um consenso, uma maneira de resolver o problema. ” (SANTOS, 2004, p. 14).

O método autocompositivo pode ser compreendido então como o utilizado por pessoas que procuram resolver os problemas resolver os conflitos por conta própria, com ou sem a ajuda de terceiro, que serve como auxiliar e fiscal de toda a negociação.

O método heterocompositivo, por sua vez trata-se de quando “o conflito é administrado por um terceiro, escolhido ou não pelos litigantes, que detém o poder de decidir, sendo a referida decisão vinculativa em relação às partes. ” (SANTOS, 2004, p. 14).

O método heterocompositivo pode ser entendido então como o que tem participação de terceiro que tem poder de decisão, ou seja, que poderá preferir parecer acerca do mérito da causa, e vinculando as partes a tal decisão.

*“*Autocomposição é o gênero do qual são espécies: a)Transação: concessões mútuas; b)Submissãode um à pretensão do outro; reconhecimento da procedência do pedido; c)Renúnciada pretensão deduzida” (DIDIER JR, 2010, p. 93- 97)*.*

A diferença entre autocomposição direta e a assistida está na intervenção de um terceiro indiferente que atue como avaliador ou facilitador da ordem da controvérsia. Na forma direta não há o comparecimento dessa terceira figura no processo resolutivo.

Nessa perspectiva, torna-se apropriado abordar os dois métodos autocompositivos e consensuais mais mencionados na bibliografia jurídica brasileira: mediação e conciliação. Objetiva-se, precipuamente, apontar a identidade e as diferenças entre eles. Conforme Alexandre Araújo Costa, tem-se o seguinte quadro:

Conciliação e mediação são dois termos que sempre são utilizados nas teorias que tratam dos métodos de enfrentamento de conflitos que aqui chamamos de autocomposição mediada. A palavra *mediação* acentua o fato de que a autocomposição não é direta, mas que existe um terceiro que fica “no meio” das partes conflitantes e que atua de forma imparcial. A palavra *conciliação* acentua o objetivo típico desse terceiro, que busca promover o diálogo e o consenso. Assim, para o senso comum, não pareceria estranha a ideia de que o mediador tem como objetivo promover a conciliação, havendo mesmo muitos autores tanto brasileiros como estrangeiros que tratam esses termos como sinônimos. Porém, na tentativa de acentuar as diferenças existentes entre as várias possibilidades de autocomposição mediada, são vários os autores que buscam diferenciar conciliação de mediação, ligando significados diversos a esses termos (COSTA, op. cit., p. 175).

A distinção entre a conciliação e a mediação é a mais importante a ser delineada, uma vez que a confusão entre ambas é bastante frequente. A primeira, diferentemente da última, já está prevista em nosso ordenamento jurídico. Vasconcelos explana sobre a conciliação:

A conciliação é um modelo de mediação focada no acordo. É apropriada para lidar com relações eventuais de consumo e outras relações casuais em que não prevalece o interesse comum de manter um relacionamento, mas apenas o objetivo de equacionar interesses materiais. Muito utilizada, tradicionalmente, junto ao Poder Judiciário, embora quase sempre de modo apenas intuitivo. Como procedimento, a conciliação é mais rápida do que uma mediação transformativa; porém, muito menos eficaz. (2008, p. 39)

A conciliação muito usada junto ao Poder Judiciário, e tem por objetivo central a obtenção de um acordo, com vistas a conciliação, aproximando as partes em um espaço concreto, tendo, porém, como eixo da discussão muito mais as posições do que os interesses e necessidades, uma vez que se refere a situações de ordem meramente material às quais os litigantes querem dar uma solução rápida.

A instauração da prática de autocomposição por meio de mediação foi considerado um avanço para o Judiciário, criando satisfação tanto entre as partes, quando para o Estado, já que tal prática possui a relação custo/benefício consideravelmente positivo, já que desafoga o sistema judiciário por resolução e arquivamento rápido de processos, como a tramitação do procedimento pela via extrajudicial, onde há menos gastos e economiza tempo.

A Conciliação consiste na técnica de promover juntamente com o conciliador um ambiente propício para atingir o acordo, Bacellar:

A conciliação é um processo técnico pertencente à forma autocompositiva, que apresenta formato consensual para resolução do conflito, extinguindo-o mediante consolidação de um acordo. Para tal, um terceiro imparcial por intermédio de perguntas, propostas e sugestões, orienta e auxilia as partes a encontrar soluções que possam atender aos seus interesses. (2012, p. 69)

O papel do conciliador é bastante mais ativo, com a particularidade de que exerce uma autoridade hierárquica, toma iniciativas, faz recomendações, advertências e apresenta sugestões, podendo até mesmo induzir as partes a chegarem a determinado acordo para que a decisão seja mais rápida, inclusive opinando sobre o conflito, fazendo ponderações e tentando convencer as partes a resolver o conflito, o conciliador chega a falar às partes que abram mão de determinadas coisas para conseguir resolver o problema como um todo.

A utilização da conciliação ou da mediação dependerá da adequação à natureza do litígio, não havendo falar em instituto melhor ou pior. E nos casos de família, tendo em vista ser a mediação mecanismo de alcance mais profundo aos anseios e interesses das partes, objetivando a transformação dos conflitos e a responsabilização das partes pelas decisões tomadas, parece ser esta a via mais adequada.