



Assembleia Legislativa do Estado do Ceará

MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM: TEORIA E PRÁTICA VOLUME 1



Comissão Especial de Mediação,
Conciliação e Arbitragem

Maria Darlene Braga Araújo Monteiro
Maria do Carmo Barros
(organizadoras)

MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM: teoria e prática

VOLUME 1



**Assembleia Legislativa
do Estado do Ceará**

Instituto de Estudos e Pesquisas sobre o
Desenvolvimento do Estado do Ceará

Fortaleza - Ceará
2018

Copyright - © 2018 by INESP

Coordenação Editorial
Thiago Campêlo Nogueira

Assistente Editorial
Andréa Melo

Projeto Gráfico, Diagramação, e Capa.
Mário Giffoni

Coordenação de Impressão
Ernandes do Carmo

Impressão e Acabamento
Inesp

Edição Institucional da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará
VENDA E PROMOÇÃO PESSOAL PROIBIDAS

Catalogado por Daniele Sousa do Nascimento

M489

Mediação, conciliação e arbitragem: teoria e prática / (organizadoras),
Maria Darlene Braga Araújo Monteiro, Maria do Carmo Barros. –
Fortaleza: INESP, 2018.
2v. (288; 262 p.) ; 29 cm

Conteúdo: v. 1. Teoria Geral / Mediação judicial e o novo CPC / Cultura
e paz / Mediador e o papel do advogado - v. 2. Mediação familiar /
Múltiplas aplicações da mediação / Conciliação / Arbitragem.

ISBN: 978-85-7973-112-9

1. Arbitragem. 2. Mediação e conciliação. I. Monteiro, Maria
Darlene Braga Araújo. II. Barros, Maria do Carmo. III. Ceará.
Assembleia Legislativa. Instituto de Estudos e Pesquisas sobre o
Desenvolvimento do Estado. IV. Título.

CDD 347.918

Permitida a divulgação dos textos contidos neste livro,
desde que citados autores e fontes.

Inesp

Av. Desembargador Moreira, 2807
Ed. Senador César Cals, 1º andar
Dionísio Torres
CEP 60170-900 – Fortaleza - CE - Brasil
Tel: (85)3277.3701 – Fax (85)3277.3707
al.ce.gov.br/inesp
inesp@al.ce.gov.br

Organizadora e Coordenadora

MARIA DARLENE BRAGA ARAÚJO MONTEIRO

Organizadora

MARIA DO CARMO BARROS

MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM: TEORIA E PRÁTICA

VOLUME 1

COLABORADORES

Aléssia Pâmela Bertulêza Santos
Alexsandro Luis Menezes Batista
Alini Bueno dos Santos Taborda
Ana Carolina Duarte Teixeira
Ana Karine P. Cavalcante Miranda
Ana Verônica de Alencar ely
Antônia Sabrina Braga Gonçalves
Betania Moreira de Moraes
Cássia da Silva Souza
Carmen Lázaro Guillamón
Conceição de Maria M. Holanda
Dayane Nayara da Silva Alves
Eva Cristina Franco dos Santos
Gabriela dos Santos Paixão
Gabriela Vitória de Liro Silva
Gabriella Araújo Pimentel
Gabriel Arruda Araújo
Gárdia Rodrigues Silva
Gustavo Henrique de A. Pinheiro
Helena Pérez Beltrán
Homlecia Araujo Ferreira
Iara da Silva Ferrão
Isaac Rodrigues Cunha
Isabela Maia Mesquita Martins
Jeser Abilio de Souza
Jéssica Araújo da Silva
Juliane Nagafugi de Souza Costa

João Delfim de Aguiar Nadaes
João Ricardo F. Fortini Pimentel
José Osmir Fiorelli
Kaline Mariele Sant'Ana Monteiro
Karla Mendonça Andrade
Kely Cristina Saraiva Teles Magalhaes
Letícia Melo dos Santos
Lillian Virgínia Carneiro Gondim
Luana Carvalho de Moraes
Lucas Alencar Pinto
Marcela Cristine A. de Macêdo
Marcus Jiwago Rodrigues Veloso
Maria Darlene Braga Araújo Monteiro
Maria do Carmo Barros
Maria Gorete Costa Nogueira Leal
Mara Lívia Moreira Damasceno
Mônica Carvalho Vasconcelos
Nivea Maria Dutra Pacheco
Raphael F. Castelo Branco Carvalho
Roberta Madeira Quaranta
Silton Batista Lima Bezerra
Sócrates Costa Oliveira
Thayanne Marques Lima
Vanessa Teixeira Campos
Vera Leticia de Oliveira Silva
Zenacleide Costa Nojosa

COMISSÃO EXAMINADORA DOS ARTIGOS

Maria Darlene Braga Araújo Monteiro
Presidente

MEMBROS:

Ana Karine Pessoa Cavalcante Miranda
Ângelo Gutierre Sampaio de Oliveira
Kely Cristina Saraiva Teles Magalhães
Lucas Macedo Lopes
Lucíola Maria de Aquino Cabral
Marcia Maria Vieira de Sá
Marcus Pinto Aguiar
Maria do Carmo Barros
Renan Wanderley Santos Melo
Silton Batista Lima Bezerra

*Os artigos publicados são de inteira responsabilidade de seus autores. As opiniões neles emitidas não exprimem, necessariamente, o ponto de vista da Comissão Examinadora dos Artigos.

APRESENTAÇÃO

Proporcionar um diálogo produtivo de forma cooperativa para solucionar importantes conflitos de relação continuados é imperativo para a manutenção da estabilidade social. A mediação e a conciliação são, então, excelentes saídas, como sendo os meios de superar dificuldades, por visarem prestar assistência às partes na resolução dessas questões.

Os métodos tratados, nos volumes dessa coletânea, têm se mostrado como modelos de conduta adequados e eficazes, pois trabalham no sentido de avaliar os interesses e necessidades comuns entre as partes e encontrar a solução ideal para o fim dos conflitos, agregando benefícios que vão além dos trazidos pela simples finalização do processo judicial.

A Assembléia Legislativa do Estado do Ceará, por meio de seu Instituto de Estudos e Pesquisas sobre o Desenvolvimento do Estado do Ceará – Inesp, agora, se unem à Comissão de Mediação, Conciliação e Arbitragem da Ordem dos Advogados do Brasil - Ceará, para, com satisfação, disponibilizar esta publicação para leitores profissionais da área do Direito, assim como para os leitores que compõem a sociedade civil interessados pelo tema, significando um instrumento que colabora com o rompimento das barreiras que os trâmites litigiosos imputam aos processos.

Deputado José Albuquerque

Presidente da Assembleia Legislativa do Ceará

PREFÁCIO

O

judiciais.

s artigos que compõem esta coletânea são frutos de uma criteriosa e exitosa seleção, os quais merecem destaque por seu conteúdo legítimo; e, sobremaneira, porque o novo Código de Processo Civil determina a inclusão da mediação e conciliação como etapa inicial dos processos

A importância de se aumentar a discussão sobre esses métodos vai além da diminuição dos processos judiciais e alcança benefícios sociais já comprovados.

A Assembleia Legislativa do Estado do Ceará, por meio do Instituto de Estudos e Pesquisas sobre o Desenvolvimento do Estado do Ceará - Inesp, reforçando seu dever de divulgar pesquisas, visões de mundo e reflexões críticas, têm a honra de apresentar e distribuir esta obra à sociedade cearense.

Thiago Campêlo Nogueira
Presidente do Inesp

PALAVRA DO PRESIDENTE DA OAB- CE

A coletânea "Mediação, Conciliação e Arbitragem: Teoria e Prática" joga holofotes sobre a importância do tema no Judiciário. Na maioria das vezes, ninguém melhor do que as partes envolvidas em um conflito para se chegar à melhor solução deste.

Com a mediação, resultados são antecipados, ocorrendo menos traumas. Trata-se de um instrumento eficiente para o cidadão e para o profissional da advocacia que acompanha o seu assistido.

No caso da conciliação familiar, por exemplo, é comum vermos laços sendo restabelecidos, famílias sendo reestruturadas. É notória, realmente, a pacificação social ocasionada pela mediação, pela conciliação e pela arbitragem.

Essa energia é muito importante para nós, advogados e advogadas, pois saímos recompensados de várias formas, não só pelos honorários, mas pela satisfação dos nossos clientes.

A Comissão de Mediação, Conciliação e Arbitragem da OAB Ceará, que originou a seleção de artigos e organizou esta publicação, mais uma vez aponta um caminho importante para disseminar a cultura de paz e quebrar paradigmas impostos pela litigiosidade que ainda predomina no Direito.

Marcelo Mota Gurgel do Amaral
Presidente da OAB/CE
(2016 - 2018)

PALAVRA DO PRESIDENTE DA CAACE

O Direito está em constante mudança. E as mudanças mais importantes que atravessam a sociedade são representadas por realizações. Nesse sentido, a coletânea "Mediação, Conciliação e Arbitragem: Teoria e Prática" é um importante subsídio para conceitos e entendimentos da atualidade, através de uma elaborada e completa seleção de artigos.

Presente onde há conflito, a negociação, para ser bem sucedida, utiliza técnicas próprias e específicas que visam neutralizar a lide psicológica onde a ética e o respeito ao outro sejam a tônica e que os interesses das partes possam ser atendidos de maneira satisfatória para ambas.

Desta forma, através de uma técnica multidisciplinar, a coletânea proporciona um vasto aprofundamento na temática, sendo uma excelente maneira para esclarecer as necessidades na atuação do Sistema de Justiça, bem como desenvolver as diversas ações existentes para a solução de conflitos.

A Caixa de Assistência dos Advogados do Ceará apoia a louvável iniciativa da Comissão Especial de Mediação, Conciliação e Arbitragem da OAB Ceará – CEMCA, na pessoa de sua presidente e idealizadora do projeto, Darlene Braga

Importante destacar o excelente nível técnico dos colaboradores que tornaram este trabalho um vasto repertório de conhecimento na área de solução de conflitos.

Com toda a certeza, esta é uma seleta leitura que proporciona um verdadeiro acesso ao aperfeiçoamento dos operadores do Direito.

José Erinaldo Dantas Filho

Presidente da CAACE

(2016 - 2018)

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| PREÂMBULO - Maria Darlene Braga Araújo Monteiro | 21 |
| INTRODUÇÃO - Adolfo Braga Neto | 23 |
| CONHEÇA A CEMCA - OAB/CE (GESTÃO 2016-2018) - Maria Darlene Braga Araújo Monteiro e Marcia Maria Vieira de Sá | 25 |
| PARTE 1 - TEORIA GERAL | 27 |
| A MEDIAÇÃO COMO MEIO DE TRATAMENTO ADEQUADO FRENTE AOS CONFLITOS DA SOCIEDADE COMPLEXA / LA MEDIACIÓN COMO MEDIO DE TRATAMIENTO ADECUADO FRENTE A LOS CONFLICTOS DE LA SOCIEDAD COMPLEJA - Alini Bueno dos Santos Taborda ... | 28 |
| APLICAÇÃO DAS TÉCNICAS DE MEDIAÇÃO PARA CONSTRUIR SOLUÇÕES PACTUADAS E MUTUAMENTE SATISFATÓRIAS / APPLICATION OF MEDIATION TECHNIQUES IN BUILDING NEGOTIATED AND MUTUALLY SATISFACTORY SOLUTIONS - Antonia Sabrina Braga Gonçalves / Mônica Carvalho Vasconcelos | 33 |
| MEDIAÇÃO: A SENSIBILIZAÇÃO NA SOLUÇÃO DO CONFLITO ATRAVÉS DO DIÁLOGO / MEDIACIÓN: LA SENSIBILIZACIÓN EN LA SOLUCIÓN DEL CONFLICTO A TRAVÉS DEL DIÁLOGO - Gabriella Araújo Pimentel | 40 |
| MEDIAÇÃO DE CONFLITOS E TRANSDISCIPLINARIEDADE: POR UM IMPERATIVO DE SUPERAÇÃO À LUZ DA TEORIA DA COMPLEXIDADE / CONFLICT MEDIATION AND TRANSDISCIPLINARITY: MEDIATION OF CONFLICTS IN A CROSS-DISCIPLINARY ENVIRONMENT: TOWARDS AN IMPERATIVE TO OVERCOME IN THE LIGHT OF THE COMPLEXITY THEORY - Kely Cristina Saraiva Teles Magalhães | 47 |
| MEDIACIÓN Y SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: BASES Y FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS / MEDIATION AND JUSTICE ADMINISTRATION SYSTEM: ROMAN LAW FUNDAMENTALS AND BASIS - Carmen Lázaro Guillamón | 56 |
| O "LUGAR" DO CONFLITO NA MEDIAÇÃO: "ENTRE" O IMPÉRIO DA LEI E O IMPÉRIO DA SINGULARIDADE / THE "PLACE" THE CONFLICT IN MEDIATION: "BETWEEN" THE RULE OF LAW AND THE RULE OF SINGULARITY. - Iara da Silva Ferrão | 63 |
| PANORAMA E CONTEXTOS DA RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE DISPUTAS / OVERVIEW AND SETTINGS OF ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION - Silton Batista Lima Bezerra | 69 |
| PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA MEDIACIÓN: ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN DE ESPAÑA Y BRASIL / THE CORE PRINCIPLES OF MEDIATION: ANALYSIS OF LEGISLATION IN SPAIN AND BRAZIL - Helena Pérez Beltrán / Ana Karine Pessoa Cavalcante Miranda | 77 |
| UMA FILOSOFIA E UMA PRAGMÁTICA DA MEDIAÇÃO: O ESPAÇO PARA DIALOGAR COM O OUTRO / A PHILOSOPHY AND A PRAGMATIC VIEW TOWARDS MEDIATION: A PLACE FOR DIALOGUE WITH THE OTHER - Eva Cristina Franco dos Santos / Letícia Melo dos Santos..... | 86 |
| PARTE 2 - MEDIAÇÃO JUDICIAL E O NOVO CPC | 91 |
| ACESSO À JUSTIÇA: OS NOVOS PARADIGMAS TRAZIDOS PELA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS / ACCESS TO JUSTICE: NEW PARADIGMS BROUGHT ABOUT BY THE MEDIATION OF CONFLICTS - Marcus Jiwago Rodrigues Veloso / Mônica Carvalho Vasconcelos | 92 |
| A IMPORTÂNCIA DA MEDIAÇÃO NA DESOBSTRUÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO / THE IMPORTANCE OF MEDIATION IN UNBLOCKING THE JUDICIAL AUTHORITY - Zenacleide Costa Nojosa | 100 |
| A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO PODEM SER APLICADAS NA ATIVIDADE NOTARIAL COMO MEIO DE PROTEÇÃO À PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA? - UMA REFLEXÃO SOBRE O TEMA COM BASE NA DECISÃO DO CNJ EXARADA NA CONSULTA - 0003416-44.2016.2.00.0000. - MEDIATION AND CONCILIATION CAN BE APPLIED IN NOTARIAL ACTIVITY AS A MEANS OF PROTECTION TO REAL ESTATE PROPERTY? - A REFLECTION ON THE SUBJECT BASED ON THE DECISION OF THE CNJ STATED IN THE CONSULTATION - 0003416-44.2016.2.00.0000 - Maria Darlene Braga Araújo | 108 |

| | |
|---|-----|
| A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: BREVES APONTAMENTOS SOBRE OS AVANÇOS E DESAFIOS PARA A REALIZAÇÃO DA VONTADE DO LEGISLADOR / MEDIATION OF CONFLICTS AND THE NEW BRAZILIAN CODE OF CIVIL PROCEDURE: BRIEF NOTES ABOUT THE ADVANCES AND CHALLENGES IN ADDRESSING THE WILL OF THE LEGISLATOR - Vera Leticia de Oliveira Silva / Aléssia Pâmela Bertulêza Santos ... | 124 |
| BREVES NOTAS SOBRE OS OBJETIVOS DO INSTITUTO DA MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO EFICAZ DE COMBATE À MOROSIDADE JUDICIAL / BRIEF NOTES ON THE GOALS OF MEDIATION AS AN EFFECTIVE TOOL TO FIGHT SLUGGISHNESS IN THE JUDICIARY - Roberta Madeira Quaranta / Alexsandro Luis Menezes Batista | 133 |
| CONFLITO ENTRE O NOVO CPC E A LEI DE MEDIAÇÃO: QUAL NORMA APLICAR? / CONFLICT BETWEEN THE NEW CPC AND THE LAW OF MEDIATION: WHICH RULE SHOULD BE APPLIED? - Gabriel Arruda Araújo / Marcela Cristine Albuquerque de Macêdo | 140 |
| MEDIAÇÃO DE CONFLITOS: O ACESSO À JUSTIÇA A PARTIR DA ASSISTÊNCIA JURÍDICA UNIVERSITÁRIA / MEDIATION OF CONFLICTS: ACCESS TO JUSTICE BY THE UNIVERSITY LEGAL COUNSEL - Gárdia Rodrigues Silva | 148 |
| MEDIAÇÃO JUDICIAL: UMA NOVA MODALIDADE DE ACESSO À JUSTIÇA NO PODER JUDICIÁRIO / JUDICIAL MEDIATION: A NEW ACCESS TO JUSTICE MODE IN JUDICIARY - Karla Mendonça Andrade / Líllian Virgínia Carneiro Gondim / Maria do Carmo Barros | 156 |
| MEDIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: VIA JURISDICIONAL COMO MODALIDADE RESIDUAL / MEDIATION OF CONFLICTS: ACCESS TO JUSTICE BY THE UNIVERSITY LEGAL COUNSEL - Juliane Nagafugi de Souza Costa / Gabriela dos Santos Paixão | 162 |
| MEDIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL / MEDIATION IN THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE - Maria Gorete Costa Nogueira Leal..... | 169 |
| O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A MEDIAÇÃO COMO MEIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS / THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE AND MEDIATION AS A MEANS OF RESOLVING CONFLICTS - Dayane Nayara da Silva Alves / Sócrates Costa Oliveira / Gustavo Henrique de Aguiar Pinheiro | 177 |
| O TRATAMENTO ADEQUADO PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E A MEDIAÇÃO JUDICIAL CONSOANTE A LEGISLAÇÃO VIGENTE / THE APPROPRIATE TREATMENT FOR CONFLICT RESOLUTION AND MEDIATION PROCEEDINGS ACCORDING TO THE LEGISLATION IN FORCE - Jéser Abilio de Souza | 182 |
| PARTE 3 - CULTURA DE PAZ | 190 |
| A MEDIAÇÃO E O NOVO TRIBUNAL MULTIPORTAS BRASILEIRO / MEDIATION AND THE NEW BRAZILIAN MULTI OPTION ADR COURT (ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION COURT) - João Ricardo Ferreira Fortini Pimentel | 191 |
| A EFICÁCIA DA MEDIAÇÃO COMO PACIFICADORA SOCIAL: MEDIAÇÃO SOCIAL / THE EFFECTIVENESS OF MEDIATION AS A SOCIAL APPEASEMENT: SOCIAL MEDIATION - Homlecia Araujo Ferreira / Lucas Alencar Pinto / Ana Verônica de Alencar | 199 |
| CENTROS DE MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA DO NUPEMEC-TJ DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO: INSTRUMENTO DE CONSTRUÇÃO PARA UMA CULTURA DE PAZ / COMMUNITY CENTRES MEDIATION OF NUPEMEC - TJ RIO DE JANEIRO STATE: CONSTRUCTION FACILITY FOR A CULTURE OF PEACE - João Delfim de Aguiar Nadaes / Cássia da Silva Souza | 207 |
| ESCOLAS DE MEDIAÇÃO: OS VÁRIOS CAMINHOS PARA OS INDIVÍDUOS CONSTRUÍREM A PAZ / MEDIATION SCHOOLS: THE VARIOUS WAYS FOR INDIVIDUALS BUILD PEACE - Isabela Maia Mesquita Martins | 214 |
| MÉTODOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO: A MEDIAÇÃO COMO MEIO DE PACIFICAÇÃO SOCIAL E FACILITADOR DO ACESSO À JUSTIÇA. / APPROPRIATE METHODS OF CONFLICT RESOLUTION: MEDIATION AS A MEANS TO ACHIEVE SOCIAL PEACE AND THE PROVISION OF ACCESS TO JUSTICE - Nivea Maria Dutra Pacheco | 220 |
| O SISTEMA MÚLTIPORTAS: SUA INFLUÊNCIA NA MUDANÇA PARADIGMÁTICA DE SOLUCIONAR CONFLITOS NO BRASIL/ THE ADR COURT SYSTEM: ITS INFLUENCE ON THE SHIFT IN PARADIGM TO RESOLVE CONFLICTS IN BRAZIL - Gabriela Vitoria de Liro Silva / Vanessa Teixeira Campos / Mônica Carvalho Vasconcelos | 227 |

| | |
|--|------------|
| PARTE 4 - MEDIADOR E O PAPEL DO ADVOGADO | 233 |
| ADVOCACIA E ACESSO À JUSTIÇA: OS MÉTODOS DE SOLUÇÕES DE CONFLITOS NO BRASIL SOB O CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO / ADVOCACY AND ACCESS TO JUSTICE: THE METHODS OF CONFLICT RESOLUTIONS IN BRAZIL IN THE CONTEXT OF GLOBALIZATION - Raphael Franco Castelo Branco Carvalho / Isaac Rodrigues Cunha | 234 |
| ATUAÇÃO DO MEDIADOR E OS MECANISMOS PSICOLÓGICOS DE DEFESA / MEDIATOR PRACTICE AND THE MECHANISMS OF PSYCHOLOGICAL DEFENSE - José Osmir Fiorelli | 243 |
| A ATUAÇÃO DO MEDIADOR À LUZ DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS / THE PERFORMANCE OF THE MEDIATOR IN THE LIGHT OF THE GUIDING PRINCIPLES OF CONFLICT MEDIATION- Thayanne Marques Lima / Mara Livia Moreira Damasceno | 250 |
| A CONCILIAÇÃO, A CAPACITAÇÃO DO CONCILIADOR E O ACESSO À JUSTIÇA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO / CONCILIATION, CONCILIATOR CAPACITY BUILDING AND ACCESS TO JUSTICE IN THE NEW BRAZILIAN CODE OF CIVIL PROCEDURE. - Luana Carvalho de Morais | 256 |
| A RELEVÂNCIA DA CAPACITAÇÃO DO MEDIADOR DE CONFLITOS OFERECIDA PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO / THE RELEVANCE OF CAPACITY BUILDING FOR THE MEDIATOR OF CONFLICTS OFFERED BY THE NATIONAL COUNCIL OF JUSTICE IN THE LIGHT OF THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM - Thayanne Marques Lima / Mara Livia Moreira Damasceno..... | 262 |
| O ADVOGADO-CONCILIADOR E SUA FORMAÇÃO ACADÊMICA EM MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS / THE CONCILIATOR ATTORNEY AND HIS ACADEMIC TRAINING IN APPROPRIATE METHODS OF RESOLVING CONFLICTS - Raphael Franco Castelo Branco Carvalho / Jéssica Araújo da Silva | 271 |
| O PAPEL DO ADVOGADO E AS INFLUÊNCIAS DA LEI 13.140/2015 E DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - CPC NA MEDIAÇÃO COMO FORMA ALTERNATIVA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS / THE ATTORNEY'S ROLE AND THE INFLUENCE OF LAW 13.140/2015 AND THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE – (CPC) IN MEDIATION AS AN ALTERNATIVE MEANS OF CONFLICT RESOLUTION - Betania Moreira de Moraes / Conceição de Maria Mouta Holanda / Kaline Mariele Sant'Ana Monteiro | 279 |

PREÂMBULO

A presente coletânea "Mediação, Conciliação e Arbitragem: Teoria e Prática" é fruto de um Edital de seleção de artigos, de iniciativa da Comissão Especial de Mediação, Conciliação e Arbitragem da OAB Ceará – CEMCA, tendo como objetivo difundir os métodos de solução de conflitos da mediação, conciliação e arbitragem, esperando contribuir para a quebra de paradigmas e preconceitos gerados pelo desconhecimento dos temas, além de esclarecer sobre suas vantagens, campo de aplicação e enfatizar a necessidade de capacitação específica por parte de todos os personagens que atuam no Sistema de Justiça.

A mediação e conciliação é uma realidade que não podemos fugir, até porque o novo Código de Processo Civil determina sua inclusão como etapa inicial dos processos judiciais. Todavia, os trabalhos aqui reunidos demonstram que na esfera extrajudicial, tais mecanismos alcançam resultados comprovados, beneficiando as partes, os profissionais e toda a coletividade que colhem os frutos da solução efetiva do conflito.

A CEMCA – OAB/CE vem desenvolvendo várias ações de esclarecimento dessa temática e hoje está inserida em inúmeros projetos profissionais envolvendo a abertura desse novo mercado de trabalho relacionado a mediação, conciliação e arbitragem. Assim, vem cumprindo a missão de esclarecimento e de aproximação dessa nova realidade para a advocacia.

O velho costume de levar tudo para a Justiça resolver está fora de moda! Vivemos um momento de necessária mudança de mentalidade, rompendo com a postura litigiosa que tradicionalmente circunda as carreiras jurídicas e as pessoas de uma forma geral. A coletânea vem, portanto, trazer esse conhecimento, esse aprofundamento de como funciona a chamada cultura de paz; suas técnicas e as principais polêmicas envolvendo a temática.

A utilização desses métodos de solução de conflitos é uma efetiva contribuição para a melhoria do Sistema de Justiça, uma vez que minimizando a litigiosidade, os processos judiciais tendem a diminuir, o que culminará em maior celeridade para os processos em trâmite no Judiciário.

Durante o processo de seleção de artigos, a CEMCA – OAB/CE recebeu quase 500 trabalhos de profissionais e estudante do Brasil e do exterior o que tornou árdua a tarefa da Comissão de Seleção. Todavia, o cansaço do trabalho cedeu espaço à alegria da qualidade dos artigos enviados, sobretudo, dos que foram selecionados. Nesse volume, constam 34 capítulos, divididos didaticamente em quatro partes: PARTE 1 – TEORIA GERAL; PARTE 2- MEDIAÇÃO JUDICIAL E O NOVO CPC; PARTE 3 - CULTURA DE PAZ; PARTE 4 – MEDIADOR E O PAPEL DO ADVOGADO.

Por fim, destaca-se que o conteúdo variado dos assuntos abordados pelos colaboradores, irá propiciar ao leitor a possibilidade de conhecer diferentes enfoques sobre a temática central da coletânea e, sem sombra de dúvidas, o conteúdo aqui divulgado será fonte de pesquisa fértil para trabalhos acadêmicos e ponto de partida para muitas outras pesquisas e reflexões.

A PARTE 1, destinada a TEORIA GERAL, contém os seguintes capítulos: 1. A mediação como meio de tratamento adequado frente aos conflitos da sociedade complexa; 2. Aplicação das técnicas de mediação para construir soluções pactuadas e mutuamente satisfatórias; 3. Mediação: A sensibilização na solução do conflito através do diálogo; 4. Mediação de conflitos e transdisciplinariedade: por um imperativo de superação à luz da teoria da complexidade; 5. Mediación y sistema de administración de justicia: bases y fundamentos romanísticos; 6. O "lugar" do conflito na mediação: "entre" o império da lei o império da singularidade; 7. Panorama e contextos da resolução alternativa de disputas; 8. Principios informadores de la mediación: análisis de la legislación de Espanha y Brasil; 9. Uma Filosofia e uma Pragmática para a Mediação: O Espaço para dialogar com o outro.

Passando para a PARTE 2 que trata da MEDIAÇÃO JUDICIAL E O NOVO CPC, o leitor poderá conhecer os seguintes temas: 10. Acesso à Justiça: Os novos paradigmas trazidos pela mediação de conflitos; 11. A importância da mediação na desobstrução do Poder Judiciário; 12. A mediação e a conciliação podem ser aplicadas na atividade notarial como meio de proteção à propriedade imobiliária?- uma reflexão sobre o tema com base na decisão do CNJ exarada na consulta - 0003416-44.2016.2.00.0000; 13. A mediação de conflitos no novo Código de Processo civil Brasileiro: breves apontamentos sobre os avanços e desafios para a realização da vontade do legislador; 14. Breves notas sobre os objetivos do instituto da mediação como instrumento eficaz de combate à morosidade judicial; 15. Conflito entre o novo CPC e a Lei de Mediação: qual norma aplicar? 16. Mediação de conflitos: o acesso à justiça a partir da assistência jurídica universitária; 17. Mediação judicial: uma nova modalidade de acesso à justiça no poder judiciário; 18. Mediação no novo Código de Processo Civil: via jurisdicional como modalidade residual; 19. Mediação no novo Código de Processo Civil; 20. O novo Código de Processo Civil e a Mediação como meio de solução de conflitos; 21. O tratamento adequado para resolução de conflitos e a mediação judicial consoante à legislação vigente.

Na PARTE 3 o foco é a CULTURA DE PAZ, tendo como abordagens, as seguintes: 22. A Mediação e o Novo Tribunal Multiportas Brasileiro; 23. A eficácia da mediação como pacificadora social: Mediação social; 24. Centros de mediação comunitária no NUPEMEC-TJ do Estado do Rio de Janeiro: instrumento de construção para uma cultura de paz; 25. Escolas de Mediação: os vários caminhos para os indivíduos construir a paz; 26. Métodos adequados de resolução de conflito: a mediação como meio de pacificação social e facilitador do acesso à justiça; 27. O sistema Multiportas: sua influência na mudança paradigmática de solucionar conflitos no Brasil;

Por fim, a PARTE 4 enfoca o MEDIADOR E O PAPEL DO ADVOGADO, tendo os seguintes trabalhos: 28. Advocacia e acesso à justiça: os métodos de soluções de conflitos no Brasil sob o contexto da Globalização; 29. Atuação do mediador e os mecanismos psicológicos de defesa; 30. A atuação do mediador à luz dos princípios norteadores da mediação de conflitos; 31. A conciliação, a capacitação do conciliador e o acesso à justiça no novo Código de Processo Civil brasileiro; 32. A relevância da capacitação do mediador de conflitos oferecida pelo Conselho Nacional de Justiça à luz do ordenamento jurídico brasileiro; 33. O advogado-conciliador e sua formação acadêmica em métodos adequados de solução de conflitos; 34. O papel do advogado e as influências da Lei 13.140/2015 e do novo Código de Processo Civil – CPC na mediação como forma alternativa de resolução de conflitos.

Na leitura da obra, percebe-se facilmente o campo fértil para o desenvolvimento de pesquisas sobre a Mediação, Conciliação e Arbitragem, razão pela qual, além desse volume inicial, será lançado, concomitantemente, o Volume 2 da Coletânea "Mediação, Conciliação e Arbitragem: Teoria e Prática", o qual deste já convidamos o leitor à conhecer.

No intuito de despertar o interesse do leitor, antecipamos que o Volume 2 desta Coletânea abordará os seguintes temas: MEDIAÇÃO FAMILIAR, MULTIPLAS APLICAÇÕES DA MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM.

Por fim, não podemos terminar esta apresentação sem agradecer a todos os colaboradores, aos membros da comissão de seleção dos artigos e a OAB/CE, na pessoa do nosso presidente Marcelo Mota, que sempre apoia e estimula as ações encabeçadas pela CEMCA. Sem vocês esse livro não teria saído do campo das ideias. À vocês, nossa gratidão sincera e profunda!

Maria Darlene Braga Araújo Monteiro¹

¹ Doutora e Mestre em Direito Constitucional na Universidade de Fortaleza-UNIFOR; Coordenadora do Curso de Pós-Graduação em Direito Imobiliário da UNIFOR; Professora do Curso de graduação em Direito, da especialização em Direito Imobiliário e do Mestrado Profissional em Direito da UNIFOR; Presidente da Comissão de Mediação, Conciliação e Arbitragem da OAB/CE (fev. / 2016 a março de 2018); Coordenadora do Núcleo de Estudos Notariais e Registros da Comissão de Direito Imobiliário da OAB/CE; Membro titular da Comissão Nacional de Mediação do Conselho Federal da OAB/CE; assessora jurídica do 2º Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Fortaleza do Estado do Ceará.

INTRODUÇÃO

Antes de oferecer comentários sobre a presente obra, deve ser chamada a atenção do leitor sobre sua importância não somente para os advogados e os operadores do direito em geral, mas sobretudo para a sociedade brasileira que ainda desconhece as vantagens que a mediação pode proporcionar aos que dela participam. Hoje, muito embora o ordenamento jurídico brasileiro a consagre com um instituto com a devida segurança jurídica, poucos são os que a buscam. Daí a relevância de obras como esta que devem ser lidas não somente por profissionais do direito, mas também pelo o cidadão comum objeto maior de sua atividade.

Com este livro e muitas outros que deverão ser promovidos e publicados pela CEMCA – Comissão Especial de Mediação, Conciliação e Arbitragem do Ceará, seus membros estarão cumprindo seu importante papel na sociedade. Estarão difundindo o instituto relativamente novo na realidade brasileira e ao mesmo tempo, contribuindo para a construção do novo paradigma que a mediação pressupõe, que nada mais é do que reconhecer o potencial que próprias pessoas, sejam físicas ou jurídicas, resolverem suas próprias controvérsias.

A mediação ora em referência consiste em um processo em que um terceiro escolhido ou aceito pelos participantes, por intermédio de reuniões conjuntas ou separadas, ajuda-os a mudar a qualidade da interação decorrente do conflito, enquanto debatem e exploram vários tópicos e possibilidades de transformá-los. Esta simplicidade conceitual encobre o caráter complexo do método, operado por meio da intervenção de um terceiro imparcial e independente, com funções diferentes de outros profissionais, dentre as quais, destacam-se, proporcionar momentos de interação diferente do que foi vivenciado pelas pessoas ou mesmo de reflexão do diálogo existente decorrente da interação em curso.

Como os articulistas da presente obra enfatizam a mediação se propõe a refletir sobre a complexidade das diferentes interações para com ela promover o repensar sobre a perspectiva de futuro dos participantes seja com a continuidade ou não da convivência entre eles. Em outras palavras a mediação propõe a autonomia plena das vontades de seus participantes e não possui qualquer caráter impositivo. Ela existirá caso as pessoas efetivamente desejem que ela exista, tomará o rumo que elas determinarem e, ao mesmo tempo, incluirá temas por elas identificados e que desejem discutir. Por isso, não há como impor a mediação, mesmo com a previsão legal que hoje existe no Brasil, com base nas Leis 13.105/15 e 13.140/95, que determinam a informação daquele que inicia um processo judicial se deseja ou não a mediação ou a obrigação das pessoas em uma primeira reunião, quando estiver prevista em um contrato e não permanecer no processo. Na verdade, o método se propõe a propiciar um ambiente de cooperação, sem o qual não há como ocorrer. Por isso só é possível o seu uso quando há predisposição das pessoas envolvidas no conflito em dialogar sobre questões relativas a suas respectivas visões, interações e conexões. E a partir do momento que sentirem que faça sentido a elas permanecerão no processo até o momento que considerarem seja oportuno.

Tudo isso e muito mais é apresentado nesta relevante obra com 34 artigos que enfrentam temas atuais do instituto da mediação. E apresentam de maneira didática em uma linguagem acessível todos os seus elementos que apontam para o que a Profa. Ada Pelegrini Grinover identificou em sua obra "Ensaio sobre a Processualidade" "Justiça Conciliativa". Leitura imprescindível a todos.

Adolfo Braga Neto ²

² Advogado, Mediador, Presidente do Conselho de Administração do Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil – IMAB, Conselheiro do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil Canadá – CAM-CCBC, Coach em Competições de Mediação Nacionais e Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, Membro da Comissão de Mediação da OAB Federal, da de São Paulo e de listas de árbitros e mediadores de Instituições de Mediação e Arbitragem brasileiras e estrangeiras, Consultor dos Ministérios da Justiça de Angola e Cabo Verde. Professor da UNIFOR – Universidade de Fortaleza. Co-autor do livro: "O que é Mediação de Conflitos" Coleção Primeiros Passos Editora Brasiliense São Paulo 2007 e co-organizador do livro "Aspectos Atuais sobre Mediação e Outros Métodos Extrajudiciais de Resolução de Conflitos" Editora GZ Rio de Janeiro 2012 e autor do livro "Mediação – uma experiência brasileira" Editora CLA São Paulo 2017.

CONHEÇA A CEMCA - OAB/CE (GESTÃO 2016-2018)

A Comissão Especial de Mediação, Conciliação e Arbitragem da OAB/CE (gestão 2016-2018), tem como lema a "**Mediação Cidadã – Um dever de todos**", inspirada pelo desejo de efetivar o que dispõe o Art. 3º, parágrafo 3º, da Lei nº 13.105/2015 - CPC. Seu objetivo geral é divulgar e esclarecer a importância dos meios consensuais de solução de conflitos judiciais e extrajudiciais, visando a efetividade das prescrições legais e atuando como fomentador de uma cultura de diálogo, contribuindo, dessa forma, para o desafogamento do Judiciário e uma melhoria do Sistema de Justiça.

Seus objetivos específicos são os de informar e capacitar os advogados, acadêmicos de direito e demais interessados na temática para a aplicação dos novos métodos na prática jurídica. Para isso a CEMCA tem realizado vários **cursos de aperfeiçoamento, oficinas, conferências e palestras** gratuitas, ministrados por profissionais reverenciados nas áreas que atuam, com emissão de certificados de participação emitidos pela Escola Superior da Advocacia e outras instituições de ensino, parceiras dos projetos acadêmicos de capacitação encabeçados pela Comissão.

Foram promovidos dezenas de eventos científicos com a participação de mais de mil profissionais durante esta gestão visando uma aproximação da matéria com a sociedade formadora de opinião, que ao ser instruída sobre as técnicas e vantagens da Conciliação, da Mediação e da Arbitragem, funcionam como propagadores das práticas pacificadoras em seus nichos sociais, o que caracteriza uma verdadeira ferramenta de concretização desses mecanismos de solução de conflitos, contribuindo para a redução dos litígios em nosso judiciário.

Além disso, a CEMCA, como forma de disseminar o conhecimento dos importantes institutos, está promovendo a elaboração de **artigos científicos** sobre os temas acadêmicos relacionados com o objeto central da comissão, propiciando a divulgação de tais produções, como acontece com os trabalhos publicados nesta coletânea. Ademais, desenvolveu **material informativo** em formato impresso e digital, divulgando para o público em geral, com linguagem clara, informações sobre mediação e conciliação, estimulando a solução de conflitos sem a necessidade de judicialização. Tal material é distribuído, periodicamente, nas **Blitz Informativas** realizadas nos Fóruns e nos locais das ações sociais em que promove ou participa em parceria com outras instituições.

Durante esta gestão, os membros da CEMCA têm sido convidados a **participar de inúmeros eventos acadêmicos, grupos de estudos, fórum e reuniões técnicas**, tais como as semanas de direito de faculdades públicas e privadas, da Capital e do Interior do Estado do Ceará e até mesmo em outros Estados. Tem se inserido em **ações sociais de atendimento à população**, realizadas em locais públicos de grande circulação de pessoas, em parceria com o poder público e com outras comissões temáticas da OAB/CE, visando a divulgação do serviço prestado pela CEMCA, informando a possibilidade de pacificação com o auxílio dos mediadores e conciliadores e explicando como é o procedimento das sessões de mediação e conciliação.

Também tem realizado **ações solidárias de doação de gêneros alimentícios** arrecadados nos eventos acadêmicos promovidos pela CEMCA, para instituições não governamentais que abrigam jovens, idosos e crianças, além de promover festas alusivas à datas comemorativas, cumprindo assim, sua função social.

Foi criada a **Ouvidoria** da CEMCA, com a finalidade de ouvir as reclamações, sugestões, críticas e toda forma de contribuição daqueles que trabalham com a Mediação, Conciliação e arbitragem, no intuito de desenvolver práticas e buscar soluções para os assuntos coletados.

A CEMCA é formada por advogados regularmente inscritos na OAB, que regra geral, são estudiosos e pesquisadores nos temas na comissão. Composta também por advogados mediadores e conciliadores capacitados pelo NUPEMEC e Ministério Público do Ceará, com curso de formação em Mediação judicial e comunitária, além de árbitros, juíza leiga e professores que lecionam os temas na Faculdades de Direito do Ceará. A diversidade de formação dos membros garante à comissão a interdisciplinariedade necessária para o fomento dos meios consensuais de solução de conflitos em todos os âmbitos de estudo.

Dos 40 membros titulares, devidamente nomeados e empossados nos termos regimentais da Ordem, a CEMCA conta com uma numerosa participação de outros advogados, na qualidade de colaboradores, enriquecendo o estudo e debates à cerca dos temas.

A CEMCA está trabalhando na celebração de convenio entre a OAB e Tribunal de Justiça, que viabilize a formação de Advogados Mediadores e instalação de uma Câmara para realização de sessões de Mediação e Conciliação, como mecanismo de acesso à Justiça e Cidadania. O espaço visa propiciar a prática colaborativa na solução de conflitos de diversas naturezas, permitidas em Lei, a exemplo das áreas de família, vizinhança, obrigação de fazer, consumidor, contribuindo de maneira eficiente para a desjudicialização e desburocratização, utilizando metodologia com linguagem acessível para os hipossuficientes que diariamente procuram o socorro de suas aflições e a recomposição de danos patrimoniais, através de aplicação de técnicas específicas por profissionais devidamente habilitados.

Tal prática irá contribuir para o aperfeiçoamento da Justiça visando a pacificação social e o resgate de direitos da pessoa humana, com foco na dignidade. Ainda neste projeto busca-se uma constante capacitação de mediadores, a difusão entre profissionais e sociedade das vantagens da mediação e conciliação.

Conclui-se que a implementação do citado projeto irá fomentar a pacificação social, o pleno acesso à Justiça e a Cidadania, além do empoderamento dos assistidos, estimulando o desenvolvimento de suas capacidades profissionais e relacionais por meio de um acolhimento humanizado, que é realizado por profissionais devidamente capacitados, e uma rotina organizada metodologicamente.

Quer saber mais sobre a Comissão de Conciliação, Mediação e Arbitragem – CEMCA, e suas ações e informações sobre o tema? Acesse nossa pagina no **FACEBOOK**: Comissão Especial de Mediação e Conciliação Oab/Ce - 2016/2018 ou no **INSTAGRAN**: cemca.oabce.

Maria Darlene Braga Araújo Monteiro³

Presidente da CEMCA OAB/CE (2016 a 04/2018)

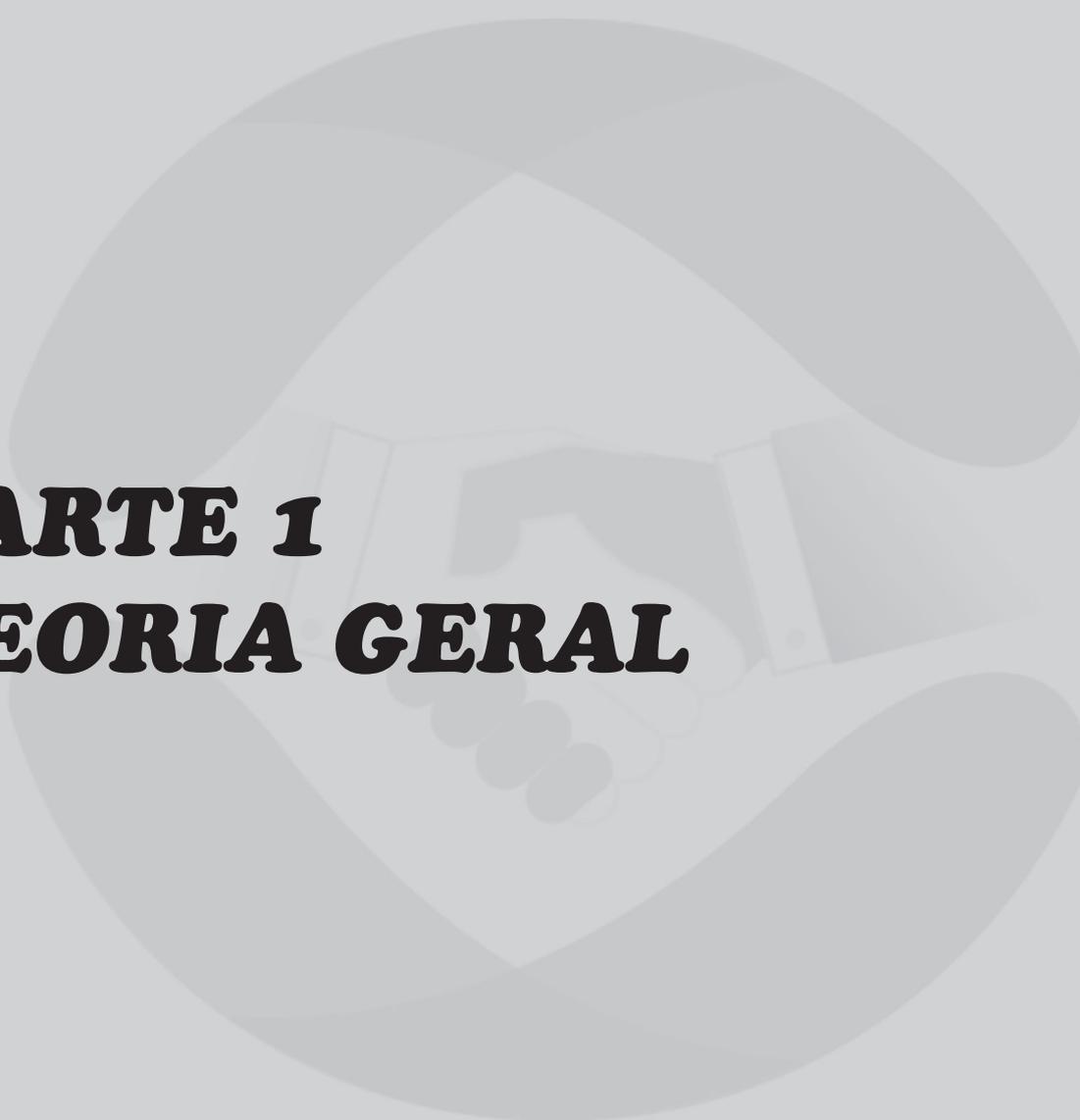
Membro da Comissão de Mediação do conselho Federal da OAB

j17⁴

Presidente da CEMCA OAB/CE (2018)

³ Doutora e Mestre em Direito Constitucional na Universidade de Fortaleza-UNIFOR; Coordenadora do Curso de Pós-Graduação em Direito Imobiliário da UNIFOR; Professora do Curso de graduação em Direito, da especialização em Direito Imobiliário e do Mestrado Profissional em Direito da UNIFOR; Presidente da Comissão de Mediação, Conciliação e Arbitragem da OAB/CE(Fev/2016 a Abril/2018); Coordenadora do Núcleo de Estudos Notariais e Registrais da Comissão de Direito Imobiliário da OAB/CE; Membro titular da Comissão Nacional de Mediação do Conselho Federal da OAB/CE; assessora jurídica do 2º Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Fortaleza do Estado do Ceará.

⁴ Presidente da Comissão de Mediação, Conciliação e Arbitragem da OAB/CE(a partir de 05/2018), Membro do Fórum de Mediação, Justiça Restaurativa e Cultura de Paz do Ceará, Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará-UNIFOR; Advogada pós graduada em Direito Imobiliário pela FAMETRO; Graduada em Gestão Imobiliária pela FGF; Membro da Comissão de Direito Imobiliário da OAB-CE; Conselheira Federal do CRECI-CE gestão 2016/2018.



PARTE 1
TEORIA GERAL

A MEDIAÇÃO COMO MEIO DE TRATAMENTO ADEQUADO FRENTE AOS CONFLITOS DA SOCIEDADE COMPLEXA

LA MEDIACIÓN COMO MEDIO DE TRATAMIENTO ADECUADO FRENTE A LOS CONFLICTOS DE LA SOCIEDAD COMPLEJA

Alini Bueno dos Santos Taborda⁵

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar a importância da mediação na sociedade complexa, tendo em vista que é imprescindível fomentar a cultura de paz, divulgando métodos que visem a quebra de resistência oferecida pela sociedade, buscando diminuir e prevenir o número de conflitos existentes. A modernidade, trouxe sérias transformações na sociedade, o capitalismo fomentou uma civilização baseada no individualismo e no consumo, alimentando a criação de modelos pré-estabelecidos, oferecendo a possibilidade de um futuro voltado ao bem-estar e à segurança, apenas para quem puder arcar com os custos, e isso impulsiona ainda mais a exclusão e os conflitos sociais.

Palavras Chave: Mediação. Conflitos. Sociedade complexa.

RESUMEN: Este estudio tiene como objetivo analizar la importancia de la mediación en una sociedad compleja, con una vista que es esencial para fomentar una cultura de la paz la promoción de métodos destinados a romper la resistencia que ofrece la empresa, que busca reducir y prevenir el número de conflictos. La modernidad ha traído cambios importantes en la sociedad, el capitalismo fomentó una civilización basada en el individualismo y el consumo lo que alimentó la creación de modelos preestablecidos, ofreciendo la posibilidad de un futuro orientado bienestar y la seguridad, sólo para aquellos que pueden permitirse los costos, y que las nuevas unidades de la exclusión y los conflictos sociales.

Palabras Clave: Mediación. Conflictos. Sociedad compleja.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A sociedade vive em constante evolução e, os conflitos de interesses entre os indivíduos crescem significativamente e em consequência disto há uma maior procura pelo judiciário. Fala-se, em crise da justiça, outros fatores devem ser considerados e revistos, como a carência de recursos humanos e materiais, a morosidade da justiça, o sistema recursal e os custos elevados das ações judiciais.

A sociedade, parece estar acostumada ao conflito e se baseia para resolver o mesmo através da imposição de decisões, entretanto, as vezes o conflito é apenas aparente, e em outros momentos é o escape para questões mais profundas.

Tendo como premissa que buscando uma justiça mais acessível à todos os cidadãos, surgiram novas alternativas de pacificação de conflitos, dentre as quais destacamos a mediação. Estes não visam de forma alguma enfraquecer o Poder Judiciário, mas sim desformalizar as controvérsias permitindo uma maior integração da sociedade, a qual já está marcada pela complexidade.

O SIGNIFICADO DE SOCIEDADE COM O ADVENTO DA MODERNIDADE

A modernidade traz uma visão fragmentada de mundo, ou seja, a ideologia da modernidade, está alicerçada na ideia de que, com a fragmentação, é possível compreender a vida. A sociedade moderna é a sociedade da razão, e busca inclusive controlar a natureza.

Segundo Alain Touraine:

A idéia de modernidade substitui Deus no centro da sociedade pela ciência, deixando as crenças religiosas para a vida privada. Não basta que estejam presentes as aplicações tecnológicas da ciência para que se fale de sociedade moderna. É preciso, além disso, que a atividade intelectual seja protegida das propagandas políticas ou das crenças religiosas, que impersonalidade das leis proteja contra o nepotismo, o clientelismo e a corrupção, que as administrações públicas e privadas não sejam instrumentos de um poder pessoal, que vida pública e vida privada sejam separadas, assim como devem ser as fortunas privadas do orçamento do Estado ou das empresas (1994, p. 18)

Touraine, traça um histórico da modernidade, destacando os seus aspectos positivos e negativos. Remonta a fatos e afirma, que com certeza ocorreu um grande avanço. A humanidade passou de uma sociedade tradicional, alicerçada na fé absurda e na tradição, para uma sociedade regida pela racionalidade.

Já conforme Giddens, a modernidade "refere-se a estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que ulteriormente se tornaram mais ou menos mundiais

⁵ Advogada, Especialista em Direito Tributário e Exercício do Magistério Superior pela UNISUL/SC, Especialista em Formação Pedagógica pela Celer Faculdades/SC, Mestra em Direito pela URI – Campus de Santo Ângelo/RS. Integrante do Grupo de Pesquisa CNPq Tutela dos Direitos e sua Efetividade e do Grupo Cidadania e Direitos Culturais: a proteção dos direitos das minorias nos tribunais brasileiros, vinculado ao CNPq.

em sua influência". (1991, p. 11). Ele observa que vivemos uma época marcada pela desorientação, pela sensação de que não compreendemos plenamente os eventos sociais e que perdemos o controle.

O referido autor, segue afirmando que a modernidade alterou as relações sociais e também a percepção dos indivíduos e coletividades sobre a segurança e a confiança, bem como sobre os perigos e riscos do viver:

A modernidade, pode-se dizer, rompe o referencial protetor da pequena comunidade e da tradição, substituindo-as por organizações muito maiores e impessoais. O indivíduo se sente privado e só num mundo em que lhe falta o apoio psicológico e o sentido de segurança oferecidos em ambientes mais tradicionais (GIDDENS, 2002, p.38).

Já segundo Touraine, a modernidade nasceu para se esgotar, para se aperfeiçoar, para ser superada:

Este esgotamento da idéia de modernidade é inevitável, já que ela se define, não como uma nova ordem, mas como um movimento, uma destruição criadora, para retomar a definição de capitalismo de Schumpeter. O movimento atrai aqueles que durante muito tempo se fecharam na imobilidade; ele cansa, torna-se vertigem quando é incessante e não conduz senão à própria aceleração. Por ser a modernidade uma noção mais crítica que construtiva, ela requer uma crítica que seja por si mesma hipermoderna, o que protege contra as nostalgias que, sabemos, tomam facilmente uma aparência perigosa (1994, p. 100).

A modernidade é, portanto, vista como a superação do velho, para que possa nascer o novo. Deve ser entendida como uma busca permanente de mudança em valores e atitudes, para que se construa uma sociedade mais fraterna. A modernidade tornou a sociedade complexa, e complexidade não tem a ver com respostas prontas, ao contrário, só coopera para a formulação de novas e importantes questões.

Com o advento da globalização ampliou-se as oportunidades e também as incertezas e os perigos. Daí a sensação de mal-estar e de desorientação, o mundo tornou-se um lugar inseguro, ou melhor, essas mudanças geraram a insegurança. A experiência da modernidade, alcançou todos os indivíduos e comunidades, como bem coloca Giddens:

A experiência global da modernidade está interligada – e influencia, sendo por ela influenciada – à penetração das instituições modernas nos acontecimentos da vida cotidiana. Não apenas a comunidade local, mas as características íntimas da vida pessoal e do eu tornam-se interligadas a relações de indefinida extensão no tempo e no espaço. Estamos todos presos às experiências do cotidiano, cujos resultados, em um sentido genérico, são tão abertos quanto aqueles que afetam a humanidade como um todo. As experiências do cotidiano refletem o papel da tradição – em constante mutação – e, como também ocorre no plano global, devem ser consideradas no contexto do deslocamento e da reapropriação de especialidades, sob o impacto da invasão dos sistemas abstratos. A tecnologia, no significado geral da "técnica", desempenha aqui o papel principal, tanto na forma de tecnologia material da especializada expertise social (1991, p.77).

A busca de progresso e evolução, que marcam o processo da modernidade, ratificaram o capitalismo como sistema predominante na estrutura do social. E isso acabou por ocasionar uma série de transformações na coletividade, como por exemplo, a racionalização do indivíduo e do social.

OS CONFLITOS NA SOCIEDADE ATUAL

Hoje vive-se numa sociedade em que a tecnologia ganha um papel de destaque. A sociedade capitalista necessita dela para que haja a "felicidade", e também, a sociedade baseada no consumo, proporciona tudo, promete felicidade, claro que mediante uma contraprestação, um custo econômico.

O conflito é uma presença constante na história da civilização e parte integrante do convívio social, e para enfrentá-lo é importante aceitar diferenças, aceitar posições distintas e dialogar sempre. "Em geral, nas escolas e na vida, só percebemos o conflito quando este produz suas manifestações violentas. [...] "E neste caso, esquecemos que problemas mal resolvidos se repetem" (CHRISPINO; CHRISPINO, 2002, p. 36).

Existe muita dificuldade em se falar de conflito, normalmente o termo vem associado a um conceito negativo, uma vez que se criaram regras de convivência em sociedade visando terminar com a violência oriunda de discussões. Os conflitos são inerentes à vida humana, pois as pessoas são diferentes, possuem descrições pessoais e particulares de sua realidade e, pós-consequente, expõem pontos de vista distintos, muitas vezes colidentes.

O dissenso decorre de expectativas, valores e interesses contrariados. E, apesar de correlacionado a condição humana, em uma disputa conflituosa habitualmente vê-se a outra parte como adversária, concorrente a até mesmo inimiga. Os autores Chrispino e Chrispino definem conflito da seguinte forma:

O conflito, pois, é parte integrante da vida e da atividade social, quer contemporânea, quer antiga. Ainda no esforço de entendimento do conceito, podemos dizer que o conflito se origina da diferença de

interesses, de desejos e de aspirações. Percebe-se que não existe aqui a noção estrita de erro e de acerto, mas de posições que são defendidas frente a outras, diferentes (2002, p.65).

Maffesoli (1987, p. 89) considera importante esta ideia do conflito de valores, quando cita Max Weber, que afirma a compreensão da violência "não como um fato anacrônico, uma sobrevivência dos períodos bárbaros ou pré-civilizados, mas sim, como a manifestação maior do antagonismo existente entre a vontade e a necessidade". Fica claro, nestas ideias, que os conflitos são motores responsáveis pelo dinamismo nas relações sociais que podem até resultar em violência.

Os conflitos apresentam um lado positivo que é o da livre expressão e renovação de ideias, do aprendizado do convívio com diferentes. Pessoas que apresentam pontos conflitantes em certos aspectos podem concordar em outros. Assim, ocorre o enriquecimento salutar das convivências, em concordâncias, discordâncias e alianças (CHRISPINO; CHRISPINO, 2002).

Portanto, a forma de dispor tais conflitos mostra-se como questão fundamental quando se pensa em estabelecer harmonia nas relações cotidianas. Neste sentido Christopher W. Moore afirma que:

O conflito não é necessariamente ruim, anormal ou disfuncional, é um fato da vida. O conflito e as disputas existem quando as pessoas estão envolvidas na competição para atingir objetivos que sejam percebidos – ou de fatos incompatíveis. Entretanto, o conflito pode ir além do comportamento competitivo e adquirir o propósito adicional de infligir dano físico ou psicológico a um oponente, até mesmo a ponto de destruí-lo (1998, p.5).

O Estado, através da elaboração de leis, procurou garantir os direitos de todos os cidadãos, porém o excessivo de normativismo acabou por burocratizar o funcionamento do próprio Estado e atualmente o Poder Judiciário mostra-se incapaz de atender aos anseios dos jurisdicionados, tamanha a quantidade e complexidade dos problemas existentes.

O homem deverá reaprender a viver, compartilhar e sobretudo reconhecer-se como responsável pelo futuro da humanidade. "Esse homem deve reaprender a finitude terrestre e renunciar ao falso infinito da onipotente técnica, da onipotência do espírito, de sua própria aspiração à onipotência, para se descobrir diante do verdadeiro infinito que é inomeável e inconcebível. Seus poderes técnicos, seu pensamento, sua consciência devem doravante ser destinados, não a dominar, mas a arrumar, melhorar, compreender" (MORIN, 1995, p. 185).

A MEDIAÇÃO COMO MEIO DE TRATAMENTO DE CONFLITOS

Com uma sociedade voltada basicamente ao mercado, dedicada ao espetáculo e à mutilação dos sentimentos, a vida, as emoções, têm seu valor totalmente menosprezado. Os laços sociais fragilizados, por vezes, inexistentes, conduzem a "civilização" à barbárie institucionalizada e legitimada por processos auto conservadores (2004, p.249). Portanto, como bem ressaltava Warat, o problema maior está relacionado à sensibilidade, ou melhor, ao apregoamento pela sociedade moderna da impossibilidade do sentir afetivo, no fim do amor e na explosão triunfante da tecnologia voltada ao mercado. O que acaba por ruinar os laços sociais afetivos, principalmente, os familiares.

Assim, em função da complexidade da sociedade moderna, o uso de métodos não adversariais apresenta-se adequado no tratamento dos conflitos sociais, seja pelo seu potencial comunicativo, restaurativo e transformador, ou pela busca do reconhecimento dos direitos humanos, da efetivação do acesso à justiça, do exercício de cidadania, e principalmente da pacificação social.

Como bem assegura Schnitman:

As novas metodologias para a resolução alternativa de conflitos oferecem novas opções não-litigantes. São práticas capazes de atravessar a diversidade de contextos sociais; são estruturadas para capacitar as pessoas a aprenderem a aprender, permitindo-lhes um escrutínio tanto das diferenças como das convergências. A partir do momento em que as divergências podem ser dirimidas, a escalada dos conflitos se reduz, aumenta a habilidade para compreender os diversos pontos de vista e são geradas, durante o processo, novas possibilidades, novos enquadramentos e maneiras práticas de litigar com as diferenças (1999, p.18).

A mediação de conflitos afigura-se parte integrante das relações humanas desde os primórdios dos tempos, estando presente na história e na cultura dos povos (SCHABELL, 2002). Tanto é verdade, que analisando, por exemplo, a cultura judaica e cristã, a própria Bíblia confere a Cristo, o "título" de mediador entre Deus e os homens, bem como traz preceitos que incentivavam a intermediação das disputas, através da intervenção dos membros mais antigos da comunidade ou de líderes religiosos.

Sabe-se que na Idade Média, a Igreja Católica, na Europa Ocidental e, a Ortodoxa, no Leste Mediterrâneo, foram organizações que atuaram como mediadoras na administração de conflitos da sociedade ocidental. Ademais, a mediação também era utilizada nas sociedades asiáticas e nas comunidades

budistas, que enfatizavam a busca do equilíbrio e da harmonia nas relações humanas. Já no Ocidente, ganhou espaço no mundo dos negócios, passando a ser largamente utilizada na resolução de disputas entre a burguesia emergente (MOORE, 1998).

Já para os autores Breitman e Porto (2001, p. 53-54), a mediação de conflitos, embora contemporaneamente seja um procedimento inovador, tem suas origens e razões na civilização chinesa, com aproveitamento de costumes e utilização de antigas descobertas em situações semelhantes. Conforme Vainer, na China moderna, a mediação foi retomada oficialmente em 1949, em âmbito patrimonial e familiar, o que vem diminuindo "consideravelmente o número de casos que chegam aos tribunais como litígio" (1999, p. 42).

Portanto, a história tem demonstrado que as soluções de conflitos entre os indivíduos, ocorreram de forma constante e variável, por meio da mediação. "Culturas judaicas, islâmicas, hinduístas, budistas, confucionistas e indígenas tem longa e efetiva tradição em seu uso" (MENDONÇA, 2004, p. 143).

O processo de mediação visa à promoção do diálogo entre as partes, a escuta diferenciada dos pontos de vista e razões da outra parte, num ambiente de respeito, levando à conscientização do realismo das próprias exigências (VEZZULLA, 1998). Tal conscientização gera responsabilidade, acrescentando o compromisso com o acordo, por admitir aos envolvidos na disputa saírem do círculo vicioso de vítimas e acusados.

Portanto, pode-se afirmar que a mediação é útil para resolver conflitos familiares, cíveis, comerciais, comunitários e escolares, que será o principal tema abordado neste trabalho. Segundo, Nuria Belloso Martin, não falamos apenas de uma técnica de resolução não adversarial de disputas, ela tem êxito como estratégia educativa, como realização política da cidadania dos direitos humanos e da democracia. É um meio indiscutível para tornar realidade a autonomia do sujeito. (2011, p.228)

O método da mediação está cada vez mais presente no mundo globalizado, sendo considerada, como um novo paradigma na resolução de conflitos, na medida em que é confidencial, mais econômica, célere, voluntária e preserva o poder das partes de decidirem qual o melhor acordo, uma vez que nem sempre uma decisão baseada no direito é a mais justa.

Segundo Villaluenga (2009, p. 27):

A solução transformadora do conflito depende do reconhecimento das diferenças e da identificação dos interesses comuns e contraditórios, subjacentes, pois a relação interpessoal funda-se em alguma expectativa, valor ou interesse comum.

Em suma, pela sua pluralidade de percepções, sentimentos, crenças e interesses, as relações são conflituosas. Nesse sentido, o conflito não tem solução, mas pode ser trabalhado, para que os envolvidos consigam compreender o mal praticado e desenvolver empatia entre si; escutar e atender as necessidades da pessoa que sofreu o dano e daquela que o provocou; estimular o compromisso de assumir as consequências dos próprios atos e a responsabilidade através da reflexão pessoal dentro de um processo colaborativo. Portanto, o que se pode é resgatar laços e, principalmente, a noção de que todos são pessoas valiosas que contribuem para a sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificamos que, não é por acaso que a mediação de conflitos eclode na sociedade contemporânea, uma vez que a estrutura social desencadeou processos de ocultamento e exclusão, principalmente, dos indivíduos considerados fora dos padrões, para a sociedade em geral, essa técnica é vista como possibilidade da diferença, um modo de encontro, de sentir o outro. A mediação proporciona a construção de personalidades morais, de cidadãos autônomos, que buscam resolver seus problemas de forma consciente.

Diante do exposto, percebemos que a sociedade como um todo está acostumada ao conflito e se baseia para resolver o mesmo através da imposição de decisões, e não de forma negociada, onde as pessoas buscam o diálogo para o entendimento do conflito entre as partes. Compreendemos, que as vezes o conflito é apenas aparente, e em outros momentos é o escape para questões mais profundas vivenciadas pelos alunos. Assim, temos a certeza que a busca pela paz como prática da cultura no tratamento de conflitos só vai ocorrer se houver a comunicação entre os envolvidos e a busca da satisfação das necessidades individuais e coletivas.

REFERÊNCIAS

- BREITMAN, S.; PORTO, A. C. Mediação familiar: uma intervenção em busca da paz. Porto Alegre: Criação Humana, 2001.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- CHRISPINO, Álvaro e CHRISPINO, Raquel. Políticas educacionais de redução da violência: mediação do conflito escolar. São Paulo: Editora Biruta, 2002.
- GIDDENS, Anthony. As conseqüências da modernidade. São Paulo: UNESP, 1991.
- _____. A vida em uma sociedade pós-tradicional. In.: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. Modernização Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: Editora da UEP, 1997.
- _____. Modernidade e Identidade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.
- JARES, X. R. Educação e conflito: guia de educação para a convivência. Porto Alegre: Asa, 2002.
- MORAIS, Jose Luis Bolzan. Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição! Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- MORIN, Edgar. Anne Brgitte Kern. Terra-pátria. Trad. Paulo Azevedo Neves da Silva. Porto Alegre: Sulina, 1995.
- SALES, Lilia Maia de Moraes. Mediação e a composição de conflitos. Tese de doutorado em Direito. Universidade Federal de Pernambuco, 2003.
- _____. Justiça e mediação de conflitos. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- SCHNITMAN, Dora Fried. Novos Paradigmas na Resolução de Conflitos. In: SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen (org.). Novos Paradigmas em Mediação. Porto Alegre: Artmed, 1999.
- WARAT, Luis Alberto (Coord.), Ecología, psicoanálisis e mediação. Em nome do acordo. A mediação no Direito. Trad. J. Rodrigues. Buenos Aires: Almed, 1998.p.5-59.
- TOURAINÉ, Alain. Crítica da modernidade. Trad. Elia Ferreira Edel. Petrópolis: Vozes, 1994.
- _____. O que é a democracia? Trad. Guilherme João de Freitas. Petrópolis: Vozes, 1996.
- VAINER, R. (1999). Anatomia de um divórcio interminável. São Paulo: Casa do Psicólogo.
- VEZZULLA, Juan Carlos. Teoria e Prática da Mediação. Paraná: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1998.
- WARAT, Luis Alberto. O ofício do mediador. Florianópolis, SC: Habitus, 2001.
- _____. Surfando na pororoca: ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

APLICAÇÃO DAS TÉCNICAS DE MEDIAÇÃO PARA CONSTRUIR SOLUÇÕES PACTUADAS E MUTUAMENTE SATISFATÓRIAS

APPLICATION OF MEDIATION TECHNIQUES IN BUILDING NEGOTIATED AND MUTUALLY SATISFACTORY SOLUTIONS ANTONIA SABRINA BRAGA GONÇALVES⁶

Mônica Carvalho Vasconcelos⁷

RESUMO: Na sociedade pós-moderna, observa-se que a velocidade das constantes mudanças acaba trazendo consigo o surgimento de eventuais desídiás, o que é natural nas relações interpessoais. Nesse meio, surge a mediação como um mecanismo consensual de resolução de conflitos, a fim de propor novas interpretações sobre a maneira de encarar um litígio. O presente trabalho tem a pretensão de tratar da aplicação das técnicas da mediação, que leva em consideração o aspecto emocional dos envolvidos, o que tem demonstrado resultados positivos no momento de solucionar controvérsias.

Palavras-chave: Mediação de conflitos. Emoção das partes. Técnicas de mediação.

ABSTRACT: In the Post Modern society, it's noticed that the constantly speed of changing brings out the appearance of indolence, what is natural in the interpersonal relationships. In this conditions, there is the Mediation like a consensual mechanism of conflicts resolution, expecting propose new interpretations about how face a problem. This research intends to treat about the application of Mediation techniques, what considers the emotional aspect of people involved, what have been showing positive results at the time to solve arguments.

Key-words: Mediation. Emotion of participants. Mediation techniques.

1. INTRODUÇÃO

Com o advento das recentes promulgações da Lei de Mediação (Lei 13.140/2015) e do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), tendo este trazido modificações ao rito procedimental, a mediação tem-se tornado foco de inúmeros estudos e tem despertado o interesse daqueles que desejam aprofundar-se sobre as peculiaridades de tal instituto.

Trata-se de mecanismo adequado a conflitos de natureza continuada que propõe a observância de novos paradigmas na resolução de um litígio, indo além da feitura de um acordo, pois leva em consideração as emoções dos participantes da mediação, buscando restabelecer a comunicação entre estes.

Conhecer as particularidades da mediação passa, conseqüentemente, pelo conhecimento da utilização de suas técnicas, que podem, também, ter base nos princípios do Programa de Negociação de Harvard (Harvard Negotiation Project).

O que vem a ser proposto no presente artigo é o estudo dessas técnicas, com base nos novos aportes trazidos pela mediação, a fim de demonstrar quais os diferenciais desse meio de resolução de conflitos. Utilizando-se, para tanto, da realização de uma pesquisa bibliográfica e documental do tipo qualitativa, em fontes relacionadas à mediação, ao seu processo e ao seu procedimento, bem como às suas técnicas. Também foram retiradas informações de dispositivos legais, como a Lei de Mediação (Lei 13.140/2015).

Entender a aplicação das técnicas da mediação ajudará no propósito de disseminar a informação de que ela, também, é um efetivo meio de acesso à Justiça, trazendo implicações diretas ao funcionamento do Poder Judiciário e, em uma projeção mais ampla, à visão da sociedade acerca do conflito.

2. A MEDIAÇÃO E NOVOS PARADIGMAS PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Regulada pela recente Lei de nº 13.140/2015, a mediação é definida pelo dispositivo legal como "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". Trata-se de um dos meios consensuais de solução de conflito que se tem mostrado essencial na garantia da efetivação da justiça na sociedade.

Desse modo, cumpre tentar trazer uma conceituação ao que se denomina como conflito, Vezzulla (1998) aduz que "[...] o conflito consiste em querer assumir posições que entram em oposição aos desejos de outro, que envolve uma luta pelo poder e que sua expressão pode ser explícita ou oculta atrás de uma posição ou discurso encobridor".

O conflito, também, "[...] 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 (AZEVEDO, 2009)."

⁶ Graduanda do 6º período do Curso de Direito do Centro Universitário Christus. Email: sabrina.asbg@outlook.com.

⁷ Doutora em Direito Fundamentais pela Universidade Autônoma de Madrid e professora da Universidade de Fortaleza-UNIFOR.

Na verdade, ele pode surgir de situações mais corriqueiras e simples possíveis, basta que o desejo e a posição de, pelo menos, duas pessoas sejam incompatíveis, então, haverá a possibilidade de um conflito.

Sua natureza poderá ser eventual ou continuada, e, nesse último caso, a mediação se mostra como o meio consensual adequado para resolvê-lo, já que existe uma relação duradoura entre as partes, e "[...] nela o que está em jogo constituem-se meses, anos ou décadas de relacionamento (BRAGA NETO, 2011)". Segundo Braga Neto (2011), a mediação

[...] demanda um conhecimento mais aprofundado do terceiro com referência a inter-relação existente entre as pessoas envolvidas em conflito. É bom lembrar que ela não visa pura e simplesmente ao acordo, visa sim atingir a satisfação das motivações das pessoas. Seu objetivo, entre outros, é o de estimular o diálogo cooperativo entre elas para que alcancem a solução das controvérsias em que estão envolvidas.

Esse estímulo do diálogo cooperativo é benéfico aos envolvidos, na medida em que não há ninguém mais capacitado para resolver o conflito levado à discussão, senão os próprios mediandos, pois estes criaram o litígio, sendo, portanto, sabedores de cada detalhe e implicação que o problema causou na vida de cada um.

Dessa forma, eles vão poder propor a solução melhor e que mais se adapta às suas necessidades e possibilidades, pois é importante que o acordo que venha a ser feito seja cumprido, garantindo a satisfação das partes.

Nesse sentido, Cahali (2014) afirma que a mediação "tem pertinência em situações em que será gerada para as partes, na solução do conflito, uma nova relação com direitos e obrigações recíprocas, e, pois, com uma perspectiva de futura convivência que se espera que seja harmônica".

Uma das propostas desse meio consensual é a de olhar para o problema a partir de perspectivas futuras, isto é, ver o que poderá ser feito daquele momento em diante, desapegar-se de mágoas e desentendimentos do passado, para tentar melhorar o que ainda está por vir.

Isso exige que as partes estejam imbuídas de boa-fé e boa vontade, que se mostra essencial à realização de uma boa fluidez da sessão de mediação, bem como facilita a construção de um acordo certo e justo.

O presente capítulo pretende estudar os principais paradigmas introduzidos pela mediação de conflitos, tais como a visão positiva do conflito, a importância das emoções das partes, bem como o foco nos interesses e não nas posições.

2.1. A mediação e a visão positiva do conflito

A teoria do conflito preconiza que, em regra, o conflito será visto como um fenômeno negativo (AZEVEDO, 2009), pois conflitos e emoções têm relação direta e estas exercem influência sobre o domínio da percepção de cada sujeito.

Assim, quando o homem se depara com o conflito e o percebe negativamente, ele tende a desencadear "uma reação denominada de 'retorno de luta ou fuga' [...] ou resposta de estresse agudo. O retorno de luta ou fuga consiste na teoria de que animais reagem a ameaças com uma descarga ao sistema nervoso simpático impulsionando-o a lutar ou fugir (cf. CANNON, 1915 apud AZEVEDO, 2009). "

Desse modo, em vez de enfrentar o problema e tentar resolvê-lo, a pessoa arrumará meios de se esquivar, reprimindo comportamentos, julgando o outro e o seu caráter, atribuindo culpa à outra parte envolvida etc. (AZEVEDO, 2009). Na mediação, surge uma proposta completamente diferente.

A mediação propõe olhar o conflito por outro ângulo, enxergá-lo de forma positiva, como uma oportunidade de crescimento e aperfeiçoamento pessoal, de modo que o sujeito poderá desenvolver suas habilidades de negociação e de criatividade, o que só será possível a partir do momento que o conflito for visto como um fenômeno natural nas relações, pois "[...] quando compreendemos a inevitabilidade do conflito, somos capazes de desenvolver soluções autocompositivas (VASCONCELOS, 2008) "

Depois disso, também, será necessário haver uma despolarização da divergência, isto é, "[...] não perceber um diálogo ou um conflito como se houvesse duas partes antagônicas ou dois polos distintos (um certo e outro errado) [...](AZEVEDO, 2009) ". É preciso, portanto, partir do pressuposto de que todos têm o mesmo interesse, a saber, o de conduzir a mediação de forma a encontrar o melhor acordo para os envolvidos (AZEVEDO, 2009).

Isso se revela importante, uma vez que, se indivíduos veem um desentendimento por um viés positivo, poderão ter uma maior criatividade e disposição para criarem soluções juntos. Desse modo, a relação entre eles terá uma real possibilidade de ser restaurada, o que vem a ser um dos objetivos e das vantagens da mediação.

Veja-se, então, o comentário de Almeida, dando ênfase a esse aspecto:

A Mediação chega em sintonia com seus princípios, colaborando, e não competindo, com os meios de resolução de conflitos existentes. Chega para todos os povos e para todas as condições sociais, mas não, necessariamente, para todos os temas. Chega pretensiosa, ampliando as possibilidades de intervenção cogitadas até o momento nesse campo; dispõe-se a resolver conflitos e, também, a restaurar a relação social entre pessoas, provocando repercussões de alcance social até então não incluídas nos métodos de resolução de conflitos (ALMEIDA, 2008) (grifo nosso).

Como é sabido, a mediação é adequada para conflitos provenientes de relações continuadas, assim, restaurar uma relação vem a ser um ganho enorme para os envolvidos, pois poderão resolver divergências posteriores sem a presença de um terceiro que lhes auxilie, uma vez que já terão restabelecido a capacidade de dialogar de maneira proveitosa.

A exemplo disso, pode ser citado o caso em que as partes são divorciadas, mas têm filhos em comum, ou seja, enquanto tiverem filhos, terão problemas para resolver. Quando chegam à sessão de mediação, muitas delas não conseguem olhar uma para a outra, muito menos dialogar de maneira organizada e produtiva, mas, quando a mediação atinge seus objetivos, há a restauração da relação social entre as partes.

Logo, elas já conseguirão olhar uma para a outra, bem como dialogar sem que o facilitador envolvido precise mediar; o diálogo, então, passa a ser direito. Assim, ao saírem da sessão, se vierem a ter um atrito posterior, poderão fazer o mesmo, conversar espontaneamente, sem precisar recorrer a um terceiro auxiliar.

A presença dessa terceira pessoa, na maior parte das vezes, faz-se necessária, porque os envolvidos em um litígio não conseguem manter um equilíbrio emocional, de modo a conseguirem ter um diálogo organizado. Isso ocorre porque as emoções dos indivíduos exercem influência em sua maneira de agir, de pensar e de ver o outro. Desse modo, dar-se-á sequência a um maior estudo sobre esse tema.

2.2 A importância das emoções na sessão de mediação

De acordo com Bock, Furtado e Teixeira (2008), “as emoções são expressões afetivas acompanhadas de reações intensas e breves do organismo, em resposta a um acontecimento inesperado ou, às vezes, muito aguardado [...]”.

Nessa mesma linha de raciocínio, para Kaplan e Sadok (apud FIORELLI e MANGINI, 2014), a emoção seria “um complexo estado de sentimentos, com componentes somáticos, psíquicos e comportamentais, relacionados ao afeto e ao humor”.

Geralmente, as emoções podem vir acompanhadas de reações orgânicas, que são espécies de descargas emocionais, como tremor, riso, choro, lágrimas, expressões faciais, dentre outras (BOCK, FURTADO, TEIXEIRA, 2008). Isso acontece porque elas vão caracterizar-se pelas mudanças nos domínios do comportamento, da experiência subjetiva e da fisiologia, que têm relação com a maneira de agir e de sentir e com o modo de funcionamento dos sistemas do corpo (MAUSS; LEVENSON; McCARTER; WILHELM e GROSS, 2005, apud GLEITMAN, REISBERG, GROSS, 2009).

Além disso, exercerão influência sobre alterações cognitivas, podendo ser reveladas em aspectos positivos — que conduzem a uma maior flexibilidade da cognição, ampliando o foco sobre uma situação, dando mais ênfase ao processamento esquemático do que aos detalhes desta — (cf. FREDRIKSON, apud GLEITMAN; REISBERG; GROSS, 2009), ou em aspectos negativos — que acabam por restringir a atenção aos aspectos específicos da situação (GLEITMAN; REISBERG; GROSS, 2009).

Ademais, Fiorelli (2014) complementa dizendo que as emoções positivas — felicidade, alegria, amor — predispoem a pessoa ao enfrentamento de novos desafios, enquanto as negativas empobrecem a percepção do sujeito e podem ser embriões de conflitos. Ele cita, ainda, algumas formas de manifestação intensa dessas emoções negativas, como:

- **medo**, o qual “gera condutas estereotipadas, aumenta o estado de alerta e o tensionamento da musculatura. A frequência cardíaca acelera [...]. O organismo prepara-se para o conflito, por meio de extensa e intensa movimentação fisiológica” e, ainda, dificulta a geração de novas ideias.

- **raiva**, a qual reduz a criatividade, bem como “gera condutas inadequadas e consome as energias. [...] não é invulgar que a raiva do outro resulte de uma transferência, para ele, da raiva que o indivíduo sente de si - incapaz de se enfrentar, desloca para algo ou alguém esse sentimento [...]”.

- **explosão emocional**, que resulta de um acúmulo de emoções (que podem ser pensadas como um combustível), que não podem mais ser contidas, pois não encontraram uma forma de serem consumidas. “Choro convulsivo, depressão profunda, sinais fisiológicos de ansiedade, comportamentos agressivos constituem exemplos de como a emoção represada rompe os diques de contenção que o psiquismo estabelece”.

É importante falar das emoções, uma vez que elas, com as motivações, "matizam o nosso pensamento sobre o mundo social, e também porque [...] são influenciadas pelo mundo social (GLEITMAN; REISBERG; GROSS, 2009)" e é justamente no mundo social que há a existência dos conflitos. Compreender a influência das emoções no surgimento e na resolução destes se tem mostrado ser de grande relevância.

De acordo com Fiorelli (2014), "os conflitos iniciam-se e se cronificam pela impossibilidade dos litigantes de lidar com mudanças. São limitações impostas pelo pensamento e pela emoção". Desse modo, vê-se que a emoção e conflito têm uma ligação direta.

Com base no que é aduzido por Vezzulla (1998), pode-se dizer que com a incidência de um conflito, o equilíbrio psíquico do ser humano se vê ameaçado, fazendo que o aparelho psíquico emita um alarme ao corpo, este alarme, de início, virá como angústia e deixará os sentidos mais despertos, com a finalidade de evitar ou de se proteger de um perigo iminente. Com a verificação da realidade do perigo, a angústia levará o homem a fugir ou a atacar.

Na mediação, aquele que está envolvido no litígio, também, sentirá essa angústia, a qual se converterá em medo — que virá acompanhado de suas implicações —, "[...] pois, se decide atacar, terá medo da devolução defensiva da outra parte, e, se foge, o faz também com medo (VEZZULLA, 1998)". Como uma importante emoção, o medo induzirá as partes a confundirem pessoas com problemas e, a partir disso, construirão seu discurso com o intuito de se protegerem (VEZZULLA, 1998).

Pessoas inseridas em um conflito tendem a conversar sobre este com os indivíduos que lhe cercam, ouvindo diversos conselhos e opiniões. Assim, as partes já chegam à sessão de mediação com um discurso pronto e rígido sobre o problema, com posições definidas e uma visão parcial acerca deste. Toda essa postura terá sido construída durante o tempo de espera pelo dia agendado para o encontro com o outro envolvido na lide, de acordo com o que é trazido a seguir:

[...] escutar tantos conselhos e recomendações de familiares, amigos e profissionais que, dia a dia, esse discurso se verá "enriquecido" com inúmeros argumentos e frases feitas, até conseguir solidificar-se numa exposição oral que pouco ou nada terá dos interesses iniciais que a levaram ao litígio (VEZZULLA, 1998)

De tanto comentar sobre o objeto de controvérsia, a depender de qual emoção seja despertada, o envolvido poderá chegar à mediação prestes a ter uma explosão emocional, o que dificultará a resolução da contenda.

Como já exposto, e, ainda, confirmado por Vezzulla (1998), "O medo bloqueia o raciocínio, a afetividade e com isso a criatividade, valores fundamentais que entram em jogo na mediação". Para minorar os efeitos das emoções no curso da realização da sessão, o mediador deverá desenvolver um papel de suma importância, fundado nos princípios que regem a mediação, ou seja, o de mostrar a sua imparcialidade, garantindo às partes que ele não deseja favorecer uma e prejudicar a outra, visando a conquistar a confiança de ambas, fazendo que elas se sintam seguras.

2.3 O foco nos interesses e não nas posições

Além do que já fora exposto, com vistas a garantir um maior aproveitamento da mediação, deverá haver um foco nos interesses e não nas posições dos envolvidos. A posição pode ser entendida como um escudo rígido que se revela com a fala da pessoa, aquela que fora planejada durante o tempo que antecedeu à sessão, e, por trás desse escudo, estarão escondidos os interesses das pessoas e suas importantes necessidades (VEZZULLA, 1998).

Isso demonstra que as posições não representam o real interesse de cada parte, sendo cabível aqui a ilustração feita por Almeida (2013)

É emblemática a imagem do iceberg para representar com sua parte imersa as posições e com a sua submersa os (reais) interesses. É sabido que a parte submersa corresponde a mais de 80% do iceberg e que essa proporcionalidade existe também entre as posições e os interesses trazidos à mesa de negociação.

Por essa razão, o foco da discussão deve ser os interesses, pois firmar acordos com base nas posições vai gerar um apaziguamento momentâneo do problema, uma vez que os motivos que, de fato, estão por trás do conflito não puderam ser trazidos a lume, a fim de que fossem discutidos e esclarecidos. Dessa maneira, provavelmente, alguma das partes ficará ressentida, provocando, em momento posterior, uma nova dissensão.

Assim, quando o cerne da discussão está nas posições, a probabilidade de um acordo justo e equilibrado será mínima, porque as partes se importarão em defender suas posições, em convencer o outro de que ele está errado e de que a melhor escolha não é a dele. Nesse sentido, veja-se a constatação abaixo:

À medida que se presta maior atenção às posições, menos atenção é voltada para o atendimento dos interesses subjacentes das partes. O acordo torna-se menos provável. Qualquer acordo obtido pode refletir uma divisão mecânica da diferença entre as posições finais, em vez de uma solução cuidadosamente elaborada para atender aos interesses legítimos das partes. O resultado é, com frequência, um acordo menos satisfatório do que poderia ter sido para cada um dos lados (FISCHER; URY; PATTON, 2005).

É nesse momento que a mediação inova e se propõe a observar os reais interesses de cada median-do, fazendo daqueles o objeto principal da discussão, dessa maneira, haverá uma grande possibilidade de se fazer um acordo sensato, sendo este entendido "[...] como aquele que atende aos interesses legítimos de cada uma das partes na medida do possível, resolve imparcialmente os interesses conflitantes, é duradouro e leva em conta os interesses da comunidade (FISCHER; URY; PATTON, 2005)".

Quando os reais interesses são trazidos à tona, o acordo realizado trará benefício a todos, pois o que sustenta esses interesses são valores dos envolvidos, como confiança, respeito, civilidade, autonomia, dentre outros (ALMEIDA, 2013). Ao chegar à base das posições que são aparentemente inflexíveis, elas poderão ser transformadas.

Veja-se, pois, que tal proposta rompe com os paradigmas comuns, então, pode ser verificado mais um dos benefícios da mediação, já que esta busca à satisfação do interesse das partes e, em uma concepção mais ampla, a restauração do relacionamento entre estas.

3. DAS TÉCNICAS DE NEGOCIAÇÃO APLICÁVEIS À MEDIAÇÃO

Esses novos paradigmas propostos pela mediação se efetivam com o uso de suas técnicas, que serão abordadas no presente tópico, observando, inclusive, os ensinamentos trazidos por William Ury, co-fundador do Programa de Negociação de Harvard (Harvard Negotiation Project). Com base nesse Programa, Ury traz, em sua obra *Como Chegar ao Sim*, técnicas/princípios a serem utilizados em situações que envolvam negociações, a fim de produzir um acordo com benefícios mútuos.

O primeiro princípio de negociação da Escola de Harvard diz respeito a focar a discussão nos problemas e não nas pessoas (FISCHER; URY; PATTON, 2005). Isso deve ocorrer porque, como já mencionado, o componente emocional dos envolvidos estará em jogo, assim, será fundamental que os indivíduos consigam perceber que o foco de ataque será o problema e não o outro participante, por isso é tão importante fazer essa disjunção.

O segundo princípio orienta que as pessoas devem concentrar-se nos interesses e não nas posições, isto é, quando há um choque de posições, é necessário procurar saber o porquê de aquele posicionamento ter sido escolhido, pois, nem sempre, juízos adversos significam interesses contrários. Veja-se, então, a explicação abaixo:

A conciliação dos interesses, em vez das posições, funciona por dois motivos. Primeiro, porque, para cada interesse, geralmente existem diversas posições possíveis e capazes de satisfazê-lo. [...] Quando se examinam realmente os interesses motivacionais por trás das posições opostas, frequentemente se descobre uma posição alternativa que atende não apenas aos interesses de uma das partes como também da outra (FISCHER; URY; PATTON, 2005).

Para que os interesses possam ser revelados, é preciso, também, colocar-se no lugar do outro envolvido, fazendo perguntas como "por quê?" e "por que não?", dessa maneira, far-se-á uso da empatia, indispensável em um momento de negociação, bem como será entendido o interesse do outro como parte do problema, abrindo maior possibilidade de criação de soluções.

Essa é parte da orientação contida no terceiro princípio, ou seja, o de inventar opções de ganhos mútuos. Isso é necessário, porque, embora seja sabido que é vantajoso ter várias opções, as pessoas tendem a fazer um julgamento prematuro da causa, entervando a imaginação (FISCHER; URY; PATTON, 2005).

As partes, também, acham que há uma resposta única e buscam apenas por esta, pressupõem, ainda, que, na negociação, há o que Ury chama de "bolo fixo", isto é, enxergam apenas opções excludentes, como se apenas uma pudesse ganhar. Por fim, limitam-se a pensar que cada lado deve preocupar-se, exclusivamente, em satisfazer seu interesse imediato.

No quarto princípio, ensina-se a focar em critérios objetivos, isto é, buscar a solução com base em princípios e não em pressões, aplicar padrões e procedimentos que sejam justos, visando a um acordo que terá condições de ser cumprido.

Todos esses princípios estão em conformidade com as técnicas e os aspectos da mediação, que um bom mediador deverá sempre observar, a saber:

- 1) centralizar as discussões nos problemas e não nas pessoas; 2) investigar os interesses desarmando o discurso infértil da posição; e 3) prestar muita atenção às emoções dos clientes para que, apontadas,

sejam usadas positivamente na procura dos reais interesses e não atrapalhem no processo de mediação (VEZZULLA, 1998).

Geralmente, é comum observar que as partes chegam à mediação trazendo velhos paradigmas de uma postura adversária. Cada um tentará oferecer argumentos que favoreçam o próprio ponto de vista, levado pela ânsia de ser aquele que tem a razão, a melhor proposta ou o melhor comportamento, isto é, sair como o vencedor da discussão, como comumente ocorre quando alguém tenta resolver um conflito.

Esse comportamento faz parte do modelo tão enraizado no Poder Judiciário, baseado em um processualismo rígido que “[...] eleva custos, avoluma autos, estufa vaidades e alimenta uma advocacia litigiosa, [...] voltada à exploração do conflito, em detrimento de sua efetiva transformação (VASCONCELOS, 2008)”.

Entretanto, a proposta da mediação é inovadora, visa a um “ganha-ganha” em que cada envolvido poderá expor seu ponto de vista, sem ter aquele que será considerado o melhor, pois o foco da discussão não será o outro, mas as questões controvertidas. Isso implica uma mudança cultural na forma de resolver litígios.

Com isso, quer-se dizer que a mediação busca, também, mudar essa visão adversarial, uma vez que ela se baseia no princípio da cooperação, da não competitividade (SALES, 2003), isto é, espera-se que os participantes tenham um espírito colaborativo, objetivando atender aos interesses de todos.

Quando há a mencionada separação entre pessoas e problemas, é possível fixar os aspectos subjetivos – que tratam acerca da interação e da comunicação entre os indivíduos – e, então, percebe-se que eles estão fundados na emoção e na percepção, sendo muito próprios de cada caso concreto.

Como aduz Almeida (2013), quando pessoas e problema são separados, “[...]mediadores podem provocar a construção de uma pauta objetiva – a matéria –, e outra subjetiva – a comunicação/ relação –, e possibilitar que ambas sejam objeto de atenção ao longo do processo”.

Dessa maneira, as técnicas permitirão identificar os interesses e as posições de cada mediando, como é entendido por Bacellar (2012) “[...] A finalidade da mediação (nossa posição) é desvendar os interesses (lide sociológica) que de regra estão encobertos pelas posições (lide processual)”.

É importante, portanto, que o mediador consiga fazer reflexões que levem em conta a percepção e a emoção de cada sujeito, pois, se os envolvidos conseguirem entender a percepção do outro acerca do conflito, em vez de simplesmente deduzirem com base em perspectivas próprias, poderão criar empatia, facilitando, assim, o acordo.

Quando se constroem as pautas subjetiva e objetiva, é esperado que a negociação em jogo tenha mais fluidez e produtividade, uma vez que isso ajudará os envolvidos a olharem juntos para o problema, construindo uma solução cooperativa, sentindo-se como parte importante da resolução do dissenso.

4.CONCLUSÃO

No decorrer do presente trabalho, pôde-se ver que a mediação é adequada à solução de conflitos de natureza continuada, e o curso de suas sessões tem uma ligação direta com a emoção das partes envolvidas. Sendo assim, tendo ciência dessas peculiaridades, esse mecanismo propõe que haja uma mudança nos paradigmas da resolução de litígios.

Essa mudança passa pela condução da mediação com base em alguns princípios de negociação devidamente adaptados às demandas desse instituto. Essas modificações propõem uma nova perspectiva, na qual se dá ênfase ao viés positivo do conflito, ao foco nos interesses e não nas posições das pessoas, bem como às implicações advindas do aspecto emocional do envolvido.

Dessa feita, viu-se que, com a observância desses novos aportes, há uma real possibilidade de ganhos mútuos, com a realização de acordos sensatos e satisfatórios aos envolvidos, possibilitando que sejam cumpridos, bem como ressaltando a importância que há em a construção da solução do litígio ser feita pelos próprios indivíduos que lhe deram causa.

Espera-se, desse modo, que a real contribuição das técnicas utilizadas na mediação torne esse instituto cada vez mais satisfatório no que tange ao efetivo acesso à Justiça, construindo uma cultura de diálogo na sociedade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Tania. Caixa de ferramentas em mediação: aportes práticos e teóricos. –São Paulo: Dash, 2013.

ALMEIDA, Tania. Mediação de Conflitos: Um meio de prevenção e resolução de controvérsias em sintonia com a atualidade. Edição eletrônica. Dez. 2008. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/programas/movimentopelaconciliacao/arquivos/Artigo%20Tania86_De31_Mediacao_de_Conflitos_Um_meio_de_prevencao_e_resolucao_de_controversias_em_sintonia_com.pdf>. Acesso em: 29 mai. 2016.

AZEVEDO, André Gomma (org.). Manual de mediação judicial. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento- PNUD, 2009.

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

BOCK, Ana Mercês Bahia; FURTADO, Odair; TEIXEIRA, Maria de Lourdes Trassi. Psicologias: uma introdução ao estudo da psicologia – 14ª ed – São Paulo: Saraiva, 2008.

BRAGA NETO, Adolfo. A mediação de conflitos e suas diferenças com a conciliação. Edição eletrônica. Fev. 2011. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/programas/movimentopelaconciliacao/arquivos/ARTIGO%20Adolfo_MEDIACAO_CONCILIACAO_FEV_20111.pdf> Acesso em: 29 mai. 2016.

CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem: mediação: conciliação: Resolução CNJ 125/2010. – 4.ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. Psicologia Jurídica – 5. ed.- São Paulo: Atlas, 2014.

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

GLEITMAN, Henry; REISBERG, Daniel; GROSS, James. Psicologia. Tradução: Ronaldo Cataldo Costa – 7ª ed. – Porto Alegre: Artmed, 2009.

SALES, Lília Maia de Moraes. Justiça e mediação de conflitos. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Mediação de conflitos e práticas restaurativas. – São Paulo: Método, 2008.

VEZZULA, Juan Carlos. Teoria e prática da mediação. Colaboradores: Ângelo Volpi Neto, José Ribamar Ferreira e Maria Augusta de O. Volpi. Curitiba: Instituto de Mediação e Arbitragem, 1998.

MEDIAÇÃO: A SENSIBILIZAÇÃO NA SOLUÇÃO DO CONFLITO ATRAVÉS DO DIÁLOGO

MEDIACIÓN: LA SENSIBILIZACIÓN EN LA SOLUCIÓN DEL CONFLICTO A TRAVÉS DEL DIÁLOGO

Gabriella Araújo Pimentel ⁸

RESUMO: O presente artigo está fundamentado na mediação de conflitos como mecanismo eficaz na solução de um problema existente. O estudo descreve, inicialmente, a mediação como um meio de resolução de conflitos humanos, os seus princípios norteadores, quais os tipos de mediação: judicial e extrajudicial.

Palavras-Chave: Princípios. Mecanismos de soluções extrajudiciais e judiciais. Mediação.

ABSTRACT: Este artículo se basa en la mediación de conflictos como un mecanismo eficaz en la solución de un problema existente. El estudio describe inicialmente la mediación como medio para resolver conflictos más humano, sus principios rectores, qué tipos de mediación: judiciales y extrajudiciales.

Palabras clave: Principios. Mecanismos de recursos extra-judiciales y judiciales. Mediación.

INTRODUÇÃO

O ser humano necessita de regras de convivência para manter a ordem social, em decorrência, foram criadas as normas em nosso ordenamento jurídico brasileiro e, quando descumpridas, acarretam algum tipo de sanção para o indivíduo que agiu em desconformidade com a lei.

A realidade em nosso país é a grande quantidade de ações que chegam ao poder judiciário, tornando a solução do conflito moroso e oneroso, deixando de lado a capacidade de negociação por parte dos indivíduos, de forma consensual e direta com a parte oposta, recorrendo aos profissionais capacitados para conseguir atingir sua meta. Como o número de ações judiciais são inúmeras nas varas de família, observa-se a necessidade de procurar meios alternativos para resolver os seus conflitos.

Neste sentido, o trabalho em questão se propõe a estudar a mediação enquanto possibilidade de resolução de conflitos por intermédio, principalmente os familiares, através do diálogo entre as partes. Implantando na cultura brasileira mecanismos complementares ao poder judiciário. Em questões familiares, é importante haver maior sensibilidade por parte do terceiro que vai intervir no conflito, sendo de suma importância o tratamento com competência, cuidado, por serem expostos questões importantíssimas para o relacionamento das partes. Na mediação familiar o diálogo entre as partes envolvidas será facilitado pelo mediador, para que assim possam, ao final, chegar a um acordo, comum a ambos.

Quando as partes envolvidas constroem a solução do conflito em comum acordo, certamente ambos sairão satisfeitos, desenvolvendo assim características importantes, como por exemplo, ter auto-responsabilidade por seus atos. Geralmente o conflito vem acompanhado por diversos sentimentos dolorosos, que provocam emoções difíceis de lidar, tais como angústia, raiva, tristeza, depressão, mágoa, etc.

Desta maneira, o aprofundamento do tema se faz necessário diante da preocupação com o aspecto psicológico dos indivíduos em situações de conflitos, por isso a relevância do enraizamento da mediação em nossa cultura.

Os conflitos fazem parte da convivência humana, devido à complexidade da convivência com o outro ser humano, a dificuldade em respeitar as diferenças entre os indivíduos, dentre outros motivos. Existem várias causas que levam a desestruturação familiar, quando os conflitos são mal administrados. Os conflitos quando bem conduzidos, tornam-se essenciais para o amadurecimento pessoal. Os conflitos familiares ultrapassam a esfera jurídica, adentrando nos aspectos afetivos, por ser uma relação continuada, ou seja, a convivência é necessária, sendo assim, há uma necessidade maior de restauração da harmonia, a preservação do diálogo.

A mediação é o método de solução de conflitos, que busca desenvolver algumas características essenciais para restabelecer vínculos. Nos problemas familiares transparecem diversos tipos de sentimentos, dificultando a conversa entre os mediados.

Cada indivíduo é único em seu jeito de pensar, agir, sendo formada a sua personalidade pelo o conjunto de experiência ao longo da sua vida. O conflito pode se tornar algo positivo por levar a discussão de determinados assuntos, em conhecimento de novos pontos de vistas, a revelar valores distintos, fazendo com que as pessoas passem por um processo de evolução, não se tornando necessariamente algo negativo, o que o torna assim é a maneira em que lhe damos com eles. Porém o conflito é resolvido verdadeiramente quando é detectado o real motivo do desentendimento.

⁸ Graduada em direito pela Faculdade do Nordeste (2016). Curso de línguas em formação pelo Núcleo de Línguas Estrangeiras – UECE – Espanhol. Experiências profissionais: Escritório Alencar Macedo Advogados Associados, Superintendência da Receita Federal da 3ª Região Fiscal. Outras informações: Grupo de estudo, projeto cidadania ativa: Mediação e conciliação de conflitos, seminário: Mediação. Email: gabriellaa.pimentel@gmail.com

DA MEDIAÇÃO

A mediação é um mecanismo de solução de conflitos, em que através do mediador, que é um terceiro, imparcial, capacitado, utilizará técnicas para restabelecer o diálogo entre as partes, para que posteriormente ambas busquem de forma responsável uma melhor solução para o conflito existente.

Cada pessoa tem a sua verdade no contexto do desentendimento, por isso dificilmente é possível estabelecer um diálogo nessas horas, neste momento é que o núcleo de mediação é procurado, voluntariamente por uma ou ambas as partes, respeitando o princípio da autonomia de vontade.

O poder de decisão cabe somente aos envolvidos, o mediador apenas facilita a conversa, intermediando, até que as partes consigam dialogar e buscar resolver de forma satisfatória o problema entre elas. A mediação é uma forma humana de buscar resolver as aflições dos seres humanos que passam por algum problema e que em decorrer disso não consegue resolver de forma equilibrada aquela lide com o outro ser.

O procedimento da mediação ajuda o ser humano a desenvolver alguns dos seus sentidos, como: aprender a se colocar no lugar do outro, saber respeitar opiniões contrárias, ter auto-responsabilidade pelos os seus atos, a ter um olhar mais cuidadoso com o próximo.

O mediador utiliza-se de técnica que desencadeiam todas essas habilidades que são inerentes do ser humano, e que muitas vezes deixamos de lado, movidos por sentimentos de raiva, rancor, vingança, dentre outros, impossibilitando que o problema seja resolvido verdadeiramente, restabelecendo assim laços que foram rompidos, vejamos:

De acordo com Sales e Vasconcelos (2006,71):

[...] a mediação como meio não adversarial de solução de conflitos em que um terceiro, competente, capacitado e imparcial, denominado mediador, auxilia as partes na busca de soluções mutuamente satisfatória e na reconstrução de relações rompidas.

Nas palavras de Warat:

A mediação é, assim, uma forma alternativa (com o outro) de intervenção nos conflitos. Falar da alteridade é dizer muito mais coisas que fazer referência a um procedimento cooperativo, solidário, de mútua autocomposição. Estamos falando de uma possibilidade de transformar o conflito e de nos transformarmos no conflito, tudo graças à possibilidade assistida de poder nos olhar a partir do olhar do outro, e colocarmo-nos no lugar do outro para entendê-lo a nós mesmos. (...) Enfim, é a alteridade, a outridade como possibilidade de transformação do conflito, produzindo, no mesmo, a diferença com o outro. A outridade afeta os sentimentos, os desejos, o lado inconsciente do conflito, sem que exista a preocupação de fazer justiça ou de ajustar o acordo às disposições do direito positivo. Nesse sentido, também se fala em outridade ou alteridade: a revalorização do outro do conflito em detrimento do excessivo privilégio outorgado aos modos de dizer do direito, no litígio. (2001, p.83).

Existem várias definições para o que seja a mediação de conflitos, mas o sentido é o mesmo, a busca pela satisfação de ambas as partes, reconstruir laços rompidos e valores esquecidos, desenvolver a capacidade de buscar o diálogo como o melhor mecanismo para solucionar algum problema, tornando-se assim, autor da sua própria história.

A mediação de conflitos utiliza-se de meios para solucionar o real motivo do problema entre as pessoas que fazem parte dele. Percebe-se nas sessões de mediação que cada pessoa tem a sua verdade no contexto da discussão, sendo preciso abrir um espaço de escuta para saber a razão do conflito, caminhando sempre na construção de uma possibilidade de acordo construído pelos dois.

O objetivo da mediação é construir uma cultura de paz, principalmente diante de conflitos familiares, em que o impacto psicológico é mais intenso, por envolver laços afetivos. Conforme menciona Malvina Muszkat et al (2008, pg. 13):

Seu objetivo é buscar acordos entre pessoas em litígio por meio da transformação da dinâmica adversarial, como no tratamento de conflitos, em uma dinâmica cooperativa, improvável nesse contexto. Para que as partes cheguem a um acordo, é fundamental a qualificação técnica do mediador, para direcionar de forma adequada as sessões de mediação. A solução nasce das partes, o mediador é o intermediário que facilitará o diálogo, apaziguando os ânimos, para que assim elas possam parar para escutar a outra parte, se colocar no lugar do outro, desenvolvendo uma escuta ativa, sem julgamentos, entendendo a outra versão do conflito, compreendendo que o mundo é muito além do que ela consegue perceber. Às vezes uma atitude aparentemente banal, pode desencadear reações na outra pessoa devido a experiências passadas que lhe causaram algum tipo de trauma, e que devido a isso sentem dificuldades em resolver pequenos conflitos do dia a dia, porém, perfeitamente naturais da condição humana, por isso é extremamente necessário buscar mecanismo que desenvolva características fundamentais para se ter uma convivência harmoniosa.

Conforme ressalta Malvina Muszkat, no protagonismo das partes, da importância do diálogo, na possibilidade das próprias partes resolverem as suas questões, sem a intermediação de uma autoridade.

O método utilizado pela mediação é não adversarial, não seguindo o modelo do judiciário, em que existe uma parte que ganha à ação, e outra que perde.

A mediação visa o acordo entre as partes, utilizando meios alternativos de problemas, de forma a causar menos danos psicológicos entre os envolvidos, e ao mesmo tempo implantando uma cultura em que o diálogo pode ser o melhor caminho para resolver diversos conflitos.

No entanto, a mediação extrajudicial não tem como objetivo substituir o poder judiciário, ao contrário, é uma forma que contribui na tentativa de solucionar um problema. O poder judiciário é fundamental para se manter a ordem social, disciplinando as relações de convivência entre as pessoas.

Neste sentido podemos perceber que nem todas as questões podem ser levadas para mediação, existe um campo delimitado em que pode ser buscado o intermédio do mediador para intermediar uma lide, conforme menciona Muszkat et al (2008, p. 43) "A mediação não elimina a presença do judiciário. Cabe ao sistema de Justiça dirigir o processo legal e homologar os acordos obtidos pela via de consentimento mútuo".

Desta forma, existe um complemento entre o poder judiciário e a mediação, sendo ambos necessários. No entanto, em determinadas esferas, em que o motivo do desentendimento é a falta de comunicação entre as partes, a mediação pode reestruturar a harmonia entre os mediados, para que assim eles possam ter uma convivência saudável no decorrer do tempo. O mediador utiliza seu conhecimento para detectar justamente o que de fato desencadeou o conflito, pois muitas vezes ele é oculto por uma das partes que por algum motivo não quer assumir, ou que busca acreditar em algo diverso do que é sentido.

De acordo com Muszkat et al (2008, pg. 43)

Ao identificar e abordar o conflito oculto, contribui para a pacificação das partes. Além disso, a reparação por meio da mediação tende a apresentar um resultado mais efetivo que o do processo judicial conduzido pela lógica adversarial.

Resolver o problema não é a questão principal, e sim fazer com que as partes enxerguem o quanto é importante terem auto-responsabilidade por seus atos, da boa administração das adversidades do dia a dia, por ser uma consequência de um convívio com pessoas que possuem o jeito de ser diferente do seu.

PRINCÍPIOS NORTEADORES DA MEDIAÇÃO

Alguns princípios regem a mediação de conflitos, quais sejam: o princípio da Imparcialidade, princípio da confidencialidade, princípio da liberdade e poder de decisão das partes, e o princípio da não-competitividade.

Segundo Thomé (2007,p.425), "a mediação é baseada em regras e procedimentos preestabelecidos e o mediador tem o objetivo de ajudar as partes a negociarem de maneira mais efetiva, não se envolvendo no problema nem impondo uma solução".

PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE

O mediador não pode ter qualquer tipo de vínculo com as partes, agindo de forma neutra diante das partes e da situação exposta. Menciona Sales e Vasconcelos (2006, pg. 83):

O princípio da participação de terceiro imparcial diz respeito à conduta do mediador. Na realidade, em quaisquer meios de solução de conflito em que há a participação de um terceiro, este deve ser imparcial para que se ofereça às pessoas, indistintamente, o mesmo tratamento.

Observa-se que o mediador não pode ter qualquer tipo de relação com os mediados, propiciando igualdade no tratamento para ambos. Conforme menciona Sales e Vasconcelos (2006, pg. 83) "caso seja necessária uma conversa em particular com um dos mediados, o outro também deve ter o mesmo direito.

As pessoas possuem juízos de valores sobre determinados assuntos, que são construídos pelas experiências vivenciadas ao longa da vida, de acordo com Sales e Vasconcelos (2006, pg. 84)"Todas as pessoas possuem juízos de valores que são construídos ao longo da vida, de acordo com convicções religiosas, políticas, culturais etc".

PRINCÍPIO DA CONFIDENCIALIDADE

Os fatos narrados pelas partes são sigilosos, em relação a todo o conteúdo que ocorre nas sessões de mediação, sendo confidencial pelo mediador e pelas partes. De acordo Sales e Vasconcelos (2006, pg. 86)

Note-se que tanto as partes quanto o mediador devem observar a confidencialidade do processo. É indispensável para o sucesso da mediação que esses laços de confiança sejam mantidos, pois, assim, as partes conseguirão expor seus problemas de forma adequada.

A confidencialidade, principalmente do mediador, no processo, contribui para a conquista da confiança das partes, para que assim ambas consigam expor o real motivo do conflito.

Justifica-se o princípio da confidencialidade na proteção do processo de mediação e a confiança em relação ao mediador. O mediador não tem o poder decisório para impor aos mediados uma solução, a influência do mediador no desenvolver da controvérsia é conforme é conquistado a confiança das partes, utilizando estratégias para alcançar o objetivo da mediação: o acordo.

O sigilo é uma regulamentação da profissão, por serem informações reveladas em decorrer do exercício da profissão.

PRINCÍPIO DA LIBERDADE E PODER DE DECISÃO DAS PARTES

Este princípio consiste que as partes são livres para iniciar e finalizar uma mediação, sendo livre para escolher o mecanismo adequado para resolver os seus próprios conflitos. Ao escolher o instituto da mediação, as partes têm o poder de tomar decisões, de permanecer ou não nas sessões de mediação. De acordo com Sales e Vasconcelos (2006, pg. 81)

Existem duas formas de mediação: a voluntária e a mandatária. A primeira, como o próprio nome denota, consiste na modalidade em que as partes optam pelo procedimento voluntariamente. A segunda tem o seu início determinado por um juiz, consoante a legislação vigente no país.

A liberdade inicia com a escolha do instituto a ser utilizado pelas partes, pela permanência em continuar comparecendo as sessões de mediação, encerrando com a finalização do acordo dos mediados. Menciona Juan Carlos Vezzulla (2001, p. 26) que a mediação "é voluntária porque só pode realizar-se com a aceitação expressa dos clientes. São eles que escolhem esse caminho, quando começar e quando interromper".

A mediação mandatária, inicia por decisão judicial, porém, o poder de decisão continua sendo das partes, são livres por optar em fazer o acordo. Conforme aduz com Sales e Vasconcelos (2006, pg. 82):

Deve-se lembrar que essa obrigatoriedade se refere apenas ao comparecimento à primeira sessão de mediação e cumpre o importante papel da divulgação desse instrumento. Trata-se do caráter pedagógico da obrigatoriedade.

Independentemente da modalidade de mediação, quais sejam: voluntária, mandatária ou obrigatória), os mediados são livres para fazerem as suas escolhas. O importante é as partes se sentirem satisfeitas com o acordo celebrado. De acordo com Rosenblatt et al (2014, pg. 62):

A voluntariedade e o protagonismo estão presentes em todos os momentos: na adesão inicial à mediação, na permanência no processo, na elaboração ou não do acordo, na definição ou não de seu conteúdo.

O mediador utiliza-se de "ferramentas" adequadas conforme a particularidade de cada situação apresentada pelos mediados.

A mediação estimula as partes a serem protagonistas da sua própria história de vida, fazendo com que ambas tenham capacidade de resolverem o conflito de forma equilibrada, dialogando o que é melhor para todos os envolvidos no litígio. Menciona Rosenblatt et al (2014, pg.63) "A autonomia da vontade e o protagonismo dos mediados são objeto de cuidado do mediador durante todo o trabalho, por meio das mais diversas intervenções".

PRINCÍPIO DA NÃO-COMPETITIVIDADE

O princípio da não-competitividade propõe um novo olhar sobre o conflito, o de cooperação, substituindo a visão de que em um conflito existe uma parte vencedora e outra perdedora, propondo uma nova perspectiva sobre o conflito.

O modelo adotado pela mediação de conflitos é o ganha-ganha, em que ambas as partes ganham na construção da solução do conflito, adotando um modelo não-adversarial. Conforme:

Assim, não há competição na mediação, já que as pessoas conflitantes não são oponentes, não havendo a ideia de uma vencer a outra. Pelo contrário na mediação as partes são vistas como solidárias, encontrando uma solução satisfatória (CRUZ, 2005, p.270).

É estimulado o pensamento coerente, racional, deixando as emoções neutras, para pensar em uma solução que atenda o interesse em comum das partes, conflito. Desta maneira os mediados procuram percorrer o caminho da decisão de forma amigável.

O conflito pode ser transformado em algo positivo, quando as partes conseguem administrar bem, compreendendo como algo necessário e natural da condição humana.

Para que as partes consigam pensar de maneira racional, primeiro é necessário apaziguar os ânimos e posteriormente encontrar uma solução que atenda os interesses de ambas as partes.

MEDIADORES JUDICIAIS E EXTRAJUDICIAIS

A FIGURA DO MEDIADOR

O mediador é um terceiro imparcial denominado que se utiliza de técnicas para facilitar o diálogo entre as partes para que ambas encontrem uma solução satisfatória para o conflito existente. O mediador facilita a conversa entre as partes através de técnicas, tendo como o seu principal objetivo prover o respeito entre os envolvidos, investigar qual o real motivo do conflito, auxiliá-las para que busquem junto uma solução, fazendo com que a construção do acordo final tenha a sua máxima eficácia.

O mediador tem como finalidade estimular o diálogo entre os envolvidos, para que assim, ambas resolvam o problema da melhor maneira possível. A capacitação do mediador é de suma importância para a boa condução das sessões de mediação.

Conforme menciona Sales e Vasconcelos (2006, p. 72), "por meio do incentivo ao diálogo amigável estimula as partes para a realização de um acordo satisfatório para ambas, auxiliando na construção de uma nova realidade que proporcione a manutenção da relação entre os mediados". O mediador busca a harmonia entre as partes, principalmente por se tratar de conflitos de relação continuada.

O mediador tem um papel fundamental na boa condução das sessões de mediação, seguindo alguns princípios inerentes deste instituto, como por exemplo: confidencialidade, imparcialidade, voluntariedade, não-competitividade, autocomposição, dentre outros.

O mediador não tem o poder de decisão, quem vai desenvolver essa capacidade de decidir são as próprias partes, sendo as pessoas mais indicadas para suprir os seus anseios. Menciona Sales e Vasconcelos (2006, p. 75), "O mediador conduz sem decidir; ao passo que as partes possuem autoridade e poder de decisão". Embora o mediador não decida as questões dos mediados, é de suma importância a adequada administração do litígio.

O mediador tem que conservar a vontade das partes, a autonomia de vontade dos mediados, para que assim ambas possam ser responsáveis por suas próprias decisões.

Nesse processo de elaboração de uma solução, o mediador acompanhará os envolvidos de forma imparcial, estimulando as partes a resolverem as suas controvérsias através do diálogo. A imparcialidade é uma das características principais, por ser através dela que as partes adquirem uma confiança maior no mediador.

Quando não for possível agir com imparcialidade, o mediador deve recusar fazer a mediação. Conforme menciona Rosenblatt et al (2014, pg. 68):

É inevitável que o mediador traga consigo para a sala de mediação sua bagagem cultural, sua história pessoal, seus pressupostos e paradigmas. A mediação reconhece essa situação como inerente à condição humana. É importante que os mediadores trabalhem essas influências a fim de minimizar sua interferência no exercício de sua função, inclusive no que tange a sua imparcialidade.

As pessoas possuem um juízo de valor sobre determinados assuntos, principalmente quando existe um conflito em que é ouvido as duas partes. Quando isso acontece é formado um pré-julgamento de quem está com a razão para a terceira pessoa que escuta. O mediador precisa deixar a sua "bagagem" do que é certo ou errado de lado, agindo de forma neutra de maneira que atinja a sua principal finalidade: o acordo.

A boa condução da mediação depende da adequada capacitação do mediador. O mediador possui alguns compromissos com os mediados, dentre eles o dever de manter o sigilo dos assuntos que dizem respeito apenas as partes.

A organização do mediador em relação ao seu trabalho é de acordo com a sua percepção. Nesse sentido o mesmo conduz as sessões de mediação, direcionando de maneira a atingir a sua finalidade: o acordo entre as partes. Por isso o mediador tem que sempre atualizar os seus conhecimentos, se tornando cada vez mais capacitado, acrescentando diversas maneiras de conduzir o conflito, com o cuidado de preservar o princípio da imparcialidade, mantendo desta maneira o poder de decisão das partes.

Como já salientado, os problemas familiares são mais complexos de resolver, por envolver diversos sentimentos de forma simultânea, dificultando a solução do conflito. Segundo as autoras Sales e Vasconcelos (2006, p. 132):

Geralmente, as pessoas que chegam a uma sessão de mediação para resolver uma querela familiar já possuem um ponto de vista formado, que foi construído ao longo das discussões [...] "Por este motivo

é difícil as partes dialogarem sobre diferentes pontos de vistas, entendendo o modo de agir do outro, fazendo com que ambas resolvam os seus próprios problemas, sem que haja a necessidade de acionar o poder judiciário ou procurar meios alternativos. O mediador tenta desconstituir esse pensamento formado dos mediados.

Nos conflitos familiares, que tratam de relações continuadas, sendo necessário a observação da estrutura familiar das partes, para que desta maneira o mediador através dos seus conhecimentos, siga auxilie as partes a encontrar o caminho mais adequado para aquele determinado caso, a partir do diálogo.

O mediador precisa destacar a importância de os familiares saberem encontrar juntos maneiras de administrar os conflitos que sempre existiram, embora sejam situações diferentes.

A confiança na relação entre mediador e mediados é o principal requisito para uma mediação bem sucedida, pois através dela as partes se sentem à vontade para expor o real motivo do conflito, para que desta maneira a solução encontrada seja eficaz.

Conforme menciona as autoras Sales e Vasconcelos (2006, p. 132), "as pessoas precisam sentir-se confortáveis e confiantes para expor suas intimidades: traições, decepções, amor não correspondido, abusos físicos e mentais etc."

Em questões familiares esses sentimentos se tornam mais intensos, inclusive o senso crítico do mediador, não podendo o mediador demonstrar qualquer tipo de opinião, mantendo a sua imparcialidade.

EXIGÊNCIAS PARA EXERCER A MEDIAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL

O mediador extrajudicial tem que ser capacitado, ter competência para exercer essa função, sendo a imparcialidade essencial, pois é através dela que o mediador adquire a confiança das partes.

O mediador é procurado por ambas às partes, de maneira consensual, de maneira que todos os envolvidos no litígio concordem com a mediação, quando isto ocorre o mediador deixa as partes cientes de como funciona o procedimento da mediação. A lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Regulamenta a mediação de conflitos. Segue artigo:

Art. 9º Poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se.

O mediador judicial é pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso superior, em instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM ou pelos tribunais. Conforme artigo 11 a lei nº13.140/2015, segue:

Art. 11. Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.

CONCLUSÃO

As medidas alternativas surgiram para complementar o poder judiciário, visando a pacificação social dos indivíduos na sociedade, adotando um modelo autocompositivo na solução dos conflitos. Percebe-se o desenvolvimento dos seres humanos na convivência, com o surgimento do instituto da mediação. A mediação de conflitos, é o objeto de estudo da presente pesquisa.

A mediação de conflitos é, sem dúvida, uma imprescindível evolução em nosso instituto jurídico, como meio eficaz, capaz de reestabelecer relações de convivência entre as pessoas, reduzindo os impactos psicológicos ocasionados pelos problemas decorrentes do convívio humano.

Cabe salientar que não tive a pretensão de esgotar esse tema, pois não seria possível, além do que está em constante evolução merecendo uma análise maior das pessoas que se enquadram nos litígios que podem ser abordados na mediação.

REFERÊNCIAS

- _____. Lei Federal nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Lei de Mediação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 20 de nov. 2015.
- CALMON, P. Fundamentos da Mediação e da Conciliação. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- COOLEY, John W. A advocacia na mediação. Brasília: UNB, 2001.
- CRUZ, Sáskya Narjara Gurgel da. O estudo da mediação: uma análise principiológica. In: SALES, Lília Maria de Moraes (org). Estudos sobre a Efetivação do direito na atualidade: a cidadania em debate. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2005.
- CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Princípios fundamentais norteadores do direito defamília. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 2ª ed. Revista. Livraria do Advogado Editora, 2005.
- GRUNSPUN, Haim. Mediação Familiar: o mediador e a separação de casais com filhos. São Paulo: LTr, 2000.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito Civil: Famílias. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. A Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça: origem, objetivos, parâmetros e diretrizes para a implementação concreta. In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (Coord.). Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional. Coleção ADRS, 2011.
- MOORE, C. W. O processo de mediação. 1998.2 ed. Porto Alegre: Artmed.
- MUSZKAT, Malvina. COLETA, Maria. UNBEHAUM, Sandra. MUSZKAT, Susana. Mediação familiar transdisciplinar. 1. Ed. São Paulo: Summus, 2008.
- ROSENBLATT, Ana. KIRCHNER, Felipe. BARBOSA, Rafael V. M. CAVALCANTI, Ricardo R. B. Manual de Mediação. 1. Ed. Brasília: CEAD/ENAM, 2014.
- SALES, Lília Maia de Moraes; VASCONCELOS, Mônica Carvalho. Mediação Familiar. Fortaleza: Expressão Gráfica Editora, 2006.
- VEZZULLA, Juan Carlos: Mediação: Guia para usuários e profissionais. Florianópolis: IMAB, 2001.
- WARAT, Luis Alberto. O ofício do mediador. Florianópolis: Habitus, 2001
- THOMÉ, Liane Maria Busnello. A mediação aplicada às ações de execução de alimentos. In: MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto;
- TESHEINER, José Maria Rosa. Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil: estudos em homenagem aos 25 anos de docência do professor Dr. Araken de Assis. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MEDIAÇÃO DE CONFLITOS E TRANSDISCIPLINARIEDADE: POR UM IMPERATIVO DE SUPERAÇÃO À LUZ DA TEORIA DA COMPLEXIDADE

MEDIATION OF CONFLICTS IN A CROSS-DISCIPLINARY ENVIRONMENT: TOWARDS AN IMPERATIVE TO OVERCOME IN THE LIGHT OF THE COMPLEXITY THEORY

Kely Cristina Saraiva Teles Magalhães⁹

RESUMO: O presente artigo aborda alguns aspectos relevantes no que concerne à temática da mediação enquanto método autocompositivo de resolução de conflitos que se apoia como propositiva estratégia de pacificação social e exitoso meio de incentivo a autonomia e emancipação. Para tanto, faz inicialmente uma reflexão acerca dos conflitos, definindo-os e relacionando-os à dinâmica dos indivíduos e da sociedade. O intuito é de aproximar a discussão em torno dos desafios contidos na própria autopoiese do sistema que integra as relações sociais, na contemporaneidade. Buscar-se-á apresentar a Teoria da Complexidade de Edgar Morin, como aparelho transformador na perspectiva da apreensão de inaugural olhar sobre os fenômenos que margeiam as mais diversas teias de desordens entre os indivíduos. A mediação oferece possibilidades para a construção de novos saberes, numa contínua reordenação dos espaços democráticos, que convergem para o protagonismo dos sujeitos. Apresentar-se-á por fim, a transdisciplinariedade como marco central e promissora abordagem voltada para inter-relação entre as ciências e, melhor condução dos processos de conflito, bem como na favorável intervenção do mediador, com vistas à superação do paradigma dos fenômenos analisados separadamente o que descaracteriza muitos de seus aspectos peculiares. Com efeito, a vida entendida como fenômeno multidimensional, permeado por contradições e dissensos.

Palavras-chave: Mediação. Conflitos. Teoria da Complexidade. Transdisciplinariedade.

ABSTRACT: This article discusses some relevant aspects regarding the issue of mediation as autocompositional method of conflict resolution that supports as purposeful social pacification strategy and successful means of encouraging autonomy and emancipation. Therefore, initially makes a reflection about the conflict, defining them and relating them to the dynamics of individuals and society. The aim is to bring the discussion around the challenges contained in own autopoiesis system that integrates the social relations in contemporary times. Search It will present the theory of Edgar Morin Complexity, as a transforming device in view of the opening of apprehension look at the phenomena that line the various webs disorders among individuals. Mediation offers possibilities for building new knowledge on a continuous reordering of democratic spaces that converge on the role of the subjects. It will be present finally, transdisciplinariedade as central and promising in March driven approach to inter-relationship between science and better conduct of the conflict process and the favorable intervention of the mediator, with a view to overcoming the paradigm of the phenomena analyzed separately which rules out many of its peculiar aspects. Indeed, life understood as a multidimensional phenomenon, permeated by contradictions and disagreements.

Keywords: Mediation . Conflicts . Theory of Complexity . Transdisciplinariedade.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo propõe-se analisar o conteúdo e a formação da mediação, que possui como objetivo central ser instrumento de pacificação social e estratégico diante dos mais diversos conflitos experimentados pela sociedade. Como referência de acolhida ao estudo da mediação, adotou-se a Teoria da Complexidade de Edgar Morin e o amparo na abordagem da transdisciplinariedade, enquanto melhor meio interventivo e de consolidação da mediação, devido ao amplo espectro da proposta e acuidade do olhar manifestada, em relação as visões de mundo, dos fenômenos e, conseqüentemente, das análises das demandas.

Para tanto tece inicialmente pertinentes e objetivas considerações sobre o conflito desde tempos mais remotos das civilizações e, como estes eram apreciados e evoluíram ao longo do período e nas sociedades como um todo. Destaca-se o conflito entendido enquanto fenômeno inerente aos indivíduos e grupos sociais, porém, as formas de enfrentamento, foram bastante diversificadas pelas diferentes culturas.

Buscar-se-á evidenciar a natureza da mediação com pretensões de se compreender com mais robustez, a importância do tema proposto na contemporaneidade. Para tanto, será dado inicialmente um enfoque conceitual geral, e em seguida, tratamento sob o viés sociológico, com vistas ao entendimento acerca dos fenômenos sociais e relações cotidianas, pautadas em sua maioria, pelas questões econômicas, enquanto matrizes dos conflitos. Por meio de pesquisa bibliográfica e documental se fará a análise da

⁹ Mestranda em Direito Constitucional pela Unifor. Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza - Unifor e Serviço Social pela UECE. Especialista em Direito Público pela Faerpi/Metodista e Gestão de Pessoas pela Unifor. Especializanda em Políticas Públicas pela UECE. Advogada e Assistente Social, Servidora Pública de Carreira pela Prefeitura Municipal de Maracanaú. Professora Visitante da UNIFOR. Professora da Pós-Graduação FAC Norte. E-mail: kelyct@edu.unifor.br

mediação e seus desdobramentos e diretrizes contemplados como critério de resolução de conflitos e, sobretudo do estudo da Teoria da Complexidade que serviu de base para exame da transdisciplinariedade, o que abre precedente sobre o que antes era tratado pelas ciências de forma particularizada.

A transdisciplinariedade merecerá apreciação especial, posto que se apresenta como o cerne do estudo proposto. Assim sendo, se buscará perceber, que a transdisciplinariedade e mediação podem, e devem se interceptarem. Por meio de abordagem reflexiva e tratamento teórico-crítico se revelará a identificação dos novos contornos dados pelo uso das diversas ciências, numa inter-relação entre estas e a prática da mediação. Na contemporaneidade, este fenômeno guarda ainda mais aproximação com a mediação, devido ao progresso acelerado da complexidade das relações sociais e as tensões provocadas. Evidenciarse-á, a substantiva participação do mediador como facilitador da relação entre as partes, e, para tanto se construirá a visão deste ofício sob o prisma de Luís Alberto Warat e sua defesa pela busca da autonomia dos sujeitos.

2. OS CONFLITOS: CAUSAS E EFEITOS.

Cuida-se que a sociedade ao longo dos milhares de anos tratou os conflitos sob diversas formas, reconhecendo que estes fazem parte do passado, presente e futuro da sociedade. No entanto, como enfrentá-los ou não em suas diversas formas, se evidenciaram bastante distintas nas sociedades orientais e ocidentais. Nas sociedades orientais os conflitos, tradicionalmente, são enfrentados de forma mais pacífica, com a busca pelo diálogo, que se estabelece mais naturalmente entre as partes e, prima pela persecução de novas possibilidades e alternativas para os conflitos, seja no ambiente familiar ou comunitário.

Em contrapartida, nas sociedades ocidentais, o primado comportamental é pela cultura do não tratamento e sim, o envolvimento do Estado como forte mecanismo apaziguador de decisões. Consoante, esta realidade gradativamente vem se modificando e, observa-se cada vez mais a adesão de formas auto-compositivas de resolução de conflitos.

Os conflitos fazem parte do homem, de sua natureza, tanto ao relacionar-se com o mundo, como no que tange ao seu crescimento e maturidade interior. Os espaços sociais são construídos na própria tensão que configura as sociedades, o que pressupõe ocorrer limitações diante das inter-relações entre seus seres. A partir de uma maior ou menor limitação, ocorrerá a produção do tecido social e os contextos que condicionam estas relações, o que terá impactos diretos e indiretos nas projeções do indivíduo e da coletividade.

De acordo com António Teixeira Fernandes (1993, p. 788) as sociedades democráticas ocidentais primam pela tendência geral da existência de metas iguais para todos e que, as pessoas por meio de um processo de socialização aspiram aos mesmos projetos. A meritocracia impera sob a égide de que o sucesso é possível indistintamente, no entanto, as limitações institucionais não são destacadas.

Todo o discurso da individualização da culpa, desencadeia um certo controle e redução dos conflitos. Porém há de se constatar que nas sociedades ditas abertas, estas situações tendem a multiplicar-se com as frustrações e projetos inacessíveis aos indivíduos, o que prospera em maior ou menor grau os conflitos sociais (FERNANDES, 1993, p. 789). Ainda em relação aos conflitos sociais, em contrapartida, se atenta ao fato dos mesmos funcionarem como termômetros de desenvolvimento social pois se caracteriza como um sinal vital de democracia. Quanto mais democrática uma sociedade, mais esta estará impregnada de conflitos, em reversão ao igualitarismo, a homogeneização, à estagnação.

Por outra banda, partindo-se para uma definição mais pontual, e etimológica, a palavra conflito se origina do latim *conflictus* ou *confligere* que significa embate, oposição, pendência e, de acordo com o dicionário online Léxico (2016, p. 2) conflito significa luta entre elementos contrários. No livro a arte da guerra, Sun Tzu (2006, p. 25), no século VI a.C, define assim o conflito: "o conflito é luz e sombra, perigo e oportunidade, estabilidade e mudança, fortaleza e debilidade. O impulso para avançar e o obstáculo que se opõe a todos os conflitos contêm a semente da criação e da desconstrução".

Na dimensão política o conflito é entendido por Norberto Bobbio (2004, p. 43) como uma forma de interação entre indivíduos, membros de organizações e coletividades ou grupos em geral, que implica em embates para o acesso à distribuição de bens escassos. Assim sendo, o conflito entre pessoas são desacordos, em razão de opiniões, desejos, valores ou até mesmo, necessidades não conciliáveis. As situações de conflitos são, eminentemente, antagônicas e que geram perturbações em tomadas de decisões entre indivíduos ou grupos.

Porém não se pode olvidar que nos conflitos, existem elementos com cargas positivas e negativas e, estes elementos por obviedade, são subjetivos que poderão ser de difícil percepção, ou até mesmo inconscientes. Assim sendo Gilmaisa Macedo da Costa (2015, p. 114/115) assevera:

Na condução da vida pessoal, os homens agem escolhendo entre alternativas às demandas postas por condições concretas no cotidiano da vida social. Os valores existentes socialmente são mecanismos

ideológicos criados pela sociedade que operam sobre suas decisões. [...]. No decurso histórico de todo esse processo do homem como ser que responde às demandas da realidade, o desenvolvimento da individualidade, nem sequer em primeira instância, resulta de um processo puramente interior.

Coaduna-se desta forma, porém sem pretensões de aprofundamento, com o pensamento, citado pela autora, de Lukács (2015, pág. 124), de que a personalidade humana e a sociedade como um todo, encontram-se interligadas de forma indissolúvel. Constitui-se em mesmo complexo, porém dinâmico e de polos distintos, guardando suas especificidades geradas nas respectivas condições ontológicas. Destarte, é na busca e defesa de sua individualidade que o homem se defende de condições que o subjugam e o alienam, mas também, prosperam em suas condições essenciais de homem, ou seja, de realização enquanto ser coletivo.

Neste diapasão, deflagra-se a disseminação do conhecimento como fundamental elemento neste processo, sobretudo na segunda metade do século XX, com o acirramento da urbanização, a busca pela autonomia por meio dos movimentos feministas, a expansão das tecnologias da informação e a democratização das instituições. Em contraponto, a má distribuição da riqueza ocasiona o inchaço de grande parte da população excluída ao acesso a estes direitos, o que certamente, desencadeou frustrações, desequilíbrios e conflitos.

Ao navegar no passado em busca da origem dos conflitos se verifica que estes surgiram efetivamente quando o homem se fixou na terra e iniciou o plantio. Desta forma, as terras passaram a ser disputadas e, aos mais fortes, sobressaíam as melhores terras, fazendo emergir, senhores de grandes hectares de um lado e, de outro, o povo escravizado e ameaçado pelo emprego da violência. O que antes se destacava como costume nas tribos nômades, a horizontalidade das relações, o poder não centralizador e as construções coletivas de rituais, foram substituídos pela imposição do poder, do gerenciamento coercitivo da sociedade. (URY, 2000, p. 56).

Ditas estas considerações, retorna-se ao alvo do debate deste capítulo, os conflitos, bem como sua contextualização mais atual. As metamorfoses das questões sociais¹⁰ se fazem presente em todas as camadas sociais e sob a égide da globalização, as circunstâncias e desníveis sociais se acentuam. Os lugares passam a ser incertos, a instabilidade econômica e social reina. As desigualdades de oportunidades pairam em contrassenso ao novo paradigma da horizontalidade, do pluralismo, do universal, do democrático e, assim nas palavras Robert Castel (1998, p. 31):

O hiato entre a organização política e o sistema econômico permite assinalar, pela primeira vez com clareza, o lugar do "social": desdobrar-se nesse entre-dois, restaurar ou estabelecer laços que não obedecem nem a uma lógica estritamente econômica nem a uma jurisdição estritamente política. "O social" consiste em sistemas de regulações não mercantis, instituídas para tentar preencher esse espaço. Em tal contexto, a questão social torna-se a questão do lugar que as franjas mais dessocializadas dos trabalhadores podem ocupar na sociedade industrial. A resposta para ela será o conjunto dos dispositivos montados para promover sua integração.

Na contemporaneidade, a palavra de ordem é a integração, a convergência de pensamentos, embora esta unicidade de pensamentos para a convivência ainda não tenha feito prosperar a redução dos riscos e da vulnerabilidade social¹¹. A luta ainda é pela sobrevivência, sobretudo nas grandes cidades, luta pelo acesso à direitos, as políticas públicas e direitos básicos como saúde, educação, habitação, convivência familiar, e outros. Faz-se então, sobremaneira, necessário a identificação das causas dos conflitos na contemporaneidade, assim como os efeitos por estes causados, para que se possa ter elementos que consubstanciem a escolha da melhor abordagem e, promissor resultado.

Deve-se buscar a origem e resgate dos valores culturais e morais contidos nos grupos e indivíduos a eles pertencentes, com o devido estímulo ao protagonismo social e a resolução de seus próprios conflitos. Nesta senda, a mediação se instaura como crucial fonte estratégica de busca pela pacificação social onde a figura do mediador instrumentaliza esta operação por demais complexa, porém com potencialidades de tratamento positivas.

¹⁰ As Questões Sociais são o objeto de estudo, precipuamente do Serviço Social, sendo consideradas o conjunto das expressões das desigualdades sociais, tendo sua gênese a partir, sobretudo, do processo de industrialização e da urbanização, através da precariedade nas relações de trabalho e exclusão. Para serem tratadas, as questões sociais exigem a formulação em conjunto entre sociedade e governo, de políticas sociais adequadas as suas demandas, sob a forma de políticas de Estado e não de governo.

¹¹ Vulnerabilidade social é uma característica de grupos sociais, ou seja, conjuntos ou subconjuntos da população brasileira situados na linha de pobreza, que, por conseguinte é um conjunto do tecido social e econômico onde as necessidades básicas não são atendidas. Pelo viés subjetivo, são indivíduos vulneráveis os que se encontram à margem e na iminência de adentrarem nas situações de risco social, mas que podem ser evitadas de forma preventiva, por meio de políticas sociais que transitem em rede, diferente do risco, situação esta que o indivíduo já se encontra imerso na problemática social, o que demanda resgate de vínculos e valores sociais, situação de completa exclusão em virtude de diferentes contextos sociais tais como: drogas, situação de rua, exploração.

3. A INSTRUMENTALIDADE DO TRABALHO NA MEDIAÇÃO

Ao se falar em instrumentalidade requer precipuamente que se adentre no terreno da conceituação do que é mediação e como se estabelece sua sistemática. De acordo com Lilia Sales e Cilana de Moraes (2009, p. 80): "a mediação é um meio não adversarial de solução de conflitos marcado pela interação de um terceiro". De acordo ainda com as autoras, é a gestão do conflito pelas próprias partes com o intuito de reconectar a comunicação entre elas. Ainda sob o viés da conceituação, Malvina Muszkat, psicanalista e mediadora (ANO, PÁG) destaca a mediação como "a arte de harmonizar os conflitos. Ela parte de uma lógica que se opõe à disputa e procura encontrar soluções compartilhadas".

Mediação advém do latim *mediare* que significa mediar, dividir ao meio, intervir e, esta é essencialmente, a tentativa de um acordo, sem imposições. Mediar significa estabelecer pontes, traçar caminhos com vias duplas, onde se descobre a importância de se considerar o que é importante para o outro. O conflito que antes era percebido apenas como algo negativo, causando desequilíbrios, se transforma em uma comunicação aberta, com oportunidade de melhoria, crescimento pessoal e superação, até mesmo, se depreende com mudanças de comportamento que se enraízam.

Em panorama geral, a evolução histórica apresenta que, embora os processos judiciais adquirissem contornos institucionalizados a busca pela resolução por outros métodos se manteve. Nas culturas orientais, como dito alhures e na judaica a mediação esteve presente desde sempre, neste último, nos casos de divórcios. Exemplos desta prática são similares na África e no Japão.

No entanto, a notoriedade e investimento maior nas últimas décadas, neste método auto compositivo, se fixou nos países da Europa e Estados Unidos e Canadá. No Brasil, a mediação fincou suas bases em razão quase que exclusivamente para resolver questões que dissessem respeito as dificuldades do acesso à justiça, ou seja, a ineficiência do sistema judicial que atendesse adequadamente aos seus usuários, no que concerne aos seus conflitos e demandas.

Cabe salientar no debate a resumida diferenciação entre a mediação e conciliação que há tantos confundem. Embora se assemelhem em muitos aspectos a mediação e a conciliação guardam peculiares diferenças. A primeira delas, citada por Lilia Sales (2009, p. 80) seria que o mediador não pode opinar em relação a escolha da melhor forma de solucionar a controvérsia, o que já é permitido no instituto da conciliação. O papel do mediador se limita a proporcionar auxílio à comunicação entre as partes, para que elas mesmas possam encontrar a solução adequada para o problema apresentado.

Uma segunda distinção se volta ao aspecto de que, se a relação é continuada ou não. A observação da realidade apresentada se torna relevante na medida que "a atuação do mediador permite a descoberta dos conflitos reais subjacentes aos aparentes, próprios das relações envolvidas por lações de afeto. (SALES, 2009, p. 80). O núcleo de análise, portanto, se volta para a complexidade que evoluem as inter-relações, onde as partes são estimuladas a desenvolver uma cultura voltada à pacificação. O protagonismo das partes se sobressai, permitindo o fortalecimento ou resgate dos vínculos bem como do próprio indivíduo.

A mediação se configura como uma substantiva estratégia de modelo de tomadas de decisões sob o enfoque da flexibilidade que se contrapõe aos meios adversariais verticalizados de resolução de conflitos. Prima pela horizontalidade, paridade e olhar compartilhado sobre os conflitos. Em contraponto a uma realidade, que também incentiva à competitividade e realizações pessoais e egoísmo, os modelos consensuais como a mediação vem a buscar o resgate de valores como o olhar para o outro, a alteridade e o altruísmo.

O enfoque não mais trata da culpabilização, de quem está certo ou errado, mas de que realmente ao buscar enxergar o outro também se resgatará a si próprio, numa relação transpessoal. Trata-se então de um conjunto propício a construção de ações que beneficiem os indivíduos com eles, no seu interior, e, com os demais.

Por outra via, se destaca o momento de descrever quais os principais modelos práticos de mediação. De acordo com Sales (2009, p. 81) são três: A Escola Tradicional de Harvard, a Escola Transformativa e a Escola Circular-narrativa. A Escola Tradicional de Harvard foi criada em 1991 e teve como foco principal o campo empresarial. Criada por Fisher, Uri e Patton buscava a satisfação individual das partes por meio de acordos. O problema era tratado em separado das pessoas e, suas posições não são valorizadas, mas sim os interesses com fins de benefícios mútuos. Este modelo representa uma comunicação mais linear onde o mediador facilita processo numa relação de causa e efeito.

Uma segunda Escola, a Transformativa, o intuito é a transformação pelo crescimento e revalorização da pessoa, e, a centralidade está no caráter e nas formas de relacionamento, no reconhecimento do protagonismo do outro. Por fim, a Escola Circular-narrativa, se volta para a abordagem familiar com resgate da teoria da comunicação e técnicas que auxiliam na construção de uma melhor relação interpes-

soal. Faz com que exista um efeito circular onde as causas do conflito se retroalimentam, podendo serem resolvidos ou não, mas construídos com diálogo. (SALES, 2009, p. 81).

Por envolver questões de convivência e diversidade de interesses em um ambiente de coletividade, ou seja, em sociedade, a mediação do mesmo modo que são assegurados os mais diversos conflitos, cercou-se de medidas de ordem legal para garantir sua aplicabilidade. No Brasil, o Conselho Nacional de Justiça - CNJ, foi pioneiro, com a edição da Resolução 125 de novembro de 2010. O intuito seria a sensibilização para o acréscimo da participação institucional, não somente dos órgãos jurisdicionais, mas também, a sociedade civil, órgãos de classe, em um envolvimento na busca da quebra da centralidade do paradigma do conflito decidido apenas na esfera processual ou judicial.

O discurso preconizado pela da Resolução 125/2010 é o primado da articulação dos sistemas de justiça, com a implementação dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos - NUPEMECS, de responsabilidade dos Tribunais de Justiça e, ainda incentivar o protagonismo dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, os CEJUSCS, que se caracterizam como Centros de cidadania ao alcance dos cidadãos.

Da referida legislação primária, muito já se avançou no tratamento da questão, como por exemplo a recente aprovação da Resolução 118/2014 do Ministério Público que tem por base o incentivo e o reconhecimento da Política Nacional de Incentivo à Autocomposição.

Destaca-se ainda o fundamental reconhecimento deste campo por parte do Novo Código de Processo Civil que assegura um novo tratamento dos conflitos por meio do sistema multiportas, com a devida participação e cooperação dos entes envolvidos. Em semelhante via a Lei de Mediação, N° 13.140/2015, que guarda questões igualmente abordadas, mas além disso, apresenta pontuais antinomias com os dispositivos do Novo CPC, porém terreno este que não se irá adentrar, por não ser o cerne do debate. O intuito do introdutório debate foi tão somente referenciar os marcos legais que circundam o tema.

Nesta senda, já em fins de abordagem do tema capitular, importante se faz mencionar alguns pontos de partida que visam orientar as ações e aplicação da Mediação, os chamados princípios norteadores. De acordo com o art. 166 do Novo CPC de 2015, os Princípios essenciais que envolvem a Mediação são: independência, imparcialidade, autonomia da vontade das partes, oralidade, informalidade, decisão informada, isonomia das partes, busca do consenso, boa-fé, e, voluntariedade.

Conforme demonstrado os instrumentos de intervenção da mediação são diversos e demandam uma análise complexa e profundada. Embora muito já se tenha avançado em discussões e legislações, o campo é vasto e permeado de metamorfoses, cabendo adequações a todo momento, pois as demandas podem dizer respeito tanto a conflitos acerca de direitos disponíveis quanto indisponíveis (art. 3º da Lei de Mediação), o que primordialmente demandará um olhar *suigeneris*, se lançando mão da transdisciplinariedade, como manancial de apreensão de uma realidade multifacetada.

4. MEDIAÇÃO E TRANSDISCIPLINARIEDADE: POR UM FAZER SINCRÉTICO NECESÁRIO, À LUZ DA TEORIA DA COMPLEXIDADE

Conforme descrito em linhas anteriores, a mediação é uma ferramenta única. Acredita-se a matéria ser de singular riqueza, sobretudo, no tratamento que questões complexas da humanidade, tais como motes emocionais que envolvam fortes vínculos. Para tanto, considera como fonte substantiva a abordagem e aplicação da Teoria da Complexidade de Edgar Morin e sua específica e rica análise sobre a importância de se entender o cotidiano e as situações sociais, por meio das ciências imersas na perspectiva dos processos complexos.

O intuito é captar, com um pouco mais de profundidade, o entendimento acerca dos fenômenos sociais, as relações e suas densidades. Com isto, certamente o olhar se aproxima dos conflitos e seus desdobramentos, o que permite também a construção de métodos e possibilidades mais elaboradas e que respondam eficazmente às demandas apresentadas à mediação.

Refletir e considerar o estudo da Teoria da Complexidade é conceber preliminarmente o referencial temporal de sua adoção que se iniciou na segunda metade do século XX, com o desafiador propósito formulado por Edgar Morin de construir uma crítica ao modelo hegemônico de ciência vigente no período. De acordo com Morin (1986, p. 110) ao saber não caberia um entendimento fragmentado, pautado na herança do modelo cartesiano e mecanicista que formulavam as teorias e os estudos científicos.

A Teoria da Complexidade ampara-se na crítica ao pensamento cartesiano de René Descartes que, em suma, dissociou o sujeito (dito pensante) do objeto (a coisa pensada). Acerca do pensamento e suas manifestações Edgar Morin defende (1986, p. 112):

Toda a atividade de pensamento comporta distinção (principalmente entre objetos e meio), objetivação (caracterização por meio de traços invariantes ou estáveis), análise (decomposição do objeto em suas

unidades constitutivas e possibilidade de isolar um objeto ou parte do objeto), seleção (dos caracteres julgados essenciais ou pertinentes, do objeto considerado).

A crítica a separação dos fenômenos e processos da teoria mecanicista/cartesiana se encontra no fato de que esta ao separar se torna também disjunção pois os isolam, os tornam incomunicáveis, até mesmo o que supostamente seria inseparável e complementar. A disjunção combatida, em parte, por Morin (1986, p. 119):

Dissocia e separa o que, sem dúvida, deve ser distinguido e oposto, mas é também inseparável e complementar: a ordem e a desordem, o determinismo e a liberdade, a repetição e a inovação, o mito e a realidade social, a unidade e o conflito, a harmonia e a discórdia, a autonomia e a dependência, o objeto e o sujeito, a comunidade e a sociedade, a sociedade e o indivíduo.

Destarte, o reducionismo cartesiano, prima pela defesa da decomposição das unidades de conhecimento e, que a partir daí se poderia se delinear quais os componentes que formam a unidade. Comunga-se com o autor em discordar de que ao fracionar em partes os objetos poderá ser apreender o todo. De acordo com Edgar Morin (2007, p. 41) o sujeito e o objeto entregues entre si, são conceitos insuficientes. A ideia de um universo puro e objetivo, acaba por privar o próprio sujeito e o que o cerca: se configura como elemento pobre e hermético, situado em um vazio de objetividades no seu centro.

Não obstante, se percebe o mundo contido na mente, ou seja, em seu interior, da mesma forma que a mente está contida no mundo, e, nesta peculiar relação, o sujeito e o objetos deverão ser percebidos neste processo como constituintes um do outro. Porém há de se falar também em uma incerteza generalizada: tanto o sujeito quanto o objeto devem permanecer abertos, sem a obrigação de uma decidibilidade. Deve pairar suas noções para além dos limites do entendimento do homem, sem fissuras de ordem ontológica e do determinismo (MORIN, 1997, p. 44).

Neste contexto, a transdisciplinariedade coaduna com a referida teoria ao ser entendida como o conhecimento visto sob o enfoque pluralista, com a junção de esforços dos mais variados saberes, estando estes articulados entre as realidades de mundo e sua compreensão. Arrisca-se a ser definida como um esforço de ampliação da cognição humana, um acréscimo do olhar sobre o mundo e seus movimentos, o que remete a novas construções e reflexões a todo momento, numa recriação constante.

Este movimento acaba por modificar o que está a circundar o homem, mas não só isto, o transforma também, ao se aflorar o entendimento de seu protagonismo e lugar de ocupação no mundo e ainda melhor, uma consciência apurada diante da relação dele com o universo. O termo transdisciplinariedade se originou do grande educador Jean Piaget na década de 70 em um seminário internacional, enfatizando que a interdisciplinaridade poderia ir adiante e buscar situar-se entre as disciplinas da ciência ou para além destas.

O propósito da transdisciplinariedade não se configura em despertar para uma nova disciplina nem tão pouco prosperar em um novo método, contudo anuncia e aponta caminhos na direção dos diálogos inter-ciências ou uma reconciliação. Não se limita ao campo das ciências humanas, mas além disso, alcança as exatas e, até mesmo, a arte, de acordo com a chamada Carta da Transdisciplinariedade (2015, p. 1 online), adotada no Primeiro Congresso Mundial de Transdisciplinariedade - Convento de Arrábida, Portugal, em novembro de 1994.

Partindo-se da premissa da transdisciplinariedade como fenômeno relevante na atuação da mediação, e, por consequência, extensiva ao mediador, cabe tecer algumas pontuações sobre a importante atribuição do mediador. Seguindo a linha adotada a referida análise pauta-se na referência de Luís Alberto Warat (2001, p. 7) e seus manuscritos em *Ofício de Mediador*, escolhida a mais condizente com as reflexões que se seguiram, em linhas pretéritas.

A partir da visão de Warat (2001, p. 13) o papel fundamental do mediador é estimular, ajudar a chegar a lugares e identificar algo que ali já se encontrava, ou no seu interior. A autonomia é o grande propósito, assim como a consciência de se vivenciar algo e não acreditar que seria mais um problema a ser resolvido.

O homem deve buscar perceber o que está para além da matéria, do artificial. Deve transcender e mergulhar em seu interior. Só assim entenderá com afinco o existir e sua própria vivência. A ciência moderna se afastou do ser autêntico, daquele que duvida do que está posto, apenas considerando que tudo é certo, verdadeiro, objetivo. Neste período, tratou apenas de pesquisar a matéria não contemplando a energia vital que é a fonte verdadeira da formação da matéria. (WARAT, 2001, p. 17).

De acordo com o autor, acerca da formação do mediador, as escolas de mediação estão fadadas ao insucesso visto que buscam técnicas e rituais e o preparo de um guia de procedimentos e formalidades, um planejamento linear, planejado, que pode até formar conciliadores e negociadores, mas não mediadores. Na sua grande maioria, as escolas se preocupam em capacitar os profissionais por meio do superficial repasse de técnicas periféricas e estereotipadas de comunicação. (WARAT, 2001, p. 41).

É importante ter em mente que o caminho não está em apontar respostas prontas. A mediação na proposta de Warat (2001, p. 49) está em uni-la à sensibilidade, se levando em consideração ser uma terapia do reencontro. Porém não existe a defesa de que para ser um bom mediador é necessária uma formação em Psicanálise ou Direito, ao contrário, na visão do autor, o perfil do mediador mais adequado é aquele que poderá recorrer aos ensinamentos de Freud ou Lacan, mas sem, contudo, buscar interpretações e, pela percepção da dimensão do amor.

Os aspectos enfrentados por Warat acerca da mediação, de forma resumida, se apresenta em algumas de suas considerações mais importantes. A primeira delas de que é necessário que se perceba que não se deve fugir de si mesmo e se buscar apenas estar em grupos. O homem deve buscar-se a si próprio em todos os momentos, não somente suas carreiras, viver uma cultura que personifica os objetos e transforma em coisas as pessoas. Um segundo ponto é guiar-se e agir sem destruir o outro, com resgate da alteridade e não do domínio e, ter como referência, o entendimento do olhar do outro sobre os demais e não o que se enxerga nela. (WARAT, 2001, 60-63).

Diante dos argumentos acima delineados pelo pensamento de Luis Alberto Warat se reforça o pensamento da importância do uso da transdisciplinariedade no trabalho com mediação bem como a visualização de que a Teoria da Complexidade se encaixa no contexto de transformação apresentado por Warat e a sua negação da racionalidade, do que está construído. A vida deve ser vista e entendida como algo complexo e dinâmico, como um fenômeno multidimensional, permeado de contradições e dissensos.

Neste cenário, percebe-se que a mediação deve possuir uma rede de sustentabilidade que produza efeitos profundos diante de suas demandas e, isto só será possível, se lançando mão de um conjunto de saberes, sem pesos e medidas entre eles, onde todos contribuam. A transdisciplinariedade vista na perspectiva da Teoria da Complexidade, se apresenta como resposta eficaz, na medida que concebe uma nova atitude voltada ao respeito pelas diferenças culturais, com predomínio da solidariedade. O novo olhar voltado para além das fronteiras epistemológicas abarcadas por cada ciência, permite uma melhor acuidade das leituras dos fenômenos e suas interfaces com a diversidade e a vida do planeta.

CONCLUSÃO

O que se pretendeu com o artigo foi demonstrar a importância do uso da transdisciplinariedade na mediação de conflitos tendo-se como amparo a Teoria da Complexidade de Edgar Morin. Buscou-se analisar precipuamente a origem e evolução dos conflitos, enfatizando como se estabeleceu e são tratados nas mais diversas culturas, sobretudo nos polos ocidental e oriental. Por meio da observação da própria trajetória destes fenômenos e sua natureza, vislumbrou-se a participação do Estado, saindo da seara do particular. Foi demonstrado como sua influência impacta diretamente no surgimento ou acirramento dos conflitos, perante as sociedades e, sobretudo nos que diz respeito às imposições determinadas pela economia. Em razão, agravam-se as questões sociais e sua concentração nos centros urbanos.

Posteriormente, o alvo da discussão abrigou-se na instrumentalidade do trabalho na mediação. Contemplou-se explorar, preliminarmente, alguns conceitos na visão de renomados autores como Lilia Sales, Malvina Muszkat, e significado em latim, como fontes de substrato das discussões pretendidas. Adiante, situou-se o conflito, percebido como objeto de intervenção da mediação e, como ao longo do tempo, os sistemas de solução de disputas foram, paulatinamente, reconhecidos como importante matéria.

Buscou-se dar ênfase nas considerações acerca da institucionalização da mediação, no contexto brasileiro. Coadunando com o estudo, pontuou-se como vem se delineando o investimento e alcance da mediação em diversos países, com destaque para a países da Europa, Estados Unidos e Canadá. No caso do Brasil, a mediação emergiu inicialmente, como resposta para dirimir questões relacionadas às dificuldades de acesso à justiça e, apenas posteriormente há poucos anos vem se disseminando nas Instituições e fora delas como medida de longo alcance na resolução de diferentes conflitos externos com conseqüente abrangência também no trato interior.

Em último momento, considerou-se com o substantiva a abordagem e aplicação da Teoria da Complexidade e sua específica e rica análise acerca da importância de se perceber os sistemas sociais como fenômeno complexo. Portanto, a mediação é um fenômeno denso, não permitindo seu fracionamento para estudo, sob pena de perda de características que são indivisíveis, à luz da Teoria de Morin e, que se encontram em desacordo com os princípios que regem os modelos cartesianos e mecanicistas das ciências modernas.

A mediação se configura e deve ser entendida na sua totalidade, de forma indissociável, e sem objetividades. No desenho do tema, base deste artigo, a Transdisciplinariedade coaduna e se encaixa oportunamente com a teoria da complexidade. Assim sendo, o conhecimento é entendido com enfoque pluralista e a acuidade do olhar sob as questões conflituosas e de dissensos, modificam, certamente, a intervenção e, conseqüentemente, as respostas serão diferenciadas. A proposta da Transdisciplinariedade engendra

situação de integração das disciplinas, em contexto horizontal, onde nenhuma ciência se sobressai sobre a outra. Ao contrário, compartilham dados em diálogo constante.

Como fenômeno relevante na atuação da mediação a transdisciplinariedade alcança também a figura do mediador, apreendido no campo de Luís Alberto Warat, como ser facilitador e sensível as situações de conflito. O desafio da atuação do mediador se encontra em estimular a autonomia das partes, detendo uma consciência de vivência de oportunidades positivas e não, apenas o problema na sua superficialidade. Ressalta-se que na atmosfera da realidade brasileira, muito tem-se a avançar sobre a questão, visto que a Mediação ainda se encontra no âmbito de conjunto de regras e rituais.

A opção de prática da Mediação com o uso da Transdisciplinariedade e aporte da Teoria da Complexidade, não segue com respostas acabadas, mas propõe sobretudo o resgate do humanismo, da integralidade dos sujeitos, com primado pela sustentabilidade e autonomia. O conjunto de saberes voltados para a compreensão e emancipação do ser, enquanto protagonista de sua realidade. O olhar segue para além das fronteiras epistemológicas das ciências, com a negação da racionalidade, se revelando a questão central de que todo conhecimento deve se transmutar em uma ética de união e responsabilidade, com vistas ao favorecimento e construção integral da cidadania e de um tecido social mais harmonioso.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Resolução 125, do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/arquivo_integral_republicacao_resolucao_n_125.pdf> Acesso em: 10/06/2016.

BRASIL. Resolução 118 do Conselho Nacional do Ministério Público. Disponível em: < http://www.cmp.gov.br/portal_legado/resolucoes/6871-resolucao-118> Acesso em: 13/06/2016.

BRASIL. Lei Nº 13.140. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> Acesso em: 13/06/2016.

BRASIL. Lei 13.105/2015, Novo Código de Processo civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em 05/06/2016.

CAPRA, Fritjof. A teia da vida. São Paulo: Cultrix, 2000.

CASTEL, Robert. As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário. Petrópolis: Vozes, 1998.

COSTA, Gilmaisa Macedo da. Indivíduo e sociedade: sobre a teoria de personalidade de Georg Lukács. Maceió: Instituto Lukács, 2015.

DESCARTES, René. Discurso sobre o método. São Paulo: Hemus, 1984.

FERNADES, António Teixeira. A crise do estado nas sociedades contemporâneas. Porto: Universidade do Porto, 1993.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões (Projeto de Negociação da Harvard Law School). Rio de Janeiro: Imago, 1994.

FOUCAULT, Michel. Microfísica do poder. Trad. E Org. Roberto Machado. 22.ed. Rio de Janeiro: Graal, 2006.

_____. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Trad. Raquel ramallete. 31.ed. Petrópolis: Vozes, 2006.

HOBSBAWN, Eric. Era dos extremos. Trad. Marcos Santarrita. 2.ed. São Paulo: Cia das Letras, 1995.

LÉXICO. Dicionário online de português. Disponível em: <<http://www.lexico.pt/>>. Acesso, 27/06/2016.

- MARIOTTI, Humberto. As paixões do ego: complexidade, política e solidariedade. São Paulo: Palas Athena, 2000.
- MATURAMA, Humberto. O que se observa depende do observador: uma teoria do conhecimento. William Irvin Thompson. Trad. Sílvio Leite. 3.ed. São Paulo: Gaia, 2001
- MENDONÇA, Rafael. (Trans) Modernidade e Mediação de conflitos: pensando paradigmas, devires e seus lações com um método de resolução de conflitos. 1.ed. Petrópolis: KBR, 2012.
- MORIN, Edgar. A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento. Trad. Eloá Jacobina. 11.ed. Rio de Janeiro: Bertrand, 2005.
- _____. As duas globalizações: complexidade e comunicação, uma pedagogia do presente. Juremir Machado da Silva (Org.) 2. Ed. Porto Alegre: Sulina/EDIPUCRS, 2002.
- _____. Educação e complexidade: os sete saberes e os outros ensaios. Maria da Conceição de Almeida, Edgar de Assis Carvalho (Orgs). 3.ed. São Paulo: Cortez, 2005.
- _____. Educar na era planetária: o pensamento complexo como método de aprendizagem no erro e na incerteza humana. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNESCO, 2003.
- _____. Introdução ao pensamento complexo. Trad. Eliane Lisboa. 3.ed. Porto Alegre: Sulina, 2007.
- _____. Para sair do século XX. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- MUSZKAT, Malvina Ester. Guia prático de mediação de conflitos. 2.ed. ver. São Paulo: Summus, 2008.
- ROSEMBERG, Marshall B. Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. São Paulo: Ágora, 2006.
- SALES, Lilia Maia de Moraes. Justiça e mediação de conflitos. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- _____. Mediare: um guia prático para mediadores. 3.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010.
- _____. MORAES, Cilana. Meios consensuais de resolução de conflitos: instrumentos de democracia. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194916/000865481.pdf?sequence=3>. Acesso em: 15, jun, 2016.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. O Estado heterogêneo e o pluralismo jurídico: conflito e transformação social. Uma Paisagem das justiças em Moçambique. Boaventura de Sousa Santos; João Carlos Trindade (Orgs.) Vol. 1. Porto: Edições Afrontamento, 2003.
- TZU, Sun. A arte da guerra. Trad. Sueli Barros cassel. Porto Alegre: L&PM, 2006.
- URY, William. Chegando à paz: resolvendo conflitos em casa, no trabalho e no dia-a-dia. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- WARAT, Luis Alberto. O ofício do mediador. Florianópolis: Habitus, 2001.

MEDIACIÓN Y SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: BASES Y FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS

MEDIATION AND JUSTICE ADMINISTRATION SYSTEM: ROMAN LAW FUNDAMENTALS AND BASIS

Carmen Lázaro Guillamón¹²

RESUMEN: El objeto de este trabajo es poner de relieve la importancia del método de los juristas romanos y del trabajo del pretor –magistrado jurisdiccional- no sólo como antecedentes históricos, sino como elementos esenciales en la configuración actual del Sistema de Administración de Justicia en el que la mediación ha de ser tratada como uno de sus instrumentos. El Derecho romano, paradigma del derecho casuístico, fundamenta la idea de que el jurista romano plantea un problema y trata de encontrar argumentos para resolverlo. Para lograr la solución de ese problema el jurista romano enfoca y trata el conflicto a través del método tópico. Este método es útil para los actuales mediadores. El pretor romano tiene competencia jurisdiccional, es el instructor en la etapa inicial del pleito, en este momento, las partes en conflicto pueden llegar a una solución a su problema a través del acuerdo -la llamada transactio-. Los análisis de fuentes jurídicas romanas parecen indicar que corresponde al pretor conminar a las partes a llegar a un acuerdo de tal naturaleza. En definitiva, se pretende mostrar que el pensamiento jurídico romano es base esencial para la metodología de trabajo de las personas que abogan por la mediación como una parte esencial del Sistema de Administración de Justicia.

Palabras clave: Derecho romano, mediación, método de los juristas romanos, pretor romano.

ABSTRACT: The aim of this paper is to highlight the importance of the the method of the roman jurists and the work of the praetor -jurisdictional magistrate- not only as historical backgrounds, but as essential elements in the current configuration of the Justice Administration System in which mediation has to be included as one of its instruments. Roman law, paradigm of case law, features the idea that the Roman jurist presents a problem and try to find arguments to solve it. To achieve the solution of a problem the roman jurist focuses and treats the conflict through a topical method. This method is useful for current mediators. The Roman Praetor has jurisdictional competence, he is the instructor at the initial stage of a litigation, at this time, the warring parties can reach a solution to their problem through an agreement -the so called transactio-. The analisis of Roman legal sources seems to state that corresponds to the praetor admonish the parties to come to such an agreement. Definitively, it is intended to show that the Roman legal thinking is an essential basis for the working methodology of people who argue for mediation as an fundamental part of the Justice Administration System.

Keywords: Roman law, mediation, method of Roman jurists, Roman Praetor.

1 INTRODUCCIÓN

La idea de “conflicto social como relación social”¹³ planteada por Freund (1995, p. 58) resuelto “por la negociación” y no “por la fuerza” es la que fundamenta e informa el iter histórico de la mediación como forma de resolución de conflictos que es consustancial a toda sociedad organizada y de la que como afirma De Diego Vallejo y Guillén Gestoso (2006, pp. 25-26) es característica “la indefinición empírica [...] en su datación cronológica y en su delimitación conceptual, tanto en su traducción al ordenamiento jurídico como en su situación en las ciencia sociales, respecto de otras formas de resolución de conflictos”.

En el contexto global, desde la década de 1950 del siglo pasado la mediación se perfila como una forma de gestión de nuevas formas de relación social (un nuevo “asociacionismo”) y como forma de reparar la imparable crisis de la Administración de Justicia. Este nuevo mecanismo, además de dar respuesta al problema de atasco en las instituciones ordinarias de resolución de conflictos (juzgados y tribunales) permite una gestión individualizada del conflicto y su resolución en el contexto más amplio de grupo social concreto del que forma parte el individuo. En particular, en los Estados Unidos se aprecia un gran interés por las formas alternativas de resolución de desavenencias mediante medios no judiciales. El contexto histórico y social americano en esa época abrió el camino para el establecimiento de servicios de

¹² Doctora en Derecho y Profesora Titular del Departamento de Derecho Público de la Universitat Jaume I. Sus líneas de investigación y docencia son esencialmente, dos: una vinculada directamente con la asignatura a la que se encuentra adscrita en dicha universidad: Derecho romano, tradición romanística y fundamentos del Derecho actual; la otra centrada en Mediación y otros mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos, en este ámbito tiene un Máster en Mediación en la Universidad Nacional de Educación a Distancia y, actualmente es Directora de la Cátedra de Mediación Policial Ciudad de Vila-real de la Universitat Jaume I. Desde el año 2007, es Directora Académica de la Oficina de Cooperación al Desarrollo y Solidaridad de la Universitat Jaume I. Email: mclazaro@uji.es

¹³ Esta idea recuerda al aforismo romano “ubi societas, ibi ius” -donde hay sociedad hay derecho- al que suele seguir “ubi ius, ibi societas” -donde hay derecho, hay sociedad-, para significar la conexión intrínseca entre ambos fenómenos, dado que el derecho es un fenómeno social. Sin el binomio individuo-sociedad no hay conflicto, por lo tanto, no hay norma (sea ésta jurídica o metajurídica que atribuya derechos o propicie soluciones) ni institución jurídica o alternativa que coadyuve a la resolución del conflicto. Una sociedad sin conflictos es inconcebible (modelo conflictualista de sociedad) y en ese punto, es donde el Derecho, o las formas alternativa de resolución de conflictos (como forma actual de resolución de problemas diferente y teniendo en cuenta el hecho de que es fruto de una evolución) intentan ofrecer respuesta para mediar entre las distintas disputas, desequilibrios, etc...

mediación dirigidos a dirimir desavenencias raciales (propiciadas por los intensos flujos migratorios), litigios familiares, comunitarios, etc..., en definitiva, se abre un proceso institucionalizador de la mediación en todos los sentidos. El sistema de mediación norteamericano se extendió a Canadá donde se instaura la mediación familiar con carácter gratuito a comienzos de los 80. La mediación también se extiende a países latinoamericanos, entre estos, Argentina fue el primero en implementarla, dentro del marco judicial y como requisito obligatorio previo a la instancia judicial propiamente dicha en la década de los 90 del siglo pasado.

En España, siguiendo la estela iniciada en EEUU, la institucionalización de la mediación se inicia en las últimas décadas, en la actualidad, se trata de un ámbito que cada vez goza de mayor amparo y reconocimiento jurídico, sirva con ejemplo la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (texto muy similar al del Real Decreto 5/2012, publicado el 6 de marzo de 2012) con el que el legislador había querido poner fin al incumplimiento respecto al plazo de transposición fijado en la Directiva 2008/52/CE).

Sin embargo, el repaso del iter histórico de la mediación permite realizar una reflexión sobre el dato innegable de que la mediación es una forma de resolución de conflictos consustancial a la historia de la humanidad. La mediación se ha ido adaptando a lo largo de la historia a las distintas culturas en función de sus características sociológicas, económicas y, esencialmente, de pensamiento jurídico. A la cabeza del camino recorrido por formas pacíficas –no litigiosas- de resolución de conflictos se encuentra la ofrecida por el Derecho romano y, en particular, por el método de sus juristas y por la función jurisdiccional del pretor romano. A dibujar su contribución y a desentrañar sus virtudes para el método de trabajo del mediador se dedican las páginas que siguen.

2 EL MÉTODO DE LOS JURISTAS ROMANOS

El jurista romano Hermogeniano en D. 1.5.2 (libro I iuris Epitomarum) afirma que *hominum causa omne ius constitutum est*, esto es, todo el Derecho se ha creado por la razón de los hombres, de forma que el presupuesto esencial de todo el Derecho es la persona. En efecto, el Derecho se presenta como norma de convivencia y ejerce una función de instrumento pacificador de conflictos; como afirma Panero (2008, p. 725), gracias a él cada uno sabe lo que es suyo, lo que debe y puede exigir a los demás y lo que los demás pueden exigirle evitando la guerra de todos contra todos. Pero estos presupuestos, como continúa comentando el autor, descansan en el dato de que el Derecho se fundamenta en la organización de un sistema de justicia asentado en el hecho de que las instituciones del Estado con legitimación suficiente crean la norma, la aplican y, en su caso, la imponen. La cuestión es ¿Qué sucede cuando la misma idea de Estado está en crisis? ¿Qué ocurre cuando a las normas jurídicas emanadas del Estado no se les reconoce legitimidad? ¿Qué hacer cuando el sistema está desprestigiado y se cuestiona la legitimidad en la aplicación de la norma jurídica y todavía más, su imposición? La respuesta más sonada a esas cuestiones es que nuestra época es de cambio y que en ese contexto el Derecho –o el Sistema de Justicia- no puede sustraerse. Sin embargo, nuestro entender, más que de cambio debería hablarse de evolución, evitando, en la medida de lo posible, la incertidumbre de un cambio no positivo y, por tanto, no querido, que implica y provoca inadaptabilidad o asistematización; la evolución presupone adaptación a una nueva realidad –cambiante para mejor-, a un entorno diverso –que está cambiando en la buena dirección- que, de no producirse, llevaría a la extinción.

A modo de parangón, parece que al Derecho romano en su configuración de "asignatura" en los planes de estudio de Derecho le sucede algo similar, está en crisis¹⁴ –es decir, está sufriendo cambios en sentido clásico- y, por tanto, los romanistas o los que no somos "juristas del Derecho positivo" estamos en fase de evolución, de adaptación a unas nuevas circunstancias que hacen que debamos afrontar y enfrentar el valor incuestionable del Derecho romano para la formación de juristas (que no leguleyos) y para comprender que el código genético de Derecho prepara al ser humano para la evitación del conflicto, su prevención y, en su caso, su gestión y resolución fuera de estrictos corsés legistas y positivistas recalcitrantes.

Como afirma Schulz (1990, p. 28), Roma es el pueblo del Derecho, no el pueblo de la Ley, abundando en el hecho de que se trata de un derecho casuístico –"en el principio estaba el caso" que logra adecuarse a un ideal de justicia que, partiendo del caso, proporciona un modelo de razonamiento jurídico que no es deudor de ordenes sistemáticos, teóricos o conceptuales y que se fundamenta en la autoridad de sus juristas y en su método, entendiendo por autoridad, como afirma nuevamente Schulz "el prestigio social de una persona o de una institución, y por principio de autoridad el concepto de que la autoridad debe ser

¹⁴ Esencialmente nos referimos al debate sobre la cuestión de si en un plan de estudios conducente a la obtención del Título Universitario de Graduado en Derecho el Derecho romano tiene que ser una asignatura obligatoria. Todo ello producto del excesivo carácter positivista de los estudios jurídicos en la actualidad, quizá circunstancia a tener en cuenta a la hora de entender la actual crisis del Derecho o del sistema de justicia.

valorada en la vida social, y especialmente en la del derecho. La autoridad es una cualidad normativa. Es reguladora, y tiene la fuerza de persuadir a los demás, que reconocen esta autoridad".

Abundando en este punto, es cuestión doctrinalmente pacífica la de que el efectivo valor del Derecho romano se encuentra en el método de sus juristas, en particular, para Kaser (1964, *passim*) la característica más general y de conjunto del Derecho Romano sería su afirmado casuismo en cuanto a que la forma de pensamiento de los juristas romanos es, ante todo, casuística y no sistemática –axiomática– en la que no sólo cobra importancia el método tópico o pensamiento problemático, sino que para llegar a la construcción o solución del caso se suman la relevancia del sentido común, de la intuición y de la experiencia.

En este contexto estimamos necesario realizar una reflexión respecto de lo que implica para el razonamiento jurídico partir del caso como afirma Aristóteles (Top. 1.4.2.2) "las conclusiones giran alrededor de problemas", esto es, el punto de partida se concreta en un problema, en un conflicto concreto al que Viehweg (1964, p. 53) denomina aporía –camino sin salida, dificultad– que presenta, a su vez, tres implicaciones como también recoge García Amado (1988, p. 140):

1ª.- Un entendimiento preliminar del problema, es decir, una interpretación del mismo basada en un previo conocimiento o en una previa comprensión.

2ª.- Después de lo anterior, la observación de que el problema concreto presenta más de una posible respuesta y, por lo tanto y a su vez, diferentes alternativas y modos de tratamiento de la cuestión.

3ª.- Dado que existe una pluralidad de alternativas se hace necesaria la elección de una única respuesta como solución, es decir, hay que decidir entre las respuestas posibles.

Esta forma de trabajar presenta una relación muy estrecha con la actividad del jurista, puesto que este, ante el caso concreto, formaliza una serie de deducciones que conformarán la adecuación del problema o caso que está tratando a un sistema dado, pero, para ello siempre partirá del problema. Es conveniente, por tanto, tener en cuenta la diferenciación entre pensamiento problemático –en el que prima el problema– y pensamiento sistemático –en el que el acento se coloca en el sistema–, esto es, el jurista que se sirve del pensamiento problemático buscará un criterio para la solución del problema, por tanto, se producirá una cadena de deducciones y, en conclusión, una selección de sistemas; por su parte, cuando el jurista se sirve del pensamiento sistemático parte del todo y no busca un criterio, sino que ubicado en un determinado sistema efectúa una selección de problemas de forma que los contenidos problemáticos que no se concilien con el criterio preseleccionado son rechazados. El pensamiento de problemas es el que sigue las pautas del método tópico¹⁵, es la "técnica del pensar", se orienta hacia el problema porque no parte del sistema como totalidad de la que se puede sacar por deducción la norma concreta que contiene la solución del caso, sino que arranca del caso mismo; busca las premisas que puedan servir para resolver el caso e intenta llegar a las directrices generales, a los conceptos guía, que permitan inducir la decisión; estos son los topoi, por tanto, la tónica es el arte de encontrar tales topoi que no son verdades válidas y unívocas, sino que su mismo sentido y alcance son problemáticos; su aplicación al caso controvertido y su significado para la solución del mismo son susceptibles de discusión hasta que quede clara la decisión final del litigio.

Es decir, que la tónica sirve a un modo de pensar problemático ya que, tras las alternativas que se presentan ante el planteamiento de un problema, hallamos puntos de vista directivos o tónicos ocasionales que nos iluminan sobre la solución. Los tónicos reciben su sentido desde el problema y, desde este aparecen como adecuados o inadecuados, así toda la estructura de pensamiento se configuraría como el procedimiento propio de aquellas materias –entre las que se encuentra el Derecho– que por su propia naturaleza no pierden nunca su carácter problemático. La funcionalidad de la tónica radica, por tanto, en que nos da indicaciones sobre cómo proceder ante una aporía, sirve a la creatividad en el argumento, muestra cómo se opera con tónicos o conceptos guía, muestra cómo buscar premisas y, en definitiva, ayuda a la dimensión pragmática del lenguaje.

La configuración del Derecho romano, por tanto, no se corresponde con un espíritu sistemático, basta observar textos del Digesto de Justiniano para ser testigos del estudio casuístico del Derecho llevado a cabo por los juristas romanos. Según Schulz (1990, p. 28), "la concepción romana es fundamentalmente contraria a la codificación, y en relación con la legislación particular observa también una severa moderación". A decir de Viehweg (1964, p. 78), "el jurista romano plantea un problema y trata de encontrar argumentos. Se ve, por ello, precisado a desarrollar una técnica adecuada. Presupone irreflexivamente un nexo que no intenta demostrar, pero dentro del cual se mueve. Es la postura fundamental de la tónica."

Este Derecho casuístico domina todos los períodos de la historia del Derecho romano. El conjunto de las ideas jurídicas se concreta en los problemas casuísticos que los juristas resuelven y exponen, así, el modo de formación del Derecho supone a zaga de Schulz (1990, p. 38) "el leve y lento progreso a través

¹⁵ Que se diferenciaría del método axiomático, esto es, aquel método que sirviéndose de la deducción lógica hace derivar todas las máximas y conceptos de un sistema de normas y conceptos fundamentales que, por ser axiomas, no necesitan de ulterior fundamentación

de la resolución de casos prácticos y de la discusión jurídica, nunca frenado por las reglas rígidas de una ley o de un derecho consuetudinario obligatorio". Hay que reconocer con Sainz-Ezquerro (1998, p. 436) que el enfoque y tratamiento típico del caso forman parte del método de los juristas romanos, si bien no siempre en la misma medida.

De esta forma, el Derecho romano y el método de sus juristas ofrece una doble vía para la gestión de problemas o conflictos: en primer lugar, ha sido y es fundamento de los sistemas codificados europeos, esto es, los códigos europeos del siglo XIX se asientan sobre bases romanas y pueden configurar así un nuevo corpus de *ius commune* europeo –son hermanos que se parecen dado que descienden de la misma madre- y han ejercido además influencia en países no europeos tal y como constata Álvarez Suárez (1973, p. 131); en segundo lugar que un Derecho casuístico como el Romano ofrece un ideal concreto de Justicia y proporciona, desde el conflicto, un modelo de razonamiento jurídico que no es esclavo de un orden sistemático, teórico o conceptual y que se encuentra al servicio de las necesidades cotidianas, este punto es el que conecta el pensamiento casuístico o problemático romano con la técnica de la gestión del conflictos de lo que hoy denominamos formas alternativas de resolución de conflictos, en particular, de la mediación.

Una cuestión relevante a tratar en este contexto es la siguiente: ¿Dónde se encuentra en este método la motivación racional? Esencialmente se encuentra en el fundamento de la decisión que se encuentra en la autoridad –auctoritas- del jurista. Los juristas –los mediadores- deben ser conscientes de sus facultades cognoscitivas dado que en ocasiones el jurista se distancia del caso cuando sólo trabaja la norma jurídica abstracta, sin embargo, tales juicios, al no tener un contenido bien delimitado, se sustraen al peligro de inexactitud que amenaza a la propia regla –norma jurídica-. Así, una de las funciones del jurista es compilar una casuística unitaria y bien delimitada a través de la suma de resultados de una serie de soluciones sueltas pero similares, es decir, abstraer normas que proceden de la casuística y que, por ello, no se presentan con la pretensión de tener vigencia como normas vinculantes -mandato de obediencia futura-, se trata de un producto de la experiencia sobre el pasado que indica que hasta ese momento la casuística está de acuerdo en cuanto al contenido de esa norma y que, por tanto, no constituye materia controvertida, es decir, se trata de obtener empíricamente soluciones cuya validez depende tanto de la prudencia y justicia de su contenido como de la autoridad del jurista¹⁶.

Tal y como manifiesta el jurista Paulo: D. 50.17. 1 (Paulus 16 ad Plaut.)- Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitiosa est, perdit officium suum, es decir, la norma jurídica es la que expone brevemente el caso, tal cual es, de forma que el Derecho no se toma de la norma jurídica, sino que esta se hace con arreglo al Derecho que hay. Así pues, la norma jurídica es, en realidad, una narración del supuesto controvertido, siguiendo al jurista Sabino, citado por Paulo, la norma jurídica ofrece un compendio de la causa, que tan pronto como es viciada en algo, pierde su eficacia.

De esta forma, teniendo en cuenta la aludida "crisis jurídica" de la época actual, resulta conveniente el estudio de las instituciones romanas, el análisis del método empleado por los juristas romanos y la consideración de la forma mentis romana para el jurista de la actualidad. Todo ello porque el jurista romano no es sólo un sapiens que busca la realidad solamente para saber qué es, es un prudens que observa la realidad y la trata de interpretar según la prudentia para ver y saber lo que es justo y lo que no es justo, por tanto, no es un servidor sumiso de la ley sino que está al servicio de la Justicia. El jurista, según la solución justa que intuya en el caso que le ha sido propuesto, utilizará los datos de la *lex* (cuando ésta exista), a veces siguiendo sus palabras en forma literal, pero otras veces apartándose de ellas, sin llegar a contradecirlas, seguirá su espíritu.

Esta definición de jurista ofrece un amplio espacio para la reflexión... ¿Cómo actuaría un *iurisprudens* romano clásico en la actualidad? Muy posiblemente como un mediador... Porque como afirmó el jurista Alfeno en D. 9.2.52.2 (Alfenus 2 dig.)- [...] respondi in causa ius esse positum [...], la solución justa depende del caso.

3 LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL DEL PRETOR ROMANO

A partir de las *Leges Licinia-Sextiae* del año 367 a.C. se atribuyen a al pretor romano competencias en el ámbito del proceso civil, así, el pretor sería el encargado de decir el derecho aplicable y conducir el litigio para que, en una segunda instancia, fuera decidido por un juez, un árbitro o un tribunal de jueces. Siguiendo a Fernández de Buján (2010 p. 81), a esta potestad jurisdiccional se la conocía

¹⁶ Sirva amodo de ejemplo el concepto de autoridad que se desprende y se requiere de la actuación policial cuando el contexto de la resolución de conflictos se enmarca en el ámbito de la Mediación Policial, dado que, como afirma Lázaro Guillamón (2016, p. 175) "el policía mediador –el agente de la autoridad mediador- representa una combinación perfecta y equilibrada de auctoritas y potestas", esto es, entre el saber socialmente reconocido y el poder socialmente reconocido según calificación de D'Ors (1997, p. 23)

como *iurisdictio* –decir el derecho- y permitía complementar y llenar las eventuales lagunas que pudiera presentar el arcaico *ius civile* –Derecho civil-. Esta potestad jurisdiccional hace que los pretores jueguen un papel decisivo en la evolución del Derecho Romano dado que en la Roma republicana se siente la necesidad de un nuevo derecho apto para las nuevas concepciones sociales, culturales y espirituales para las que el primitivo *ius civile* no es adecuado; es decir, ante la crisis surge la necesidad de adaptación, de evolución, y será el magistrado jurisdiccional –el pretor- quien sin derogar el Derecho Civil pero gracias a sus atribuciones jurisdiccionales gestione y llegue a dar respuesta a controvertidas con arreglo a un principio fundamental: la equidad; se logrará así la adaptación del viejo derecho al nuevo sentir de la sociedad a través de un nuevo orden jurídico: el *ius honorarium*. El pretor aunque es en principio un mero interprete del *ius civile* y, en principio, no puede crear derecho, no se detendrá y podrá aplicar o no el derecho vigente, suplir su inadecuación mediante recursos extraprocesales y otorgar protección a determinadas situaciones de hecho que no la obtenían en el estricto *ius civile* produciéndose un paralelismo de instituciones civiles y pretorias que encarna el compromiso entre lo nuevo y lo viejo que fue la obra maestra del Derecho romano, tal y como asevera Panero (2015 p. 69).

Como se acaba de comentar, el pretor es el instructor de la primera fase del litigio, esto es, realizadas las correspondientes citaciones, las partes en conflicto acuden frente al pretor –*in iure*-donde el actor –la persona que demanda- enunciará su pretensión que será revisada por el Pretor quien verificará su capacidad procesal, su competencia y otras cuestiones relevantes y dará o denegará la pretensión solicitada; la persona que recibe la demanda podrá oponerse a la pretensión del demandante. En este punto el proceso iniciado podrá paralizarse, entre otras causas, por acuerdo o transacción –*transactio*- entre las partes de forma que, como se produce el acuerdo, falta la disputa y, por tanto, decae el litigio¹⁷, esto es, la transacción se configura como el contrato en cuya virtud cada una de las partes, dando, prometiendo o reteniendo alguna cosa ponen fin a un litigio o evitan que pueda surgir (Panero 2015, p. 596).

En la actualidad el artículo 1809 del Código civil español alude al contrato de transacción en similares términos: “La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado”¹⁸, esto es, son elementos clave en el contrato de transacción la resdubia o derecho discutido, es decir, la relación jurídica incierta o litigiosa que provoca una controversia jurídica sin que necesariamente se haya iniciado ya un proceso, la voluntad de las partes de sustituir la relación incierta y dudosa por una cierta e incontestable, el sacrificio de las partes y las recíprocas concesiones entre ambas.

En definitiva, la actualidad es deudora del Derecho Romano en el que se ofrece a las partes en desacuerdo la posibilidad de obviar la vía estrictamente judicial por cuanto la *transactio romana* se produce en la primera fase instructora del pleito en la que todavía no ha tenido lugar la intervención del juez, ello significa que ya en Roma es posible gestionar el conflicto y propiciar el consenso a través de la *transactio* a la que se atribuía valor de cosa juzgada.

Muy probablemente la iniciativa transaccional correspondía a las partes, pero las fuentes aluden a que el Pretor puede propiciar el acuerdo. La concreta función pretoria¹⁹ en este contexto jurisdiccional y prejudicial se describe por el jurista Juliano en D. 12.1.21 (Iulianus 48 dig.) - *Quidam existimaverunt neque eum, qui decem peteret, cogendum quinque accipere et reliqua persequi, neque eum, qui fundum suum diceret, partem dumtaxat iudicio persequi: sed in utraque causa humanius facturus videtur praetor, si actorem compulerit ad accipiendum id quod offeratur, cum ad officium eius pertineat lites deminuere*. En este pasaje, ubicado en el título I del Libro XII (de rebus creditis, si certum peteretur et de condictione), el jurista recoge el sentir jurisprudencial general de que el acuerdo al que lleguen las partes que se encuentran en determinado conflicto ha de ser fruto de su voluntad y producto del ejercicio de la autonomía privada y la libertad, es decir, la solución fuera del estricto ámbito judicial no puede venir impuesta y no corresponde al pretor proponerla, sin embargo, sí que puede estimular al actor a recibir lo que se le ofrezca y facilitar la resolución del conflicto preocupándose, por ejemplo, de que el ofrecimiento sea equitativo; el propio texto determina que si el pretor actúa de esa forma conseguirá disminuir los pleitos –*cum ad officium (sc. praetoris) eius pertineat lites deminuere*- y esto, en cualquier caso, es obrar con más humanidad –*causa humanius facturus*-²⁰.

En sentido similar cabe interpretar D. 39.1.1.10 (Ulpianus 52 ad ed.)- *Inde quaeritur apud Celsum libro duodecimo digestorum, si post opus novum nuntiatum conveniat tibi cum adversario, ut opus faceres, an danda sit conventionis exceptio? et ait Celsus dandam, nec esse periculum, ne pactio privatorum iussui praetoris anteposita videatur: quid enim aliud agebat praetor quam hoc, ut controversias eorum*

17 Esta transacción podía darse en cualquier tipo de conflicto salvo los que comportan lo que en la actualidad se denominan derechos irrenunciables.

18 Lo hace de modo similar el artículo 840 del Código Civil brasileiro: “É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas”.

19 Es indudable la exigencia de la intervención del magistrado en determinadas actuaciones de las partes *in iure* para su eficacia jurídica (Fernández de Buján, 1999, p. 57).

20 Un análisis más pormenorizado del texto realiza Lázaro Guillamón (2013; 2013a).

dirimeret? a quibus si sponte recesserunt, debebit id ratum habere; texto ubicado en el título I del libro XXXIX (de operis novi nuntiatione) donde Ulpiano recoge la opinión de Celso sobre el supuesto de una operis novi nuntiatio y del acuerdo que pondría fin al conflicto, en particular y, por lo que interesa en relación con la actividad del magistrado, el pasaje le atribuye la facultad de dirimir la eventual controversia dado que es facultad de las partes apartarse y llegar a una composición voluntaria bajo la directriz del magistrado. Esta atribución pretoria se desprende igualmente de D. 2.4.22.1 (Gaius 1 ad l. XII Tab.).- Qui in ius vocatus est, duobus casibus dimittendus est: si quis eius personam defendet, et si, dum in ius venit, de re transactum fuerit; en el pasaje, perteneciente al título IV del Libro II dedicado a la citación a juicio, Gayo, al comentar la Ley de las XII Tablas, afirma que el pleito puede obviarse por dos motivos, el primero, si se produce representación procesal –si quis eius personam defendet- y el segundo si transactum fuerit, esto es, si se transige sobre la cuestión litigiosa.

Como se observa, hemos estado haciendo referencia a la posibilidad de solucionar un conflicto fuera del ámbito judicial (no estrictamente extra-jurisdiccional, dado que la intervención del pretor –magistrado jurisdiccional- es elemental) merced a la autocomposición y desde la dirección de la gestión del conflicto por parte de un guía que tiene la facultad (y acaso la obligación) de ayudar a dirimir ese conflicto sin proponer la solución, es decir, una gestión del conflicto realizada con el control y la guía de un órgano jurisdiccional: en nuestro caso, un magistrado.

Nuevamente para ofrecer un elemento de reflexión como cierre de este punto: ¿A quién recuerda la función del Pretor en un contexto más “moderno”? ¿Quizá a la del “mediador”? La actividad pretoria sueña a mediación realizada desde el control y la guía de un órgano jurisdiccional –que no judicial-: el pretor.

Lo expuesto casa perfectamente con el concepto de mediación ofrecido por el artículo 1º de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles: “Se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador”.

Se trata, en definitiva, de renunciar a las pretensiones mutuas para la construcción del acuerdo que, de ser efectiva, restablece la paz. El papel de Derecho queda relegado a un segundo plano, es la actividad de las partes la que permite crear una norma adaptada al caso a través del consenso.

4 CONSIDERACIONES FINALES

En la actualidad se habla de una Justicia depauperada, desprestigiada, con unos tribunales abarrotados, no operativos que, además, no proporcionan ni resuelven conflictos ni están al servicio de las personas, sino que otorgando victorias o derrotas lo que provocan es una escalada de los mismos conflictos. En esta Justicia en crisis ha hecho acto de presencia una forma de gestión de conflictos: la mediación, que a nuestro entender, forma parte y ha de incluirse en el propio Sistema de Administración de Justicia.

Son muchos los que afirman que la mediación es una nueva forma de gestión de conflictos absolutamente moderna, importada de otros lugares y que hace que en esos lugares la resolución pacífica de los conflictos sea una realidad a integrar. Efectivamente, estimamos que integrar a la mediación en el Sistema de Administración de Justicia es una de las mejores propuestas que podrían llegar a sanar los vicios atribuidos a dicho sistema, pero me permito la discrepancia respecto de la premisa mayor: la resolución pacífica de los conflictos no es algo que la sociedad actual, que la cultura jurídica no conozca. Desafortunadamente la amnesia respecto del método jurisprudencial romano (es decir, el casuístico, el tópico –esto es el pensamiento de problemas-) es también una realidad; en nuestra mano está curar esa amnesia dado que la gran aportación del Derecho romano es, esencialmente, el método de sus juristas. El jurista romano era el guía, el creador, el buscador de la mejor solución para el caso concreto y a él acudían los particulares en busca de su saber hacer, se servían de su forma mentis, es decir, de su método de pensamiento... Más aun, en el propio contexto jurisdiccional romano, una de las potestades del Pretor romano era la jurisdicción –iurisdictio-, hemos visto que en algunos textos del Digesto se recoge que corresponde a su oficio, es su función jurisdiccional, intentar que las partes lleguen a una solución antes de la pendencia del pleito a través del acuerdo transaccional, es decir, que sean las partes las que construyan la solución a su problema, ello, en palabras de un jurista romano, es contribuir a una Justicia más humana.

Son estos ejemplos que demuestran lo difícil que es encontrar situaciones nuevas carentes de precedentes en el pasado jurídico romano: el defensor del pueblo, la acción popular... que aparecen como conquistas de éste o aquel régimen político o, en general, de la democracia, existen en nuestras tradiciones, aunque también por estas se “ignoran” y se prefieren etiquetar como importadas e inventadas en otros lares... Cuando se percibe de que se puede argumentar jurídicamente con principios y que estos principios son esencialmente romanos, la pregunta que nos acucia es: La experiencia jurídica romana ¿debería haberse acabado? La respuesta es, obviamente, negativa. Hoy el Derecho romano goza de buena salud porque Roma es el pueblo del Derecho, no el pueblo de la ley. Su fuerza está en sus juristas y su

método de trabajo, el pensamiento jurídico romano es vacuna contra la intolerancia, el dogmatismo, la tiranía y proporciona sentido común y, además, es base esencial para el método de trabajo de las personas que abogamos por la mediación como parte esencial del Sistema de Administración de Justicia.

REFERENCIAS

ÁLVAREZ SUÁREZ, Ursicino. Instituciones de Derecho romano I. Introducción histórica. Conceptos fundamentales. Hechos y negocios jurídicos. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1973.

DE DIEGO VALLEJO, Raul. - GUILLÉN GESTOSO, Carlos. Mediación. Proceso, tácticas y técnicas. Madrid: Pirámide, 2006.

D'ORS, Álvaro. Derecho privado romano. Pamplona: Ediciones de la Universidad de Navarra, 1997.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. Jurisdicción voluntaria en Derecho romano. 3º ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1999.

_____. Historia del Derecho romano. Madrid: Civitas, 2010.

FREUND, Julien. Sociología del conflicto. Madrid: Ed. Ejército, 1995.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Teorías de la tópica jurídica. Madrid: Civitas, 1988.

KASER, Max. Entorno al método de los juristas romanos, trad. de J. Miquel. Valladolid: Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho de Valladolid, 1964.

LÁZARO GUILLAMÓN, Carmen. El acuerdo de mediación de la ley 5/20012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles: algunas notas sobre su eficacia y efectos desde una perspectiva histórico crítica. Revista internacional de mediación. Madrid, n. 0, p. 83-92, 2013.

_____. El poder de la voluntad en la resolución alternativa de conflictos. Aproximación a la transactio romana a propósito de la ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Revista de la Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, n. 54, p.175-192, 2013a.

_____. De la autoridad y sus agentes. In: GALLARDO CAMPOS, R; HIERRO BATALLA, A. (coord. y aut.). Mediación policial. La reflexión sobre la reflexión. Castellón de la Plana: Publicaciones de la Universitat Jaume I, 2016.

PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo. Os novos xuristas e o dereito romano. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. A Coruña, n. 12, p. 723-746, 2008.

_____. Derecho romano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

SAINZ-EZQUERRA, José María. Tradición romanística y decisión justa. Anuario de Historia del Derecho Español. Madrid, n. 68, p. 385-466, 1998.

SCHULZ, Fritz. Principios del Derecho romano, trad. de M. Abellán Velasco. Madrid: Civitas, 1990.

VIEHWEG, Theodor. Tópica y jurisprudencia, trad. de L. Díez-Picazo y Ponce de León. Madrid: Taurus, 1964.

O "LUGAR" DO CONFLITO NA MEDIAÇÃO: "ENTRE" O IMPÉRIO DA LEI E O IMPÉRIO DA SINGULARIDADE.

THE "PLACE" THE CONFLICT IN MEDIATION: "BETWEEN" THE RULE OF LAW AND THE RULE OF SINGULARITY.

Iara da Silva Ferrão ²¹

RESUMO: As situações de conflito podem ser percebidas por diferentes vieses. Ela tanto pode ser percebida como fundantes do sujeito, como imanente a condição humana, quanto com algo a ser combatido, enfrentado e eliminado. Essa construção teórica tem por objetivo principal, apresentar algumas concepções sobre o conflito para as diferentes áreas de estudo, ou seja, Psicologia (psicanálise) e Direito fazendo uma contextualização com a Mediação dando destaque a Escola Waratiana. Buscou-se a interdisciplinaridade por meio da articulação das áreas do conhecimento de Direito, Psicologia, pra produzir novos saberes. A temática da mediação, mais precisamente no que diz respeito à gênese do conflito, ainda é incipiente no cenário brasileiro. Assim como conflito, a Mediação também pode ser entendida por diferentes perspectivas. Ou seja, ela pode ser percebida como uma arte que precisa ser experimentada e não explicada, nesse sentido, o conflito é entendido como possibilidade de evolução e transformação do sujeito. Bem como, no sentido restrito da busca de um acordo por pessoas envolvidas em uma situação conflituosa com a participação de um terceiro. Assim, o conflito pode ser entendido como algo que se precisa enfrentar, resolvendo pontualmente a situação manifestada pelos sujeitos. Por fim, indica-se há necessidade de novas pesquisas que contemple os elementos interdisciplinares para compreensão da temática.

Palavras chave: Conflito. Direito. Mediação. Psicanálise.

ABSTRACT: Conflict situations can be perceived by different biases. It can be perceived as founding of the subject, or something to be fought, faced. This theoretical construction is the main objective, to present some concepts of the conflict to the different fields of study, ie psychology (psychoanalysis) and law making a contextualization with mediation highlighting School Waratiana. interdisciplinarity was sought through the articulation of areas of law knowledge, psychology, to produce new knowledge. The theme of mediation, specifically with regard to the genesis of the conflict is still incipient in the Brazilian scene. As well as conflict mediation can also be seen from different perspectives. That is, it can be perceived as an art that needs to be experienced and not explained, in this sense, the conflict is understood as the possibility of evolution and transformation of the subject. And, in the strict sense of the search for an agreement by people involved in a conflict situation with the participation of a third party. Thus, the conflict can be understood as something that must face, promptly resolving the situation expressed by the subjects. Finally, indicate if there is need for further research that contemple interdisciplinary elements for understanding the subject.

Keywords: Conflict. Right. Mediation. Psychoanalysis.

1. INTRODUÇÃO

APORTES INICIAIS

A contemporaneidade carrega suas especificidades nos mais diferentes aspectos, entre eles, individuais, familiares, sociais e culturais. O homem é produto e produtor dessa realidade, ou ainda sujeito e assujeitado à cultura. Assim, o humano reinventa regras, leis, tendências e padrões tanto de conduta quanto de comportamento. Em razão das produções de cada tempo histórico o homem produz ainda formas de subjetividade.

Esse trabalho se apresenta de forma interdisciplinar, ou seja, prevê a integração do saber de duas áreas, mais especificamente direito e psicologia (psicanálise) com um assunto que lhes é comum, a mediação. Apesar da previsão da interdisciplinaridade nessa construção teórica, acredita-se que as práticas mediatórias se deem ainda de forma transdisciplinar. Assim, cada saber será afetado pelo do outro. Trabalhar interdisciplinaridade é também trabalhar no campo das com especificidades, assim o direito e a psicanálise não devem ser trabalhados lado a lado, mas sim, no "entre" desses conhecimentos. Esse "entre" é o que poderá proporcionar "um novo saber" que será resultado do entrelace dessas áreas.

Nesse interregno, o presente texto tem por objetivo principal, apresentar as concepções sobre o conflito para as diferentes áreas de estudo, ou seja, Psicologia (psicanálise) e Direito. A seguir apresenta-se uma breve contextualização sobre a Mediação dando destaque a Escola Waratiana. Por fim, correlato

²¹ Doutoranda em Educação pela UFSM (temática da Mediação de conflitos escolares), Mestre em Psicologia pela UFSM, Especialista em Direito de Família e Mediação Fapas, Psicóloga, Docente Graduação e Pós Graduação em Ciências contábeis e Direito, Pós Mediação de Conflitos, Ciências Penais e Criminologia e Governança empresarial. Mediadora Judicial e Extra Judicial, Facilitadora de Círculos Judicial e Extra Judicial/ CEJUSC/SM. E-mail: iaraferao@hotmail.com

a esses objetivos busca-se "tentar" apresentar as principais confluências e diferenças sobre o conflito para esses dois campos do saber.

Para fins de responder tais objetivos o método de abordagem utilizado foi à revisão integrativa de literatura, que segundo Hother (2007) apresenta uma temática mais aberta; dificilmente parte de uma questão específica bem definida, não exigindo um protocolo rígido para sua confecção; a busca das fontes não é pré-determinada e específica, sendo frequentemente menos abrangente.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 O conflito pela Psicologia (Psicanálise)

O tema do conflito pode ser entendido como o choque entre diferentes forças – as chamadas oposições e contradições. Nessa sessão, apresenta-se um pequeno estudo sobre conflito acerca do psiquismo humano na perspectiva psicanalítica. Assim, parte-se da ideia do conflito como imanente a constituição humana. O conflito faz parte do desenvolvimento da personalidade das pessoas, assim não há como passar pela vida sem apresentar conflitos, uma vez que, os mesmos são percebidos como estruturantes na formação do sujeito. Assim, o conflito pode ser entendido no contexto psicanalítico, como dinâmica da própria vida.

Ao longo de todo seu percurso teórico Freud, "o pai da Psicanálise"¹, apresenta um pensamento antitético, ou seja, se utiliza frequentemente de antagonismos, como consciente/inconsciente, prazer/desprazer etc. Psicanaliticamente o conflito é entendido uma luta entre as exigências internas que são contrárias. Para Freud (1910) seria uma briga entre representações inconciliáveis. Essas representações são a própria essência do conflito psíquico e podem se manifestar de duas maneiras básicas, ou seja, conflito pode se dar por meio manifesto, ou latente. O conflito por meio manifesto, pode se dar, por exemplo, entre um desejo e as leis da moral da sociedade (FREUD, 1989). O conflito manifesto, ainda pode se dar pela manifestação de dois sentimentos de igual valia 'para sujeito, nesse caso, ao ter que escolher entre duas coisas com valores semelhantes à ele, acaba entrando em conflito. Ainda há a possibilidade de que o conflito seja latente, ou seja, que ele não esteja tão claro a consciência. Esse conflito latente, pode se traduzir no cotidiano sobre a forma de sintoma, ou distúrbio do comportamento, deformação caráter, portanto esse conflito não se apresenta à consciência do sujeito, pois ele foi derivado de forças inconciliáveis a consciência ele aparece com a formação substitutiva, o sintoma. No início da criação da psicanálise quando Freud estudava a histeria, ele considerava que os principais conflitos se davam entre o desejo e a defesa. Para Freud essa era a característica da neurose, porque ele define a neurose como sendo uma formação de compromisso entre desejo e a defesa. Nesse momento da psicanálise, o conflito aparece como sendo a força motriz de todo processo neurótico.

Através de sua teoria psicanalítica Freud inaugura um novo tempo e principalmente um novo "olhar" ao sujeito. Dessa forma, novas possibilidades de tratamento do sofrimento psíquico também começam a ser elaboradas. Alguns dos métodos mais conhecidos de tratamento em psicanálise são o método da associação livre e a interpretação dos sonhos (FREUD, 1917). Com essa metodologia Freud (1917), entendia que era capaz de desvendar os sentimentos reprimidos, ou seja, o sujeito conseguiria tornar consciente aquilo que lhe causara sintoma. Assim, "nossa vida mental, conforme sabem, é permanentemente agitada por conflitos que temos que resolver" (FREUD, 1917, p 352). Num segundo momento da construção de sua teoria psicanalítica o conflito para Freud é percebido entre pulsão de vida e de morte, como tal, pode ser simultaneamente econômico (quantidades de energia pulsionais em ação) e dinâmico (as energias pulsionais interagem entre si).

Outra característica do conflito para psicanálise, diz respeito a tempo de existência do mesmo. Para essa teoria, os conflitos não correspondem a fases que poderão ser superadas ou ainda completadas. Os conflitos não obedecem a nenhuma temporalidade, uma vez que, eles nunca deixarão de existir, eles são permanentes e não passageiros. Para Freud (1980) os sintomas estão na gênese das psicopatias e do sofrimento psíquicos do sujeito. Assim, os sintomas acabam servindo tanto a satisfação sexual como a seu oposto, representando não só o reprimido, mas também a força repressora que o acompanha desde a sua origem. Nesse sentido, entende-se que essas duas forças de alguma forma estarão sempre presentes no conflito, mesmo que, uma delas esteja representada com mais ou menos forças (FREUD, 1917).

Freud (1917) ainda faz referência ao dualismo quando entende que o conflito psíquico pode se dar entre dois tipos de pulsões, ou seja, pulsões do ego versus pulsões sexuais, ou ocorrer entre duas instâncias psíquicas, sistema inconsciente versus processos conscientes e por fim pode ocorrer entre o desejo e a defesa. Para Freud é o conflito, ou ainda mais precisamente o conflito edípiano, que institui a ordem humana. Assim, essa é uma das noções mais fundamentais da teoria psicanalítica e, portanto todo ser hu-

mano tem algum grau de sofrimento psicológico porque está justamente tentando se equilibrar em meio a forças antagônicas.

De acordo com Freud (1929) o sujeito ainda é atravessado pela cultura. A linguagem nos insere na cultura. Esse sujeito habitado pela linguagem vai construindo laços a partir do reconhecimento de um real. Nesse sentido, há uma possibilidade de transformação, uma vez que, a imersão do sujeito na cultura e a articulação dele com o real, possibilita uma outra relação. Freud na sua obra "Psicologia das Massas e Análise do Eu" de 1921 vai dizer que não existe separação entre psicologia individual e psicologia coletiva. Logo para psicanálise não existe separação de estatuo da sociedade e indivíduo. Esses dois registros, indivíduo e sociedade andam juntos, imbricados, eles estão conjugados. Assim, a psicanálise percebe o conflito como imanente e constituinte do sujeito que é atravessado pela cultura. Essa cultura, vai impor limites ao sujeito devido a necessidade de regulação da convivência. Diante disso, há uma redução dos ideais de felicidade, uma vez que, os direitos de um, "deve" terminar nos direitos dos outros. Ao abrir mão de certa dose de felicidade, o sujeito acaba produzindo certo mal estar que é próprio de seu tempo.

Por fim, Freud (1930) o sujeito organiza sua vida pela busca de prazer e evitação da dor. A busca da felicidade e a realização dos desejos ocupa a centralidade da vida humana. Para isso, na condição de humano, uma alternativa para dar conta das nossas limitações seria viver em grupo. Quando eu junto a minha qualidade com a do outro, potencializo a condição humana. Assim, viver em grupo (família, sociedade) é uma possibilidade de auto-preservação da espécie. Pensando na busca de felicidade e evitação do sofrimento, entende-se que os conflitos devem ser elaborados, resignificados, uma vez que, o conflito reprimido acaba se manifestando de forma simbólica num determinado sintoma.

2.2 O conflito para o Direito

Nesse trabalho, a análise do conflito para o Direito é compreendida pelo olhar de um profissional da Psicologia. Assim, mesmo que a finalidade maior seja a compreensão do conflito pelo Direito, nesse, ele é perpassado por um "olhar do estranho". No texto de Freud (1919) "O Estranho"-Das Unheimliche²- que apresenta a articulação entre o que há de mais estranho e mais familiar ao sujeito. Assim, nesse trabalho o Unheimlich, é pensado no horizonte das previsões da clínica psicanalítica, uma vez que, ela pode apontar para uma outra possibilidade ao promover o encontro do sujeito com a sua própria estranheza. Dito isso, parte-se para uma "tentativa" de conceituar o conflito para o direito no olhar de um profissional da psicologia com orientação analítica. Dessa forma, as escolhas teóricas organizadas para dar sustentação teórica, são perpassadas pelas crenças da autora.

Para alguns autores, o conflito nasce das complexidades das relações sociais e o modo habitual de resolução, se dá pela aplicação do Direito (NADER, 2007; KELSEN,1990). Nesse entendimento, o direito exerce a função de formular e aplicar princípios e regras de ordem social. De acordo com Moraes e Spengler (2008) para que haja um conflito é necessário que as forças confrontantes sejam dinâmicas. Ainda devem "conter em si em si próprias o sentido da ação, reagindo umas sobre as outras" (MORAES E SPENGLER, 2008, p, 45).

Assim, conflito visto pelo direito pode ser entendido como uma função do Estado, uma vez que, ele toma para si a competência e o poder jurisdicional de administrar e resolver o conflito. Essa legitimidade é outorgada pelos homens a um terceiro através do contrato social. Assim, o Direito exerce a função de formular e aplicar princípios e regras de ordem social (MORAES e SPENGLER, 2008). De forma ampla, também se pode-se considerar que "uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça" (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2004, p. 131). Dessa forma, pode-se afirmar que, o principal objetivo de uma jurisdição na sua natureza é uma pacificação de uma situação de conflituosa, encontrando formas de promover o ideal de justiça entre os envolvidos nessa situação (TAVARES, 2002). Assim, "A legitimidade estatal de decidir os conflitos nasce, assim, do contrato social no qual os homens outorgaram a um terceiro o direito de fazer a guerra em busca da paz" (MORAES e SPENGLER, 2008, p 65).

Porém, o sujeito inserido na sociedade acaba não atendendo a toda disciplina imposta pelo direito. Dessa forma o sujeito pode vivenciar algumas situações de conflito, desde as mais simples até as mais complexas. Diante dessa situação, cabe ao Direito solucioná-la e compor uma possível solução. Nesse cenário surge mais uma competência dessa área, a composição do conflito. Mas o que seria a composição de um conflito? De uma forma simplificada, auto-composição de um conflito visa colocar na balança os dois interesses antagônico, determinado qual deles deve permanecer e qual deve ser reprimido. De acordo com Nader (2003) o direito irá apresentar uma solução que irá compreender a natureza do caso, definindo o titular do direito determinando ainda a restauração da situação anterior e ampliar penalidades de diferentes tipos. Na composição de um conflito pode-se considerar três tipos de critérios, ou seja, o critério da composição voluntária, critério autoritário e o critério de composição jurídica. Em cada uma dessas

previsões há uma forma de se estabelecer os acordos. Assim, a composição voluntária prevê que aconteça um mútuo acordo entre os sujeitos envolvidos e ainda que os mesmos consigam perceber e respeitar as normas instituídas da melhor forma possível. Na previsão do critério autoritário há por parte de um líder, chefe, responsável a tarefa de compor as soluções para situação de conflito.

Outra forma de entendimento do conflito pelo direito pode-se dar pelo conhecimento dos métodos utilizados para resolução das situações de conflito interindividuais e sociais. Basicamente eles se classificam em três grupos, a saber: autotutela, autocomposição e heterocomposição. Com relação à autotutela, essa ocorre quando o próprio sujeito busca afirmar, unilateralmente, o seu interesse opondo-se tanto aos interesses da parte contestante, quanto os da própria comunidade. No cenário contemporâneo há cada vez mais a restrição dessa prática, uma vez que, vem-se transferindo cada vez mais ao Estado a tarefa de coerção. Como exemplo dessa prática pode-se citar as greves coletivas de uma classe. Na autocomposição o conflito é solucionado pelas partes, sem a intervenção de outros agentes no processo de pacificação da controvérsia. A autocomposição em tese é aquela que não há coerção por parte dos sujeitos envolvidos, ou seja, uma das pessoas acaba cedendo em favor dos interesses da outra (DELGADO, 2002).

Com relação aos métodos heterocompositivos a Jurisdição pode ser definida como poder-dever conferido ao Estado de revelar o direito incidente sobre determinada situação concreta trazida a seu exame, efetivando a solução jurídica encontrada a respeito (DELGADO, 2002. P, 665). Ainda a jurisdição pode ser vista como “uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça” (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2004, p. 131).

Com relação à Mediação, diferentes autores (CALMON, 2007; HOLANDA, 2005, MORAIS, 1990, WARAT, 2007) a consideram como método autocompositivo de resolução de conflitos. Assim, nessa construção teórica a mediação vai ser abordada nessa perspectiva, ou seja, como método de autocomposição de conflitos. Por fim, o assunto da mediação assume centralidade nesse trabalho, diante disso, a sessão seguinte se propõe a apresentar as considerações de alguns autores sobre o assunto.

2.3 Mediação

No Brasil, o CNJ - Conselho Nacional de Justiça, órgão que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, criou em 31 de janeiro de 2013 a Emenda à Resolução 125/2010. A qual tem o objetivo de estimular a busca por soluções extrajudiciais para solução de conflitos e/ou disputas, através do processo de mediação e/ou conciliação. Por fim a aprovação Lei da Mediação (nº 13.140, de 26 de junho de 2015), poderá garantir a efetividade dos processos mediatórios no cenário nacional.

A mediação apresenta diferentes modelos: o modelo tradicional linear de Harvard, o modelo transformativo, o modelo circular-narrativo e o modelo proposto como terapia do amor da Associação Latino-Americana de Mediação (OLIVEIRA, 2012). O modelo tradicional linear, mais conhecido como Programa de Negociação da Escola de Harvard, fundamenta-se na comunicação entendida em seu sentido linear. O mediador nesse modelo é um facilitador da comunicação e visa estabelecer diálogo, ainda não deve estabelecer julgamentos valoração e crenças e não estabelecer vínculos com os envolvidos. Outra característica desse modelo é que ele está centrado no acordo (EGGER, 2008).

O modelo transformativo de Bush e Folger fundamenta-se na comunicação, não está centrado no acordo e pretende modificar as relações entre os envolvidos na situação. Esse método pensa no empoderamento das partes da resolução de seus conflitos e visa o reconhecimento do outro na resolução do conflito (MOORE, 1998). Já o modelo circular-narrativo de Sara Coob está baseado na comunicação circular, entendida como um todo. Ele tem como objetivo a dissolução do conflito, usando as técnicas de terapia de família e as teorias da comunicação, nele o acordo não é objetivo e sim uma consequência. Por fim, modelo Waratiano, conhecido como terapia do amor. Nesse método o acordo não é a principal finalidade mas sim a transformação do conflito. A técnica utilizada para mediar é a terapia reencontro mediado (TRM).

A mediação não é uma ciência, é uma arte que precisa ser experimentada e não explicada (WARAT, 2004). Assim, a mediação não deve ser percebida apenas como um método ou instrumento a serviço da realização de um acordo mas como um processo transformador na vida dos sujeitos envolvidos numa situação de conflito. A mediação pode ser entendida como uma forma ecológica de resolução de conflitos sociais e jurídicos no qual há substituição de uma aplicação de uma sanção legal por um terceiro por uma decisão sobre a situação de conflito pelos sujeitos envolvidos nessa situação (WARAT, 1998). Nesse sentido, a mediação é considerada forma ecológica de negociação ou acordo transformador das diferenças. Percebe-se que no paradigma da mediação o objetivo que move o processo está para além da resolução da situação de conflito. Assim, a centralidade da mediação dever ser a transformação da situação de conflito,

para tal, é introduzido pressupostos como da cooperação, da responsabilidade, do diálogo e do empoderamento dos sujeitos á resolverem as situações nas quais estão envolvidos.

Para Warat (2004), a mediação procura ter uma visão sistêmica do conflito, percebendo o sujeito como um ser integralmente ético, comprometido com outro. Assim ele acredita que, um dos maiores objetivos da mediação é a reconstrução simbólica do conflito, permitindo o empoderamento do sujeito para que vá se desprendendo das decisões judiciais e da decisão de terceiros sobre suas vidas. Nessa perspectiva, o acordo não ocupa centralidade do processo uma vez que, ele é entendido como consequência e não como objeto da mediação. Assim, a mediação vai possibilitar aos sujeitos o reconhecimento da sua responsabilidade tanto diante da situação de conflito, quanto da resolução do mesmo. Assim pode-se dizer que para Warat (2004) a mediação pode ser entendida como processo de reconstrução da subjetividade, uma vez que, ela pode ajudar as pessoas a reconstruir simbolicamente a relação conflituosa.

A mediação é um processo não adversarial, nesse sentido, não há perdedores e vencedores. Assim, ao promover-se a transformação do conflito, ainda há a possibilidade de transformar-se no conflito (WARAT, 2004). Na concepção de Warat (2004) "a mediação é a produção da diferença, instalando o novo na temporalidade" (WARAT, 2004. P, 63). Com relação ao tempo da mediação, por ela ser um processo que envolve sensibilidade, institui um novo tipo de temporalidade (WARAT, 2004). Nessa perspectiva, o tempo é da sensibilidade, do respeito da outriedade e do entendimento da singularidade de cada sujeito. Ao acreditar que a resolução do conflito é perpassada por diferentes crenças, sociais culturais, familiares e psicológicas, o tempo de cada sujeito para elaboração e transformação da situação conflituosa é único. Por fim, a participação no processo de mediação sempre deve ser realizada de forma voluntária e sigilosa.

Com relação ao mediador Warat (2004) acredita que para sê-lo é preciso estar além das técnicas de comunicação, é preciso ver o problema com os olhos do amor, é preciso renunciar as máscaras, aos jogos. Ele entende que "o mediador deve compreender a diferença entre intervir no conflito e nos sentimentos das partes" (WARAT, 2004.p, 26). Nesse sentido o mediador propõe que as pessoas façam a mudança de olhar do conflito para si mesmas, fazendo com elas percebam o conflito como algo exterior à elas mesmas.

Em seus estudos sobre mediação, Warat (2004) costuma definir o que a mediação é, e o que a mediação não é. Nesse sentido, para ele a mediação é inscrição de amor no conflito, é uma forma de realização da autonomia e uma possibilidade de crescimento interior. Ainda é um modo de transformação do conflito sustentada pela compaixão e sensibilidade, um paradigma cultural específico do direito, e um Direito da outriedade. Por fim a mediação é uma concepção ecológica do Direito, um modo particular de terapia e uma nova visão da cidadania dos direitos humanos e da democracia. Segundo Warat (2004) a mediação não é um litígio, um modo normativo de intervenção nos conflitos, um acordo de interesses, um modo de estabelecer promessas e por fim, uma resolução psico-analítica dos conflitos. Outra característica da mediação é o fato de ela ser um procedimento voluntário, ou seja, a aceitação das partes tanto para o procedimento quanto para o mediador, é importante para um bom desfecho da mediação.

CONCLUSÃO

Explicado alguns aspectos sobre a mediação, pergunta-se: o que seria então o conflito para mediação? Talvez aqui, esteja o saber produzido "entre" direito e psicanálise, uma vez que, a mediação não é uma sessão de terapia, e muito menos uma audiência com uma sentença judicial produzida por um terceiro. Assim, o conflito para mediação, em algumas escolas, pode ser percebido como um processo de transformação de uma situação conflituosa e dos sujeitos nela envolvido. O conflito percebido pelo paradigma transformador, assume um papel de facilitador da comunicação entre as pessoas, proporcionado saúde aos relacionamentos. O conflito na mediação ainda pode ser percebido como instrumento efetivo de investimento nas relações e nos afetos, imanentes aos conflitos. O conflito pelo "olhar" da mediação ganha esse outro "lugar", o da transformação, da comunicação, das novas possibilidades que não apenas de vencedor/perdedor, mas produtor da sua própria história e da sua cidadania. Nesse "entre" saberes produzidos, o conflito não acontece mais entre "partes" mas "entre" sujeitos empoderados pra resolver suas próprias situações conflituosas e percebendo entendendo a existência e importância do "outro" nessa relação.

Por fim, o profissional do direito lida com conflito, tal qual o psicólogo /psicanalista no consultório. O que muda nesse cenário é que o psicanalista tem um instrumental a ser utilizado para que consiga manejar com ele, diferente do profissional do direito que não os tem. Assim a Mediação também ser entendida como ferramental a disposição dos profissionais do direito para compreensão holística do sujeito que vivencia uma situação de conflito. Diante disso, a formação continuada se faz necessária a ambos profissionais, sendo que, os profissionais do direito precisam compreender as questões afetivas e singulares do sujeito envolvido no conflito para poder realizar práticas como a da Mediação de Conflitos. Aos profissionais da Psicologia cabe a tarefa de perceber a Mediação com toda singularidade que carrega e ter sempre em mente que apesar de algumas semelhanças a Mediação não é uma prática psicológica.

REFERÊNCIAS

- CALMON, P. Fundamentos da Mediação e da Conciliação. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo. 20. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- DELGADO, M. G. Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro. Revista LTr, v. 66, n. 6, jun. São Paulo. 2002.
- FREUD, S. (1980). Os caminhos da formação dos sintomas. (J. Salomão, Trad.). Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas. (Vol. XVI, pp. 419-440). Rio de Janeiro: Imago. 1917.
- FREUD, S. (1910). A significação antitética das palavras primitivas. In: FREUD, S. Obras completas. Rio de Janeiro: Imago, 1996. vol. XI.
- FREUD, S. (1917) Conferências introdutórias sobre psicanálise (continuação). Rio de Janeiro: Imago, 1996. p. 393- 415. (Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud,16). 1917.
- FREUD, S. (1969). Projeto para uma psicologia científica(Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud. Vol.I, 2ª ed.). Rio de Janeiro: Imago. -1895
- HOLANDA, A.P. A. Mediação e arbitragem: Um caminho para o acesso à justiça. Revista Resultado, ano II, No 15,set/out/2005.
- KELSEN, H. Teoria Geral do Direito e do Estado.São Paulo, Martins Fontes, 1990.
- MORAIS, J. L. B. Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- MOORE, C. O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos. Trad. Magda França Lopes. 2. Ed. Porto Alegre: Artmed,1998.
- NADER, P. Introdução ao Estudo do Direito. 23ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- SPENGLER, F.M. Da Jurisdição à mediação: por uma outra cultura o tratamento do conflito. Ijuí: Ed. Ijuí, 2010.
- SPENGLER, F. M.; SPENGLER NETO, T. Considerações sobre o tratamento de conflitos sociais: do consenso hobbesiano induzido ao consenso construído pela prática da mediação. In:REIS, Jorge Renato. LEAL, Rogério Gesta (org.). Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos. 1. Ed. Tomo 10. Santa Cruz: EDUNISC, 2010.
- WARAT, L. A. (Org.) Em nome do acordo: a mediação no direito. Florianópolis: ALMED, 1998.
- WARAT, L. A. Surfando na pororoca: ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.
- 1Sigmund Freud (1856-1939) foi o idealizador da Psicanálise, a primeira teoria formal sobre a personalidade, e a mais conhecida. O trabalho de Freud afetou todo modo de pensar a personalidade, seja na psicologia ou na psiquiatria, além de causar um grande impacto na nossa forma de encarar a natureza humana. Sem dúvida, poucas ideias na história da civilização tiveram uma influência tão ampla e profunda como a de Freud. Muitas das teorias da personalidade surgidas após a psicanálise foram derivadas dela. Outras devem parte de sua força e rumo à oposição feita à psicanálise de Freud.
- 2 FREUD. S. O Estranho. ESB, RJ, Ed. Imago, 3a edição Vol. XVII. 1919.

PANORAMA E CONTEXTOS DA RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE DISPUTAS

OVERVIEW AND SETTINGS OF ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION

Silton Batista Lima Bezerra²²

RESUMO: O movimento de justiça privada, impulsionado pela crescente necessidade de agilidade nas tratativas comerciais, ajudou a desenvolver os meios alternativos de resolução de conflitos (ADR) criando as modalidades: negociação, mediação, conciliação, arbitragem, averiguação e ouvidoria. Também, o desenvolvimento tecnológico afetou a forma de resolver disputas por meio da online dispute resolution (ODR) visando, principalmente, o atendimento das atividades de natureza comerciais, cada vez maiores na web. Palavras-chave: Resolução. Alternativa. Disputas. Arbitragem. Online

ABSTRACT: The private justice movement, driven by the growing need for agility in business dealings, helped develop alternative means of dispute resolution (ADR) creating arrangements: negotiation, mediation, conciliation, arbitration, investigation and ombudsman. Also, the technological development has affected the way of resolving disputes through online dispute resolution (ODR) aiming mainly at meeting the commercial nature activities, increasing the web.

Keywords: Resolution. Alternative. Disputes. Arbitragem. Online.

INTRODUÇÃO

O advento do novo código de processo civil brasileiro (Lei nº 13.105, de 16-3-2015) suscitou o interesse dos operadores do Direito sobre os temas ligados à resolução alternativa de conflitos ou Alternative Dispute Resolution (ADR) demandando à doutrina nacional o acompanhamento desses assuntos de forma mais ágil.

No sentido de reduzir a carência de trabalhos nesta área, o presente artigo tem por objetivo fomentar discussões nacionais sobre temas debatidos, de há muito tempo, nos Estados Unidos, Canadá e Europa, que exigem a necessária reflexão interna para sua adequação ao nosso contexto jurídico. Assim, pretendemos contextualizar as ADR, desde seu surgimento, e elencar os principais meios de resolução alternativa de conflitos, sem esquecer de diferenciar os sistemas anglo-saxão do sistema europeu, informando a qual deles o Brasil se filiou. Num segundo momento serão tratados os meios de resolução de conflitos por meios eletrônicos (ODR) e suas aplicações no e-commerce e no serviço público.

Entremostra-se interessante apresentar uma visão geral da história da resolução alternativa de litígios (CONA, 1997)²³, pinçando os fatos que mais influenciaram as técnicas atuais de resolução alternativa de disputas com fito de subsidiar uma breve discussão sobre as vantagens e desvantagens de utilização dos meios alternativos de disputas ADR (alternative dispute resolution) e ODR (Online dispute resolution) para solucionar conflitos, bem como sua relação com o e-commerce.

BREVE HISTÓRICO

É claro que a resolução de conflitos por particulares remonta à idade da sociedade primitiva, na qual a força física fazia prevalecer a vontade do contendor mais forte e a autoridade do patriarca não admitia contestação. Essa etapa é bem intuitiva e, por isso, não será objeto de nosso estudo, que se iniciará por outro marco da gênese do modelo de justiça.

Historicamente, tanto na esfera judicial como junto aos métodos de resolução alternativa de disputas, a argumentação com base na Justiça, no Direito, nas Leis ou nos interesses, e o poder de convencer as demais partes, inclusive o árbitro, eram bastante apreciados e valorizados, tanto que o patronato dessas causas foi profissionalizado²⁴.

Neste momento, surgem, na antiguidade clássica, os precursores da ideia de que a atuação pessoal individual seria um aspecto relevante à resolução de conflitos. Aristóteles defendia que não era possível separar a convicção da persuasão, pois ambas as situações ocorriam ao mesmo tempo. Assim, não se poderia convencer alguém sem persuadi-lo e vice-versa. Para ele, a retórica era a arte de fazer demonstrações e apresentações que poderiam ser colocadas a serviço da verdade ou não. A retórica em si não conduziria à verdade ou à mentira, era apenas uma arte que poderia levar à convicção. Daí a classificação

²² Sócio Fundador – CAMES Brasil (Câmara de Arbitragem e Mediação Especializada); Doutorando e Mestre – Faculdade de Direito da Universidade do Porto – FDUP (Portugal); Especialista – UnB; Especialista – UVA; Procurador-Chefe – UNILAB; e Professor da UNILAB do curso de Administração Pública (Disciplinas de Negociação e Arbitragem e de Instituições do Direito Público e Privado). E-mail: silton_b_lima@hotmail.com

²³ CONA, Frank A. Application of Online Systems in Alternative Dispute Resolution. 45 Buff. L. Rev. 975 (1997).

²⁴ O vocábulo advogado deriva da expressão em latim 'ad vocatus' que significa o que foi chamado que, no Direito romano designava a terceira pessoa que o litigante chamava perante o juízo para falar a seu favor ou defender o seu interesse.

em retórica branca, que buscava a verdade, e retórica negra, que procurava criar uma situação que não correspondia à verdade.

É relevante que se diga que foi na Idade Média que o pensamento ocidental migrou o centro de atenção da figura do orador para a considerar a ênfase no texto objetivo e na busca da verdade única, sendo esta aquilo que foi interpretado pela "autoridade". Santo Agostinho defendia que a bíblia trazia a verdade unívoca e definitiva e que não deveria haver mais de uma "verdade", de modo que a interpretação serviria para evitar que houvesse várias "vontades divinas". Surge a "autoridade" capaz de interpretar e desvendar a vontade objetiva contida na bíblia: a igreja. A partir daí derivou movimento que levou ao paulatino enfraquecimento do texto bíblico e o gradual fortalecimento do intérprete.

Entretanto, foi concomitantemente ao aparecimento dos "tribunais" de causas comerciais que surgiu um movimento de justiça privada tendo em vista, principalmente, a incapacidade do Poder Judiciário de dar vazão à imensa quantidade de demandas submetidas a sua apreciação²⁵.

Por conseguinte, tem-se que na Idade Moderna o poder fundado na propriedade privada proporcionou uma série de exemplos precoces de jurisdição consensual, próximos da concepção contemporânea de arbitragem. Suas raízes se encontram tanto no Poder sobre a propriedade privada quanto na jurisdição consensual baseada na propriedade. Ambos os fundamentos foram transplantados para o novo mundo na colonização da América do Norte como decorrência do instituto do "aluguel" ou do "arrendamento", pois, os contratos de concessão de uso remunerado das propriedades nas colônias continham disposições que davam ao seu titular o poder de estabelecer tribunais locais, com a limitação de que certos casos havidos por mais graves poderiam ser encaminhados ou avocados pelo Tribunal Real na Inglaterra para que seu exame lhes fosse submetido.

Outro precedente bastante importante adveio da aplicação das Leis de Comércio e da Lei das Nações (ou Direito Internacional) por meio de comissões de arbitragem de comerciantes que se organizaram a partir da necessidade de dar respostas rápidas para litígios comerciais específicos. Inicialmente essas comissões de árbitros se desenvolveram junto aos tribunais estatais, tendo evoluído para um modelo de corpo uniforme de experts em que os costumes e as práticas de comércio eram independentes de qualquer nação soberana.

Antes do surgimento do nacionalismo, os comerciantes haviam desenvolvido um corpo separado de leis visando atender às peculiaridades da tratativa mercantil com várias características distintas, tais como o caráter internacional e a consuetudinarietà, cuja principal fonte era o costume mercantil, além do que essas comissões eram administradas pelos próprios comerciantes, num processo rápido e informal em que a equidade era um princípio fundamental.

Muitos autores fazem referência, como exemplo desta fase, à Associação de Tomadores de Riscos de Londres (Underwriters), na qual, seus participantes aceitavam, individualmente, assumir a cobertura de riscos, comprometendo ilimitadamente as suas fortunas pessoais. Esta associação ficou conhecida como Lloyd's of London. O historiador Eric Williams²⁶ observa que Edward Lloyd, assim como outras companhias de seguros de escravos e de navios negreiros, estava vitalmente interessado na interpretação de decisões judiciais quanto ao que constituía "morte natural" e "perigos do mar" para que pudesse balizar suas atividades e para que suas decisões comerciais não fossem questionadas judicialmente, situação que poderia comprometer os vários negócios derivados dos contratos de resseguro que eram aviados naquele centro de atividades marítimas.

Ao longo da história norte-americana, em particular, tem-se verificado uma série de esforços para privatizar funções judiciais inspirados nesse movimento. Para além das características acima elencadas, nos Estados Unidos as controvérsias comerciais utilizavam um sentido de Justiça ou de Direito fortemente baseado, não só na propriedade, mas também no poder de argumentação e persuasão dos debatedores.

Assim, a sociedade começou a se organizar e buscar meios alternativos para resolver seus litígios, do que resultou o surgimento da alternative dispute resolution –ADR, que se caracterizam por vários modelos de resolução de disputas, dentre eles a negociação, a arbitragem, a mediação, a conciliação, a Med-Arb, a averiguação e a ouvidoria.

Portanto, em breve parêntesis, individualizando cada uma dessas espécies, temos que a negociação é a forma mais comum de resolução de disputas. A maioria dos conflitos é resolvida por meio de negociação sem nunca aparecer nos registros públicos dos sistemas judiciais. Nos Estados Unidos, mesmo aquelas disputas que chegam aos tribunais são, na maioria das vezes, resolvidas desta maneira. A negociação é tipicamente um processo de duas partes. Os disputantes intercomunicam-se para encontrar um terreno

25 Para Platão, com sua aversão à democracia depois que Sócrates foi condenado à morte pela Ágora (julgamento feito por uma assembleia de cidadãos), a democracia é a ordem da quantidade e a justiça é a ordem da qualidade. Ocorre, que com o passar do tempo, a Justiça foi sendo exigida a não só atender à qualidade, mas também à quantidade das demandas que cresciam em progressão geométrica.

26 Williams, E. (1944). *Capitalism and Slavery*. O William Byrd Press, Inc. Richmond: Virginia. Págs. 104-5.

comum e persuadir o outro da vantagem da solução consensual, em vez de recorrer a processos legais coercitivos.

Quanto à arbitragem, esta é julgamento privado em que uma parte neutra, não-governamental, ouve as apresentações dos disputantes e toma uma decisão que é juridicamente vinculativa sobre eles. Tradicionalmente, os árbitros retiram seu poder dos contratos, das convenções ou das cláusulas de arbitragem, em que as partes poderão declarar antecipadamente uma vontade de submeter uma classe de litígios à arbitragem (um acordo *ex ante*) ou, também, podem ser celebrados após uma disputa particular aplicando-se somente a ela (acordo *ex post*).

A mediação é semelhante à negociação, com exceção de que um terceiro, o mediador, é empregado para auxiliar os disputantes na busca de um ponto comum. Um mediador, ao contrário de um árbitro, não tem o poder de decidir a disputa, mas apenas de auxiliar as partes na negociação de uma solução. Mediadores facilitam a comunicação entre os disputantes ajudando-os a descobrir interesses mútuos, destacando questões de custos como um incentivo para a decisão consensual.

Cumprir observar que a arbitragem assume caráter semelhante ao jurisdicional; já a mediação assumirá um caráter de contrato trilateral. Segundo o § 3º do art. 165 do novo Código de Processo Civil brasileiro, o mediador atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes e auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Na Conciliação, o conciliador atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes e poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem (§ 2º do art. 165 do novo Código de Processo Civil).

O Med-Arb tem lugar nos processos de arbitragem que incluem a mediação como um primeiro passo, etapa em que o árbitro procura promover a resolução consensual: é uma função de mediação. Quando os árbitros fazem ambos os processos, de mediação e depois de arbitragem, são por vezes referidos como med-arb.

A averiguação é o esclarecimento de fatos, semelhante à arbitragem, exceto que a decisão não é vinculativa sendo limitada à determinação de questões factuais. Alguns processos de mediação, especialmente em disputas negativamente sensíveis à publicidade, são seguidos por um processo de averiguação.

A ouvidoria, em muitos casos é tida como um meio de resolução e/ou de prevenção de conflitos. O ombudsman não é uma autoridade com poder de decisão, mas representa o canal de comunicação entre a parte queixosa e o responsável pela decisão da disputa. Alguns órgãos públicos e empresas nos Estados Unidos nomeiam um ombudsman para servir como uma espécie de secretário de alto nível, para tratar das queixas apresentadas com o poder de solicitar informações e de persuadir ou de induzir mudanças na posição da empresa ou do órgão por meio de constrangimento público.

Há, também, o chamado "júri civil" (SYVERUD, 1997)²⁷. O estudo do júri civil, apesar de poder oferecer um modelo de comparação de padrões para avaliação dos custos e dos benefícios com relação a outros mecanismos alternativos de resolução de litígios, por causa da sua complexidade, que exigiria uma pesquisa específica, não será analisado neste trabalho²⁸.

Apresentadas as modalidades mais importantes de ADR – Resolução Alternativa de Disputas cabe às partes e ao operador do litígio buscar a adequação do instrumento jurídico ao tipo de conflito, como princípio orientador da ADR.

O modelo de regulação de ADR mais usado como paradigma é o encontrado no sistema europeu continental e significa uma alternativa, uma escolha, uma faculdade, para a resolução de conflitos fora do judiciário; bastante diferente do verificado em alguns países de origem anglo-saxônica onde a ADR pode assumir uma característica de obrigatoriedade como fase preliminar a ser suplantada antes do acionamento do judiciário.

O Brasil filia-se ao modelo europeu ao estabelecer que a utilização dos meios alternativos privados de resolução de conflitos será incentivada pelo Poder Público²⁹, mas sem obrigatoriedade, devido ao princípio constitucional da inafastabilidade de jurisdição³⁰.

27 Entre outros vide: SYVERUD, Kent D. ADR and the Decline of the American Civil Jury. 44 UCLA L. Rev. 1935 (1996-1997). Disponível no sítio: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/uclalr44&div=54&id=&page=>>, em 23-6-2013.

28 O júri civil dá ênfase à participação de leigos no julgamento, caminhando ao encontro do movimento de "desprofissionalização" dos processos de resolução de disputas com uma visão de direito constitucional sobre o tema, beneficiando o desenvolvimento destes mecanismos que consagram o exercício de um direito constitucional.

29 Vide § 3o Art. 3º da Lei nº 13.105, de 16-3-2015: "A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial".

30 Constituição Federal/1988: art. 5º (...)XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

A extrajudicialidade é característica da ADR, o que impõe a utilização de técnicas de negociação, mediação, conciliação e arbitragem, sendo que qualquer tipo de resolução por meio do Judiciário está excluída deste título. Isso não significa dizer que esses métodos não poderão ser utilizados dentro do processo judicial. Na verdade, isso necessariamente ocorrerá, tendo em vista a nova sistemática implementada pelo novo CPC, só que não se pode denominar de ADR.

Uma das mais importantes vertentes do movimento de resolução alternativa de litígios é a sua ambição de "informalizar" o processo, o que obriga a incursões na área do Direito Processual Civil visando melhorar a eficiência dos mecanismos legais de produção de decisões.

Entretanto, no panorama mundial, para muitos doutrinadores do processo civil, os reformistas do movimento da resolução alternativa estariam propensos a eliminar várias evoluções trazidas pelo processo civil ao longo dos anos, pretendendo "reinventar a roda" antes de responderem a uma série de questionamentos³¹ ligados, especialmente, à qualificação esperada do neutro (árbitro ou mediador) para resolver uma disputa alternativa e, ainda: como seria selecionado ou removido; se poderia delegar os seus poderes; como responsabilizá-lo por sua infidelidade à lei; havendo a participação de leigos, como controlar ou orientar as deliberações e decisões para evitar ilegalidades. Outro grande bloco de preocupação reside nos limites territoriais e suas restrições, com relação às diversas autoridades ou soberanias, e de como proteger o novo procedimento contra reivindicações impossíveis ou defesas dilatórias.

Num contexto mundial, há o temor dos processualistas civis de que o processo civil se torne apenas um processo de execução de decisões judiciais e de sentenças arbitrais; por isso, afirmam que alguns casos e algumas pessoas simplesmente não se prestam bem aos processos de ADR, devendo ser atendidas pelo poder judiciário num processo regular como, por exemplo, nas situações que envolvem – direta ou indiretamente – o interesse público por conta do princípio da privacidade que rege as ADR.

No Direito brasileiro essas questões foram devidamente tratadas pela Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307, de 23-9-1996, recentemente alterada pela Lei nº 13.129, de 26-5-2015) e pelo novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16-3-2015).

É certo que as leis locais de alguns países colocam a arbitragem tradicional ou offline dentro de uma estrutura formal de resolução de disputas e se esforçam para assegurar a observância destas regras também pelo Poder Judiciário. O princípio subjacente a essa tradição jurídica baseia-se no fato de que a justiça será feita quando as partes conduzirem o processo de resolução alternativa face-a-face e cumprirem os requisitos formais de convenções de arbitragem e sentenças arbitrais.

Uma coisa, porém, é consenso entre as duas correntes de pensadores, a ADR sozinha não vai "consertar" o problema do acesso à justiça³² - até porque isso toca em todos os aspectos institucionais, inclusive nos profissionais dos operadores jurídicos -, mas, ao menos, oferece uma ferramenta de resolução de disputas mais acessível à população.

Assim é que, na atualidade, a ADR passou a ser o método mais utilizado de resolução internacional de disputas comerciais que, normalmente, são travadas nas modalidades de "disputas de interesse" ou de "disputas de direitos"³³.

Por outro bordo, os defensores das ADR vislumbram com grande preocupação alguns pontos, tais como o receio das partes, que é fundado, principalmente, no desconhecimento sobre o funcionamento destes meios, sendo preciso garantir o máximo de transparência quanto aos procedimentos para superar esse obstáculo e aumentar a credibilidade dos institutos.

Para que o processo de ADR possa ocorrer de forma ideal, deve o neutro (árbitro ou mediador) ganhar a confiança das partes e assumir uma "autoridade" consensual, até porque cabe a este a interpretação das manifestações (petições) das partes envolvidas. Para que este filtro (necessário para evitar os excessos de linguagem das partes) seja válido e acreditado pelas partes, o neutro deve se mostrar imparcial e hábil a chegar à melhor solução para ambas.

Neste ponto cabe uma observação importante: neutralidade não significa passividade ou inércia. O neutro deve ser imparcial (neutro), mas deve atuar ativamente para que a solução do conflito seja a melhor possível para ambas as partes.

Para tanto, o neutro deve atender a alguns requisitos. Em primeiro lugar, a qualificação: o neutro deve ser tecnicamente qualificado no domínio da língua, dos termos técnicos, da informática, etc; e legalmente qualificado: profissional adequado e que corresponda à área de conhecimento exigida para so-

31 CARRINGTON, Paul D. Civil Procedure and Alternative Dispute Resolution. In Journal of Legal Education. Association of American Law Schools. N. 34. (1984). Pág. 298 e ss. Disponível no sítio: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1180&context=faculty_scholarship>, em 23-6-2013.

32 MAIN, Thomas O. ADR: The New Equity. University of Cincinnati Law Review. Vol. 74. Disponível no sítio: <<http://www.law.uc.edu/current-student/practical-experiences/publications/docs/0329main.pdf>>, em 23-6-2013.

33 As disputas de interesse envolvem a adoção e articulação de novos códigos de conduta ou procedimento; as disputas de direitos geralmente envolvem reivindicações que surgem tendo por base códigos ou procedimentos existentes. Assim, os conflitos de interesse requerem o exercício de uma função normativa; enquanto as disputas de direitos requerem o exercício do poder adjudicatório.

lução da disputa. As qualificações jurídicas são requeridas somente para casos que envolvam a aplicação de normas jurídicas (arbitragem de Direito, art. 2º da LArb). Em segundo lugar, experiência é um trunfo que garante um processo bem sucedido. A experiência está ligada à vivência e à utilização de saberes, intuições e práticas profissionais e individuais aplicáveis aos casos postos ao crivo do árbitro. Em terceiro lugar, a participação e o aproveitamento de programas de treinamento específicos e correlacionados em áreas afins. Em quarto lugar, os neutros devem ser capazes de acomodar diferenças culturais e colmatar qualquer forma de diferença linguística entre as partes. Em quinto e último lugar, deve ter facilidade na manutenção da comunicação interativa.

Conferir credibilidade às ADR exige, ainda, a simplificação e melhoria dos procedimentos extrajudiciais de resolução de conflitos, o reforço da comunicação entre os profissionais e as partes e austeridade na aplicação dos princípios da imparcialidade ou independência; do contraditório; da eficácia; de liberdade de contratação; da transparência; da equidade e da representação.

Para Katsh e Rifkin (2001), três características são fundamentais a qualquer sistema de ADR/ODR: conveniência, confiança e experiência. O elemento da confiança exige, em geral, lidar com a quantidade de risco que o usuário sente utilizando o sistema. No caso das ODR, essas informações são avaliadas pelo sítio da internet (web site) e pela sua reputação.

Apesar das críticas, nada sugere desânimo aos defensores das ADR, que noticiam, para consolidá-las, as vantagens de evitar o custo elevado dos litígios judiciais, de resolver disputas com maior agilidade, de garantir a confidencialidade sobre a disputa, de ser menos conflituosa e mais compositiva, de oferecer árbitros e profissionais com conhecimentos especializados nas áreas da disputa, de maior flexibilidade de procedimentos para resolução de conflitos e de aplicação mais ágil das "sentenças" arbitrais estrangeiras.

Também, devemos registrar as desvantagens verificadas em alguns ordenamentos, que precisam ser sanadas com o fito de viabilizar a utilização das ADR como: falta do devido processo legal, negação de direitos do consumidor, vulnerabilidade dos consumidores e inviabilidade do ajuizamento de ações judiciais.

Entretanto, a desvantagem mais pronunciada diz respeito ao consentimento necessário de todas as partes, pois a decisão das partes em recorrer à ADR constitui uma transação comercial contratual de prestação de serviços por parte de uma empresa privada. Este problema ganha especial repercussão quando o "consentimento à arbitragem" ocorre no momento em que o consumidor aceita um acordo-tipo ou "contrato de adesão", no qual está embutida a cláusula de "venda casada", ou seja, a contratação está condicionada a outro serviço ou produto, sem a completa informação ao cliente³⁴ sobre como as disputas legais serão resolvidas³⁵. Por isso, nesses casos envolvendo direitos do consumidor, o processo de ADR deve ser voluntário, confidencial e com a possibilidade de desistência a qualquer tempo.

RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE DISPUTAS ONLINE – ODR (ONLINE DISPUTE RESOLUTION)

As vantagens dos meios alternativos resultaram na sua rápida evolução que, com a adesão ao suporte tecnológico online, transformaram a ADR em ODR (Online Dispute Resolution), o que correspondeu à migração da resolução de conflitos do espaço geográfico (ADR) para o ciberespaço (ODR). Outro fator que contribuiu para esse fenômeno foi a atividade de contratação online, que levou às disputas online, exigindo novas formas de resolução destes conflitos.

Compete ressaltar, nesta oportunidade, que quando se utiliza a expressão atividade de contratação no ciberespaço prevê-se o uso potencial da internet para resolver disputas em duas áreas distintas: uma, via tecnologia online ou parcialmente online relacionada à internet para resolver disputas do "mundo real"; e, outra, o uso da internet para resolver litígios que surjam no próprio ciberespaço por meio de sistemas online que ofereçam vantagens tecnológicas para auxiliarem na resolução de disputas comerciais.

Outras razões para a expansão das ODR podem ser listadas, como: a redução da dependência dos tribunais, o desejo dos executivos de negócios de gerenciar e controlar a resolução de litígios, maior independência da negociação, da mediação e das técnicas de resolução de conflitos por conciliação, em substituição ao litígio tradicional e até mesmo à arbitragem (HANG, 2001)³⁶. Por não estarem em contato presencialmente, as partes, tendem a ser mais focadas no assunto do que no adversário, além de terem uma maior conscientização da necessidade de incluir cláusula de resolução de disputas apropriada nos acordos comerciais.

34 ROTHCHILD, John. Protecting the Digital Consumer: The Limits of Cyberspace Utopianism. Indiana Law Journal. Vol. 74. Pág. 893 e ss. Disponível no sítio: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/27036-27046-1-PB.pdf>>, em 23-6-2013.

35 SCHWARTZ, Robert Alexander. Can Arbitration do More for consumers? The Tila Class Action Reconsidered. New York University Law Review. Vol. 78. Pág. 809 e ss. Disponível no sítio: <<http://www.nyulawreview.org/sites/default/files/pdf/NYULawReview-78-2-Schwartz.pdf>>, em 23-6-2013.

36 HANG, Lan Q. Online Dispute Resolution Systems: The Future of Cyberspace Law. Santa Clara Law Review. Vol. 41, nº 3, artigo 4. (2001). Disponível no sítio: <<http://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1337&context=lawreview>>, em 23-6-2013.

Entretanto, alerte-se para o imprescindível cuidado de se verificar, caso a caso, até que ponto a distância física das partes pode prejudicar as tratativas de uma composição de conflitos extrajudicial pelo favorecimento de discursos falaciosos, pois, assim como as ADR, os sistemas de ODR podem admitir discursos meramente retóricos³⁷, agravados pela circunstância de que é mais fácil mentir online sem a presença intimidadora de um juiz ou árbitro.

Igualmente relevante é compreender os efeitos das novas tecnologias sobre o ser humano, principalmente, sob as perspectivas da comunicação remota, da alienação da memória recente humana à nuvem (cloud), da transformação de átomos em bites, do homem bio-cibernético, da simbiose homem-máquina, da imersão da vida na tecnologia e no espaço virtual e, por fim, da cyber-consciência e da memória renderizada³⁸. Tudo isso anuncia uma nova metafísica tecnológica contemporânea, na qual as necessidades deste novo homus digitalis, propulsoras das ações do homem, passaram a ser tão digitais ou eletrônicas quanto seus desejos. Não se está falando que os meios digitais facilitam a aquisição de bens para satisfazer as necessidades humanas (isso também é verificado), mas sim que a própria necessidade e sua satisfação são produtos cibernéticos, exemplo mais característico são os jogos eletrônicos.

Em grande parte, isso é verdade e não foi somente o relacionamento humano, enquanto atividade externa e intersubjetiva, que se virtualizou. Na mesma intensidade, os interesses, os desejos, as necessidades e aquilo que é mais intrínseco ao ser também sofreu deslocamento para o ciberespaço. Na verdade, aquele é consequência direta destes, pois, estes, compõem o animus que movimenta o homem nas suas ações finalísticas.

Um bom exemplo do deslocamento do eixo de experiências e vivências humanas para ambientes virtuais pode ser captado a partir da observação de que, no passado, invariavelmente as ambições e os desejos - inspirados por emoções e instintos - recaíam, em última análise, sobre bens corpóreos ou sobre pessoas com as quais fora mantido algum contato de proximidade, direta ou indiretamente³⁹. Na atualidade, a representação do humano mudou bastante, tendo variado para a forma de bonecos animados (avatars). Também, quanto às ambições, estas passaram a recair sobre criações virtuais, como uma posição no ranking de um jogo eletrônico⁴⁰. Há, ainda, situações antes inimagináveis, como as dos dependentes tecnológicos que sentem sintomas, físicos e neurológicos, idênticos aos dos pacientes com dependência química durante o período de abstinência.

A par dessas questões, não há como ignorar a tecnologia da informação, com suas interfaces e seus softwares que, incontestavelmente, podem simplificar o desgastante processo de litigância, traduzindo as leis e as regras para módulos programados de fácil compreensão e reduzindo os formalismos desnecessários.

No atual contexto, o elemento tecnológico pode ser entendido como uma ferramenta do processo de transmissão de dados (aqui a tecnologia não opera papel ativo) ou como um assistente das partes no processo de resolução de conflitos (como uma "quarta parte"). Melhor explicando, na primeira geração de sistemas de ODR a única finalidade da tecnologia era ajudar as partes a fazerem a gestão da informação e facilitar as comunicações entre elas. Nas ODR de segunda geração, a tecnologia é vista, como prelecionam Katsh e Rifkin (2001)⁴¹, como uma "quarta parte"- principalmente quando considerados os recursos de Inteligência Artificial (HAITHAM, 2008)⁴² -, além das duas partes em conflito (disputantes) e do terceiro neutro. A tecnologia trabalha junto com o mediador ou com o árbitro, mas claramente assimilando uma tendência a fim de promover a gradual intervenção dos agentes de software. Nesta hipótese atua como um sistema de apoio à decisão ou como um mediador eletrônico real.

A segunda geração de ODR apresenta três características principais: o objetivo do sistema não termina quando coloca as partes em contato, mas consiste em propor soluções para resolver os conflitos; a intervenção humana é reduzida e a intervenção do software aprimorada; e estes sistemas atuam através da utilização de agentes de software autônomos.

37 Para Platão, que faz uma contraposição clara entre dialética e retórica, a dialética é um discurso argumentativo que se constrói na busca da verdade; já com a retórica busca-se apresentar um discurso apenas parecido com a verdade. A dialética assenta-se na lógica e na razão (convicção); na retórica apela-se para emoção, mesmo que contra a razão, para ganhar adesão da Ágora.

38 Renderização é o processo pelo qual se pode obter o produto final de um processamento digital qualquer. Este processo aplica-se essencialmente a programas de modelagem 2D e 3D (3ds Max, Maya, CINEMA 4D, Blender, Adobe Photoshop, Gimp, Corel PhotoPaint, etc.), bem como áudio (Cubase, Ableton Live!, Logic Pro, etc) e vídeo (Adobe Premiere, Sony Vegas, Pinnacle Studio etc). O processo de tratamento digital de imagens e sons consome muitos recursos dos processadores, e pode tornar-se pesado de forma que sua realização em tempo real fica inviável. Neste caso, os softwares trabalham em um modo de baixa resolução para poder mostrar uma visão prévia do resultado. Quando o projeto está concluído, ou em qualquer momento que se queira fazer uma aferição de qual será o resultado final, faz-se a "renderização" do trabalho.

39 Não estamos, aqui, descartando o romantismo dos relacionamentos travados exclusivamente por meio de cartas e epístolas; pois, nesta situação, consideramos que sempre haveria quem informasse a um dos enamorados sobre características do(a) amado(a), é um modo indireto de proximidade.

40 Neste caso específico, já se encontra disputas relacionadas a "fraudes" de jogadores que contratam "profissionais" indianos e coreanos para "atranssarem" seus, deles jogadores, avatares em determinadas fases dos jogos.

41 KATSCH, E. e RIFKIN, J. (2001) Online dispute resolution – resolving conflicts in cyberspace. Jossey-Bass Wiley Company, San Francisco.

42 HAITHAM, A. Haloush e BASHAR, H. Malkawi. Internet Characteristics and Online Alternative Dispute Resolution. Harvard Negotiation Law Review. Spring 2008. Vol. 13:327. Disponível no sítio: <http://www.hnlr.org/print/wp-content/uploads/2009/06/Haloush_Malkawi.pdf>, em 23-6-2013.

Há ainda quem, como Lodder (2006)⁴³, já se refira a uma "quinta parte", ou seja, os prestadores de serviços que entregam os elementos tecnológicos.

A operacionalização das ODR, assim como os processos convencionais de ADR, está estruturada em fases de tramitação que consistem, geralmente, em: 1) queixa online: reclamação que pode vir, ou não, anexada com documentos nos quais se declara sua versão dos fatos e as soluções propostas para dirimir a questão; 2) atuação do mediador para atender à controvérsia; 3) solução da questão coadjuvada pelos sistemas de apoio à tomada de decisão; e 4) frustrado o entendimento, passa-se à arbitragem, por meio da nomeação de um árbitro.

Esse tipo de rito ou iter se apresenta como ideal para situações de alto volume de disputas e com pouca discussão de questões marginais, em que as partes estão principalmente interessadas na resolução de litígios que podem ser resolvidos com uma liquidação em dinheiro.

Para casos em que o cerne do conflito se limite à determinação de um valor monetário para a solução, torna-se imprescindível a utilização de ferramentas de cálculo de BATNA (Best Alternative To a Negotiated Agreement), WATNA (Worst Alternative To a Negotiated Agreement) e ZOPA (Zona de Possível Acordo) pelo sistema.

Em ambientes de ODR, através da utilização de técnicas de mineração de dados, tecnologia de web semântica ou outras técnicas usadas para calcular a BATNA, as partes são capazes de prever a possível solução do litígio judicial em caso de não chegar a um acordo através da ODR.

A eficiência da ODR depende, assim, diretamente da adequada combinação de ferramentas tecnológicas e dos métodos tradicionais (mediação, arbitragem, etc.) para as especificidades de cada disputa. Essa calibragem torna-se fundamental para o deslinde do conflito com a maior satisfação possível para todos os envolvidos.

Nos casos em que surgirem antinomias ou questões envolvendo direitos indeterminados, deve-se buscar a jurisprudência e leva-las para uma validação humana. Esse é o caminho mais acertado para a resolução de conflitos desta natureza. Na ODR a jurisprudência padronizada indica a aplicação das regras pelo Judiciário, no sentido de determinar casuisticamente a reação típica do cidadão-médio ou cidadão-de-referência (situação modulável quando a prática se dirige a grupos de cidadãos específicos). O sistema pode vasculhar a jurisprudência e sugerir a aplicação de algumas decisões que, necessariamente, serão validadas ou afastadas, fundamentadamente, por seres humanos, pois, nestas situações, o ato jurídico decisório ainda não está no campo da "justiça artificial".

Na maioria das vezes, as ferramentas de ODR são fáceis de usar e os usuários interagem com interfaces intuitivos que escondem toda a complexidade das leis e as formalidades por trás desses processos. As interfaces intuitivas criam ambientes mais amigáveis de interação, daí a utilidade de investigação e desenvolvimento de metodologias inspiradas no instinto artificial.

Embora haja inegável desenvolvimento dos ambientes de interfaces amigáveis e ganhos de produtividade com o deslocamento de um processo baseado em papel para uma rede online, com a possibilidade de um acompanhamento processual mais próximo das pessoas, em outros casos isso não tende a acontecer porque ou parte da população não tem acesso ou não tem a formação adequada para a utilização das ferramentas tecnológicas oferecidas, o que leva ao aprofundamento de desigualdades.

De certo, deve-se tomar o cuidado para que, efetivamente, a falta de contato interpessoal não resulte na incapacidade da parte de incorporar a informação não verbal em formato escrito nas transações online. Essa situação, caracterizada pela inacessibilidade das informações disponibilizadas ou mesmo pela dificuldade de interpretação das informações acessadas, é descrita na doutrina como "fosso digital".

É importante destacar que a "divisão digital"⁴⁴ é um dos problemas associados ao chamado "fosso digital", muito presente nos ambientes virtuais e que envolve fatores relacionados com a cultura, a preferência pessoal, questões de banda larga, de idade, de existência de alguma deficiência, de renda, de grau de educação e de fatores geográficos. Com base nos estudos de Sourdin⁴⁵ sobre "questões do fosso digital" podemos concluir que a resolução de disputas de forma presencial (ADR) minimiza os fatores que dificultam as negociações por que proporcionam um atendimento personalizado, capaz de avaliar e transmitir as intenções das partes para as suas manifestações, viabilizando a correta manifestação de vontade das partes.

43 LODDER A.R. (2006). The Third Party and Beyond. An Analysis of the Different Parties, in particular The Fifth, Involved in Online Dispute Resolution. *Information & Communications Technology Law*, 15(2):143-155.

44 BECHARA, Marcelo. A inclusão digital à luz dos direitos humanos. In: CGI.br (Comitê Gestor da Internet no Brasil). Pesquisa sobre o uso das tecnologias da informação e da comunicação 2005. São Paulo, 2006, pp. 33-37. Acessível no sítio: <<http://www.cgi.br/publicacoes/artigos/artigo34.htm>>, em 16-6-2013.

45 SOURDIN, Tania. ODR – An Australian perspective on the digital divide. (2002). Vide sítio: <<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/apcity/unpan046580.pdf>>, acessado em 24-6-2013.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Credita-se o desenvolvimento das ADR à atividade comercial iniciada na Idade Moderna, a qual sempre exigiu agilidade e procedimentos simplificados para a resolução das suas causas. Outro contributo deste período foi o aspecto da internacionalidade das decisões em ADR que foi aprimorado pelo Direito Internacional que sucedeu essa época.

As modalidades de ADR mais usuais são a negociação, mediação, arbitragem, conciliação, med-
-arb, ouvidoria e averiguação, sendo que o êxito da resolução do conflito está intimamente ligado à perfeita adequação entre a modalidade de ADR escolhida e o tipo de conflito a ser solucionado. Assim como quanto maior a experiência e a credibilidade da "parte neutra", corresponde maior eficácia das decisões proferidas.

O Brasil se filiou à escola europeia continental caracterizada pela justiça privada facultativa, decorrente de um acordo de vontades, prévio ou concomitante à disputa sobre direitos ou interesses disponíveis, com força vinculativa para as partes.

O avanço tecnológico afetou humanidade em todos os seus campos: social, psicológico, comercial e jurídico. Portanto, impossível às ADR ultrapassarem essa realidade sem sofrerem influências e evoluções. Neste sentido, criou-se a ODR (online dispute resolution), graças ao desenvolvimento de programas e sistemas informacionais de primeira e segunda geração, assim classificados pelo nível de interação e autonomia da máquina com os usuários. A questão que se põe a superar esta ligada ao "fosso digital".

REFERÊNCIAS

BECHARA, Marcelo. A inclusão digital à luz dos direitos humanos. In: CGI.br (Comitê Gestor da Internet no Brasil). Pesquisa sobre o uso das tecnologias da informação e da comunicação 2005. São Paulo, 2006, pp. 33-37. Acessível no sítio: <<http://www.cgi.br/publicacoes/artigos/artigo34.htm>>, em 16-6-2013;

CONA, Frank A. Application of Online Systems in Alternative Dispute Resolution. 45 Buff. L. Rev. 975 (1997).

HAITHAM, A. Haloush e BASHAR, H. Malkawi. Internet Characteristics and Online Alternative Dispute Resolution. Harvard Negotiation Law Review. Spring 2008. Vol. 13:327. Disponível no sítio: <http://www.hnlr.org/print/wp-content/uploads/2009/06/Haloush_Malkawi.pdf>, em 23-6-2013

HANG, Lan Q. Online Dispute Resolution Systems: The Future of Cyberspace Law. Santa Clara Law Review. Vol. 41, nº 3, artigo 4. (2001). Disponível no sítio: <<http://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/view-content.cgi?article=1337&context=lawreview>>, em 23-6-2013.

LODDER A.R. (2006). The Third Party and Beyond. An Analysis of the Different Parties, in particular The Fifth, Involved in Online Dispute Resolution. Information & Communications Technology Law, 15(2):143-155

MAIN, Thomas O. ADR: The New Equity. University of Cincinnati Law Review. Vol. 74. Disponível no sítio: <<http://www.law.uc.edu/current-student/practical-experiences/publications/docs/0329main.pdf>>, em 23-6-2013

KATSCH, E. e RIFKIN, J. (2001) Online dispute resolution – resolving conflicts in cyberspace. Jossey-Bass Wiley Company, San Francisco

ROTHCHILD, John. Protecting the Digital Consumer: The Limits of Cyberspace Utopianism. Indiana Law Journal. Vol. 74. Pág. 893 e ss. Disponível no sítio: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/27036-27046-1-PB.pdf>>, em 23-6-2013

SOURDIN, Tania. ODR – An Australian perspective on the digital divide. (2002). Vide sítio: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/apcity/unpan046580.pdf>>, acessado em 24-6-2013

SCHWARTZ, Robert Alexander. Can Arbitration do More for consumers? The Tila Class Action Reconsidered. New York University Law Review. Vol. 78. Pág. 809 e ss. Disponível no sítio: <<http://www.nyulawreview.org/sites/default/files/pdf/NYULawReview-78-2-Schwartz.pdf>>, em 23-6-2013.

PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA MEDIACIÓN: ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN DE ESPAÑA Y BRASIL

THE CORE PRINCIPLES OF MEDIATION: ANALYSIS OF LEGISLATION IN SPAIN AND BRAZIL

Helena Pérez Beltrán ⁴⁶

Ana Karine Pessoa Cavalcante Miranda ⁴⁷

RESUMEN: Tras la reciente aprobación de la Ley de Mediación en España (Ley 5/2012, de 6 de julio) y en Brasil (Ley 13.140 de 26 de junio de 2015), el presente artículo pretende identificar los factores que han llevado a ambos países a regular la mediación y analizar cómo recoge cada legislación los principios informadores de esta institución. Se trata una cuestión de suma importancia pues, por un lado, solo el estudio de estos principios rectores nos permitirá conocer realmente la base y la esencia del sistema de mediación y de su práctica y, por otro lado, el estudio de la legislación de otros países nos permitirá comprender mejor nuestro propio sistema.

Palabras clave: Alternative Dispute Resolution. Mediación. Principios informadores. España. Brasil.

ABSTRACT: After the recent pass of the Law on Mediation in Spain (Law 5/2012, of July 6) and Brazil (Law 13,140 of June 26, 2015), this article aims to identify the factors that have led both countries to adopt mediation and to analyse how each legislation includes the core principles of this institution. This is a matter of utmost importance because on the one hand, only the study of these guiding principles will allow us to really know the basis and essence of the mediation system and its practice and, on the other hand, the study of the legislation of other countries allows us to better understand our own system.

Keywords: Alternative Dispute Resolution. Mediation. Core principles. Spain. Brazil.

1. INTRODUCCIÓN

La mediación es el antecedente directo del movimiento de las ADR (Alternative Dispute Resolution). Países como Canadá, Australia y Nueva Zelanda han contribuido de manera importante al desarrollo de estos mecanismos de resolución y gestión de los conflictos. Fue en Estados Unidos (EEUU), sin embargo, donde se generó su impulso como movimiento, que posteriormente se extendería a las sociedades occidentales contemporáneas.

La tremenda crisis generada en Wall Street en 1929, con un incremento de las cifras del paro sin precedentes, motivó que fuera en los EEUU donde se diera la sustitución de los presupuestos teóricos del liberalismo económico clásico por un nuevo plan, el New Deal del presidente Roosevelt, que inició una nueva era de cambios económicos y sociales que marcaron la evolución de los años que siguieron a la Segunda Guerra Mundial. Básicamente, ese nuevo plan concebía una intervención estatal en las relaciones socio-económicas nunca vista antes en EEUU. A pesar de las reticencias del Tribunal Supremo americano, anclado en el pensamiento legal clásico, Roosevelt consiguió que su intervencionista National Labor Relations Act saliese adelante. Esta ley será clave en el desarrollo de la mediación laboral. Con todo ello, se afianzará en EEUU el denominado Realismo Jurídico, pieza clave para entender el movimiento ADR, pues atiende a la idea de que el Derecho, si entiende los problemas sociales (reales), es un instrumento para resolver conflictos. Si la mediación en EEUU tiene su origen en las cuestiones laborales, en la década de los sesenta del siglo XX se extendió también a los ámbitos comunitario y familiar.

Debido a esta evolución, fue poco a poco dejando de hacerse referencia a mecanismos alternativos de solución y/o resolución de los conflictos, para ir asumiendo la referencia a 'medios adecuados' de resolución de los conflictos, de manera que las siglas ADR que identificaban el movimiento en su origen, se siguen manteniendo. Vale mencionar que existen otros métodos utilizados en la resolución de conflictos ejemplo de negociación, la conciliación y el arbitraje, pero ninguno de ellos tiene la función de reemplazar el papel del Poder Judicial, sino que ayudará a ofrecer a las personas el acceso a la justicia.

En esa adaptación a la realidad es imprescindible destacar – se desarrolla el marco jurídico que se ofrece en la actualidad en países como España y Brasil tras la aprobación de la ley de mediación – la

⁴⁶ Licenciada en Derecho por la Universitat Jaime I de Castellón (UJI). Máster en Mediación y gestión eficiente de conflictos por la Universidad Cardenal Herrera (CEU) y el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia (ICAV). Técnica Superior de Investigación de la Cátedra de Mediación Policial "Ciutat de Vila-real" de la Universitat Jaume I. Profesora-tutora en el Centro Asociado de la Universidad Nacional a Distancia (UNED) en Vila-real. Docente en Mediación Policial en cursos de la Cátedra de Mediación Policial "Ciutat de Vila-real". Coautora del libro Mediación Policial: un oxímoron.

⁴⁷ Abogada. Administradora de empresas con Especialización en Administración Pública. Mediadora. Máster en Políticas Públicas y Sociedad en la Universidad Estadual do Ceará (MAPPS / UECE). Estudiante de doctorado en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Federal Fluminense (PPGSD / UFF). Especialista en Mediación Policial (UMEPOL / España). Instructor del Consejo Nacional de Justicia (CNJ) en el área de la mediación judicial. Profesor del Diploma de Posgrado en Mediación y Gestión de Conflictos en la Universidad de Fortaleza (UNIFOR). Fundadora del Observatório Mediação Brasil.

nueva norma permite contar con un punto de partida jurídico a la hora de su estudio, desarrollo y puesta en práctica.

La finalidad de este artículo es identificar los factores que han llevado a ambos países a regular la mediación y analizar cómo recoge cada legislación los principios informadores de esta institución, teniendo en cuenta los escenarios y la cultura particular de cada ordenamiento jurídico. Se trata una cuestión de suma importancia pues, por un lado, solo el estudio de estos principios rectores nos permitirá conocer realmente la base y la esencia del sistema de mediación y de su práctica y, por otro lado, el estudio de la legislación de otros países nos permitirá comprender mejor nuestro propio sistema, estableciendo reflexiones, comparaciones y la búsqueda de soluciones para las controversias regulatorias.⁴⁸

2. FACTORES QUE MOTIVARON LA IMPLEMENTACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN ESPAÑA Y EN BRASIL

El término mediación proviene de latín *mediare*, que significa mediar, dividir por la mitad, situarse en el medio o intervenir. Estas expresiones indican el significado original de la palabra mediación que, con el tiempo, ha pasado a conocerse como un procedimiento pacífico de gestión de conflictos en el que una tercera persona imparcial y cualificada -escogida o aceptada por las partes- realiza actos para fomentar y facilitar la resolución de una controversia sin determinar la solución final. A través de un proceso dialógico y cooperativo, la mediación hace posible identificar los intereses y necesidades que se encuentran debajo de las posiciones opuestas, y permite preservar la relación entre las personas involucradas, pues en la mediación no surgirá un ganador y un perdedor, sino un conjunto de ganadores con sus necesidades e intereses satisfechos.

Respecto a la mediación, Juan Carlos Vezzulla (2004, p. 65) escribe:

A grande transformação do mundo ocidental a partir da Revolução Industrial trouxe a aparição de conflitos que exigiam novas abordagens. Se até este momento a imposição das decisões governamentais e a ordem social conseguiam-se pela ação repressiva, a nova configuração social e a reivindicação dos direitos tornaram necessária a introdução da negociação para evitar enfrentamentos de consequências imprevisíveis. (Vezzulla, 2004, p. 65).

El desarrollo de la institución de mediación se ha producido de manera desigual en los distintos países.

Por lo que respecta a España, han sido varios los factores que han llevado a incorporar en su ordenamiento jurídico una ley nacional de mediación. De manera sucinta, destacan: en primer lugar, la influencia externa de otros países en los que ya estaba consolidada; en segundo lugar, el fomento e impulso desde la Unión Europea para armonizar los sistemas judiciales de los Estados miembros e integrar los procedimientos extrajudiciales, destacando en el ámbito de la mediación la Directiva 2008/52/CE que instó a los Estados miembros a que la incorporaran en sus respectivas legislaciones nacionales y, en tercer lugar, el interés político por la mediación que llevó a la aprobación de normas autonómicas y a la realización por parte del Consejo General del Poder Judicial de proyectos-piloto sobre la materia (BARONA VILAR, 2013).

En América Latina, la mediación se estableció inicialmente en Argentina en 1993. Se institucionalizó de manera obligatoria en todos los procedimientos judiciales como un método alternativo de resolución de conflictos en varios ámbitos (SALES, 2004). Finalmente, la mediación también aterrizó en suelo brasileño.

Para Warat (2004, p. 190)

[o] Brasil vem desenvolvendo formas muito particulares e diferenciadas de mediação. Existe o que poderíamos chamar de uma Mediação Brasileira, com perfil próprio, produto da enorme diversidade, criatividade e exotismo de nossa cultura. (...) A cultura brasileira aceita contágios, não contaminações. A mediação no Brasil tem uma história de contágios muito rica [...]. (énfasis en el original)

La experiencia de la mediación en Brasil comenzó en los estados de las regiones Sur y Sudeste del país, fueron las instituciones del sector privado quienes la pusieron en práctica para ayudar a resolver conflictos en zonas civiles y comerciales.

⁴⁸ José Carlos Barbosa Moreira alerta ante el peligro de acaudadas importaciones. Por ello, propone (...) la evaluación escrupulosa de la compatibilidad entre el injerto deseada y construir el cuerpo que va a acolher, cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre algunos aspectos del proceso (civil y penal) en los países anglosajones. In: Temas de Direito Processual., 7. Série, São Paulo: Saraiva, 2001, p.157. Cabe mencionar que, a menudo, Institutos típicos del Common Law entran en nuestro ordenamiento de manera imprudente. Además enfatiza Leonardo Greco: -Las importaciones que hacen los institutos de derecho común siempre entran en nuestro sistema de una manera un poco extravagante, anómalo, y el sistema tiene dificultades para asimilar estos nuevos institutos o incluso termina por distorsionar sus fines o características., cf. GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil, volume I, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 4. Hechas estas consideraciones, reafirmamos nuestra creencia en la utilidad del estudio y análisis del derecho de otros países.

Durante los primeros años de la década del 2000, la mediación destacó en contextos con altos niveles de violencia llegando a cobrar tal importancia que el Ministerio de Justicia firmó un acuerdo con la ONG Viva Rio para la creación de "Balcões de Direitos" con el fin de proporcionar, entre otros, servicios gratuitos de asesoramiento jurídico y de mediación de conflictos con personas pertenecientes a comunidades vulnerables.

En 2005 se llevó a cabo por la Secretaría de la Reforma Judicial (SRJ), en cooperación con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), el informe "Acceso a la Justicia de los sistemas alternativos de manejo de conflictos" que reunió sesenta y siete (67) programas sin fines de lucro en funcionamiento en todo el país. El informe de investigación identificó también que treinta y una (31) de las experiencias que se relacionan con la práctica de la mediación se concentraban en las grandes ciudades, especialmente en Río de Janeiro, Sao Paulo, Brasilia, Salvador y Fortaleza. A pesar de la creciente inversión que realizan las agencias gubernamentales en estas experiencias, el trabajo mostró que la inyección de recursos financieros y humanos en dichos programas seguía siendo precaria. (BRASIL, 2005).

En los años siguientes, el tema de la mediación en Brasil tuvo un lugar prominente en la agenda judicial nacional. Tras la Resolución 125/2010 del CNJ llegó el Código de Procedimiento Civil (CPC), promulgado el 16 de marzo de 2015 y, finalmente, la Ley 13.140/2015 (Ley de Mediación), promulgada el 26 de junio de 2015. Todas estas disposiciones han supuesto el establecimiento de principios y normas sobre mediación y la defensa de la cultura del diálogo y la cooperación entre los individuos.

3. LOS PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA MEDIACIÓN EN LA LEY ESPAÑOLA 5/2012, DE 6 DE JULIO, DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES

Los principios rectores de la mediación son los pilares esenciales de esta institución, por ello, su análisis ocupa una posición especial y relevante en este artículo. Estudiarlos nos va a permitir conocer la base del sistema de la mediación y de su práctica en cada país.

La Ley española 5/2012, de 6 de julio, enumera y regula cuatro principios que analizaremos a continuación, a saber: la voluntariedad, la confidencialidad, la imparcialidad y la neutralidad. Asimismo, son axiomas de la mediación y por tanto, nos ayudan a contextualizar los cuatro principios básicos que acabamos de enumerar: el respeto a la voluntariedad de las partes tanto en la aceptación del proceso como en la continuidad del mismo; el reconocimiento mutuo de las partes y la legitimidad de todos los intereses; la horizontalidad, la simetría en el proceso y el enfoque hacia el futuro; la flexibilidad del proceso en cuanto que se adapta a las necesidades particulares de cada caso; la buena fe, y el respeto al marco legal, ya que la ley excluye expresamente la mediación penal, la mediación con las Administraciones Públicas, la mediación laboral y la mediación en materia de consumo (artículo 2.2 de la Ley 5/2012).

3.1 El principio de voluntariedad

En España, la mediación es voluntaria (artículo 6.1 de la Ley 5/2012). La voluntariedad es el primero de los principios a los que se refiere el legislador español y, aunque sabemos que hay distintos modos de acudir a mediación, la voluntariedad se respeta sea cual sea el impulso que lleva a iniciar la mediación, así lo refleja el artículo 6.2 de la Ley 5/2012:

Cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste.

Por tanto, la voluntariedad existe tanto si se acude a mediación de común acuerdo entre las partes cuando surge una controversia, como si se inicia en virtud del cumplimiento de un pacto previo de sometimiento a mediación en el que las partes, ante cualquier conflicto que pudiera surgir, se comprometen por escrito a intentar, en primer lugar, el procedimiento de la mediación. A estos dos supuestos se añade un tercero: acudir a mediación por derivación judicial. También aquí concurre la voluntariedad, pues las partes deciden voluntariamente si acudir o no a informarse sobre la mediación y sus efectos y, posteriormente, deciden si continuar o no con el procedimiento de mediación.

Cuestión distinta es que, sea cual sea la vía por la que se inicie el procedimiento, las partes o una de las partes pueden abandonar la mediación casi de manera inmediata tras el inicio del procedimiento. Ello en virtud del artículo 6.3 de la Ley 5/2012 que dispone que nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo. De esta manera, se configura la autonomía de la voluntad de las partes como eje esencial de la mediación.

Debe añadirse que la voluntariedad también se predica para el mediador, de manera que éste puede dar por terminada la mediación si considera que las circunstancias concretas del caso lo hacen aconsejable.

Mucho se ha debatido en España sobre la voluntariedad de la mediación bajo el amparo de la Directiva 2008/52/CE que, en su artículo 5.2, permite a las legislaciones nacionales estipular la obligatoriedad de la mediación o su sometimiento a incentivos o sanciones, ya sea antes o después de la incoación del proceso judicial, siempre que no se impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial. El debate en España solo alcanzó a estudiar si era conveniente imponer el inicio de la mediación como requisito de procedibilidad sin que, en ningún caso, se obligara a las partes a mantenerse en ella. Entre los argumentos que apoyaban la propuesta de imponer ese inicio, destacó el que la defendía por la necesidad de dar a conocer la mediación, de generar hábitos de mediación en un país que ha demostrado tener una fuerte cultura procesal y litigante. No obstante, frente a esto podría argumentarse que, para generar hábitos de mediación es necesario empezar por formarse y educar a los más pequeños en la cultura del diálogo como vía para solucionar conflictos interpersonales. Se trata de una vía más lenta, pero sin duda más eficaz que, a su vez, respeta la libertad de los ciudadanos de elegir el método de acceso a la justicia que consideren más apropiado para resolver su conflicto.

3.2 El principio de la igualdad de las partes y la imparcialidad del mediador

El siguiente principio a analizar brevemente es la igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores recogido en el artículo 7 de la Ley 5/2012. Este precepto dispone: En el procedimiento de mediación se garantizará que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas.

Es una realidad que entre las partes habrá desigualdades personales y que éstas aflorarán y afectarán al desarrollo de la mediación. Por ello, el legislador con este artículo no pretende hacer igual a los desiguales sino que el mediador garantice que todos los sujetos que intervengan cuenten con los mismos derechos, posibilidades y cargas, de manera que "los fines de la mediación no queden frustrados por una desigualdad de posiciones, de participación, de decisión de alguna de las partes por el ejercicio opresivo de la otra sobre ella" (BARONA VILAR, 2013, p. 182).

Garantizar esta igualdad de las partes significa que el mediador deberá actuar con imparcialidad. Esta imparcialidad queda reflejada en la última frase del precepto citado: sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas. Asimismo, queda reforzada en otros artículos de la Ley de Mediación, concretamente y de manera específica en los artículos 13 y 17. El primero regula el deber del mediador de no iniciar o de abandonar la mediación cuando concurra alguna circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o generar un conflicto de intereses. Entre esas circunstancias la ley incluye siempre las siguientes:

todo tipo de relación personal, contractual o empresarial con una de las partes; cualquier interés directo o indirecto en el resultado de la mediación y, por último, que el mediador, o un miembro de su empresa u organización, hayan actuado anteriormente a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación. Si concurre alguna de estas circunstancias, el mediador sólo podrá aceptar o continuar la mediación cuando asegure poder mediar con total imparcialidad y siempre que las partes lo consientan y lo hagan constar expresamente.

El deber de revelar esta información se mantiene durante todo el procedimiento y, en particular, en la sesión informativa (artículo 17 de la Ley 5/2012).

3.3 El principio de la neutralidad del mediador

Junto a la imparcialidad, la neutralidad es el otro principio que se predica de la actividad del mediador. La neutralidad supone, conforme al artículo 8 de la Ley de Mediación, la no injerencia del mediador de manera que se permita a las partes alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación. Este es el modo para conseguir que el resultado de la mediación sea fruto del trabajo y de la colaboración de los mediados, y con ello, que éstos lo sientan como propio y tenga más posibilidades de perdurar en el tiempo.

El punto que permite diferenciar la imparcialidad de la neutralidad es que, mientras el mediador parcial no puede aprender a ser imparcial ya que depende de que concurran en él ciertas circunstancias, la neutralidad es una técnica que debe aprenderse ya que no se nace neutral, sino que se hace (BARONA VILAR, 2013).

3.4 El principio de la confidencialidad de la mediación

Por último, analizamos el cuarto principio rector de la mediación, la confidencialidad. Éste, junto al principio de la voluntariedad y la igualdad de las partes, afecta al procedimiento. La confidencialidad está vinculada intrínsecamente a la naturaleza privada de las soluciones extrajudiciales de conflictos y, por ello, los textos europeos la consideran un elemento esencial para el buen funcionamiento de la mediación.

La confidencialidad se proclama en el artículo 9 de la Ley 5/2012 en los términos siguientes:

1. El procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. La obligación de confidencialidad se extiende al mediador, que quedará protegido por el secreto profesional, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento.
2. La confidencialidad de la mediación y de su contenido impide que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, excepto:
 - a) Cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad.
 - b) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal.
3. La infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico.

De la redacción de este artículo extraemos distintos elementos:

En primer lugar, en cuanto al respeto a la confidencialidad desde un punto de vista subjetivo, éste afecta al mediador -que queda protegido por el secreto profesional-, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes, entendiéndose que entre estas últimas se incluye "a las personas que participan en la administración del procedimiento de mediación (así se deriva del artículo 7 de la Directiva) y, en general, cualquier sujeto que haya participado en la mediación asesorando a las partes o asistiendo al mediador" (CORDÓN MORENO y SÁNCHEZ POS, 2012, p. 117).

Este deber de confidencialidad afecta a la esencia de la mediación pues, sin la seguridad de que todo aquello que aporten no podrá ser utilizado por la otra parte en otras sedes de tutela, las partes no encontrarían la suficiente y necesaria confianza para compartir con libertad dicha información y, por tanto, difícilmente podrían, además, llegar a un entendimiento mutuo. Ello se vincula con el artículo 10.2 de la Ley de Mediación que insta a que las partes sujetas a mediación actúen entre sí conforme a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo.

En segundo lugar, respecto al ámbito objetivo de la confidencialidad, el legislador cubre todo aquello que se haya conocido, tanto en forma escrita como oral, en las sesiones individuales y conjuntas de mediación. "Y no existe limitación temporal o plazo de mantenimiento de la obligación de confidencialidad." (BARONA VILAR, 2013, p. 198).

No obstante, como se ha visto en la Ley de Mediación española (artículo 9.2), existen dos supuestos en los que cabe no exigir la confidencialidad. Ambos supuestos se refieren claramente

- a) al principio de autonomía de la voluntad y de libertad de las partes, que pueden liberar de la exigencia debida de confidencialidad, y por otro lado, como consecuencia de las exigencias o preferencias, si cabe, del interés público que se persigue en un proceso penal y que supera, por fundamento político y jurídico la confidencialidad respecto de cuanto queda protegido en el marco de la mediación. (BARONA VILAR, 2013, p. 201-202).

Estas excepciones de la legislación española difieren de las excepciones a la confidencialidad que reconoce la Directiva 2008/52/CE en el artículo 7:

- a) cuando sea necesario por razones imperiosas de orden público en el Estado, en particular cuando así lo requiera la protección del interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona, o
- b) cuando el conocimiento del contenido del acuerdo resultante de mediación sea necesario para aplicar o ejecutar dicho acuerdo.

4 LOS PRINCIPIOS DE LA MEDIACIÓN A PARTIR DE LA LEY BRASILEÑA 13.140/2015

Es importante destacar que el Código de Procedimiento Civil, en el artículo 166, regula de manera conjunta los principios de la conciliación y la mediación. Por esta razón, optamos por estudiar y analizar los principios que rigen la mediación en el artículo 2º de la Ley 13.140 / 2015, conocida como la Ley de Mediación en Brasil.

En palabras de Celso Bandeira de Mello (1980, p. 230),

[...] o princípio jurídico é o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistem normativo, no qual lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

A diferencia de lo que ocurre en los procesos judiciales, el procedimiento de mediación no tiene ninguna forma predeterminada. En este sentido, la mediación puede estar sujeta a cambios dependiendo de dónde se lleve a cabo. Sin embargo, se pueden señalar algunos principios de la mediación que debe estar presentes sin importar el lugar o ámbito en el que ésta se desarrolle.

La Ley 13.140/2015 dispone en su artículo 1º párrafo único que, "se considera mediación la actividad llevada a cabo por un tercero imparcial y sin poder de decisión, que, escogido o aceptado por las partes, asiste y anima a identificar y desarrollar soluciones de consenso en la controversia" y, seguidamente, el artículo 2º establece que la mediación se guiará por los principios: I - imparcialidad del mediador; II - igualdad entre las partes; III - oralidad; IV - informalidad; V - autonomía de la voluntad de las partes; VI - búsqueda de consensos; VII - confidencialidad; VIII - buena fe.

Tal es la importancia de estos principios para la comprensión de la institución de la mediación que podemos afirmar que, en realidad, son elementos intrínsecos de su concepto y interpretación teleológica. Por lo tanto, cualquier disposición legal destinada a regular la mediación en sus diversos aspectos no puede dejar de contemplarlos bajo pena de desnaturalizar este mecanismo complementario de resolución de conflictos.

4.1 La imparcialidad del mediador

Según Tavares (2002, p. 68), la imparcialidad es

[...] a ausência de favoritismo ou preconceito com relação a palavras, ações ou aparência, significando, por parte do mediador, um compromisso de ajuda a todas as partes e na manutenção desta imparcialidade no levantamento de questões, ao considerar temas como realidade, justiça, equidade e viabilidade de opções propostas para acordo.

Al iniciar una sesión de mediación, el mediador debe ser consciente de que no sabe lo que es mejor para el otro, no puede interferir en la historia personal del mediado. De esta manera, se evitan prejuicios o imposiciones de valores. Ello es fundamental puesto que las únicas que tienen poder de decisión sobre su conflicto con las propias partes. Six (2001, p.244) habla sobre la figura del tercero imparcial, afirmando:

Ele se livra, com coragem, de todo meio de coerção; ele não tem nenhum braço, secular ou outro, à sua disposição. Se a justiça tem a coragem de ter os olhos vendados a fim de evitar toda discriminação, a mediação tem a coragem de ter as mãos atadas a fim de impedir toda intervenção abusiva.

Para que la mediación tenga éxito, es esencial que el mediador sea imparcial y no interfiera en las decisiones de las partes favoreciendo a uno en contra del otro.

Es importante mencionar que el mediador no puede actuar bajo la misma hipótesis de impedimento legal y la sospecha juez, ni hacer las veces de otros profesionales, como abogado, consultor, psicoterapeuta, asistente social u otro, de acuerdo con los artículos 5 y 6 de la Ley mediación.

4.2 La igualdad entre las partes

Los mediados deben recibir el mismo trato en todas las etapas de la mediación. El hecho de que el mediador no tenga poder para tomar decisiones atrae a muchas personas que consideran fundamental que nadie interfiera en sus conflictos imponiéndoles una solución. Ello obliga a las partes a comprenderse y colaborar en la búsqueda de soluciones.

De forma complementaria a este poder de decisión de las partes, el principio de equidad trata de garantizar la igualdad de condiciones y de trato durante todo el procedimiento. Muskat (2003, p. 35), destaca que "a consciência de Si e do Outro é condição fundamental para superação dos preconceitos e das discriminações gerados pela diversidade e, portanto, a condição básica para se garantir, dentro das diferenças, o princípio da equidade".

Por lo tanto, a la hora de iniciar una mediación, el mediador tiene que sentirse capaz de respetar esta igualdad y equidad para así, garantizar la calidad tanto del procedimiento como de su papel de facilitador de la comunicación.

4.3 La oralidad

El procedimiento de mediación trae en su esencia las sutilezas de una buena comunicación entre los implicados en el conflicto. En este sentido, las técnicas utilizadas por el mediador durante todo el procedimiento tienen como objetivo fomentar la práctica de la oralidad de los participantes, con el fin de aclarar las necesidades/intereses reales e identificar soluciones mutuamente beneficiosas.

Cabe destacar que en la mediación no se da prioridad a los documentos escritos o pruebas, pues se basa en la simplicidad de la oralidad; sin embargo, ello no es óbice a que el acuerdo final sea escrito y firmado por los participantes.

En el escenario de un mundo globalizado y sin fronteras, el legislador ha querido innovar al permitir la realización de la mediación a través de Internet u otros medios de comunicación que permitan la transacción a distancia, con la condición de que las partes estén de acuerdo en ello (artículo 46 de la Ley 13.140/2015).

4.4 La informalidad

La mediación es un procedimiento informal y flexible, ya que no se limita a la aplicación de las normas generales y pre-establecidas, y su estructura depende básicamente de la escogida por las partes y el mediador. Con ello se cumple uno de los fines perseguidos por la mediación: combinar la espontaneidad, la libertad y la creatividad de los participantes

Sales (2004, p.51), destaca que "a informalidade favorece, portanto, a comunicação entre as partes e entre estas e o mediador, permitindo maior descontração e tranquilidade durante a mediação, possibilitando o encontro de uma solução favorável para ambas as partes em conflito".

El carácter informal del proceso de mediación favorece la proximidad entre los mediados, ya que tiene como objetivo combinar la espontaneidad, la libertad y la creatividad de los participantes para la construcción de soluciones viables a las controversias que se presentan.

4.5 La autonomía de la voluntad de las partes

Con este principio, el legislador subraya que los participantes de la mediación deben ser respetados en sus sugerencias sobre la dinámica del procedimiento, en cuestiones tales como, entre otras: la necesidad de más tiempo para la toma de decisiones; el aumento del número de sesiones y reuniones individuales; la búsqueda de directrices técnicas de profesionales externos. La mediación busca respetar la realidad y necesidades de las personas involucradas en la controversia.

Las partes tienen, además y como ya se ha dicho más arriba, poder de decisión sobre las cuestiones objeto de su controversia, ya que son ellas las responsables últimas del propio progreso y de los resultados de la mediación.

4.6 La búsqueda de consenso

El camino hacia la construcción de consenso debe ser fomentado por el mediador durante el curso de la mediación. En este sentido, el mediador hará uso de técnicas que enfatizan el diálogo cooperativo, la creatividad, la empatía y la búsqueda de beneficios mutuos. Por su parte, los mediados deberán reconocer su realidad y ajustar sus propuestas a la realidad de ambos para que el acuerdo final tenga más posibilidades de ser respetado.

4.7 La confidencialidad

La confidencialidad es uno de los principios guía del procedimiento de mediación y alcanza tanto a las partes como al mediador. Con este pacto de confidencialidad se establece la confianza y el respeto suficiente para posibilitar un diálogo franco y sincero.

El legislador da una atención especial y destacada a este principio de confidencialidad. Así, además de introducirlo en la lista del mencionado artículo 2º. VII de la Ley de Mediación, le dedica una sección entera: Sección IV, La Confidencialidad y sus excepciones (artículos 30-32 de la Ley 13.140/2015).

Las excepciones a la confidencialidad con respecto a terceros están previstas en los siguientes casos (artículo 30 de la Ley 13.140/2015): a) cuando hay voluntad conjunta de las partes de que no haya secreto; b) para cumplir con el acuerdo alcanzado por la mediación y c) cuando la divulgación es requerida por la ley, en cuanto a la posible comisión de un delito o en caso de que sea necesario proporcionar información a la administración tributaria.

Merece la pena mencionar que la violación del deber de confidencialidad es un acto criminal. Si se practica por un mediador privado, se tratará de un delito en virtud del artículo 154 del Código Penal, en cambio, si se comete por un mediador judicial, se tratará de un crimen contra la Administración Pública en virtud del artículo 325 del Código Penal.

4.8 La buena fe

El principio de la buena fe es vital y esencial para el logro de la mediación. Los implicados deben estar imbuidos con el más alto grado de honestidad, prudencia y equidad. Las enseñanzas de Comte-Sponville (1997, p. 213) disponen lo siguiente:

O que é a boa-fé? É um fato, que é psicológico, e uma virtude, que é moral. Como fato, é a conformidade dos atos e das palavras com a vida interior, ou desta consigo mesma. Como virtude, é o amor ou o respeito à verdade, e a única fé que vale. Virtude aletheiagal, porque tem a própria verdade como objeto. Não, claro, que a boa-fé valha como certeza, nem mesmo como verdade (ela exclui a menti-ra, não o erro), mas que o homem de boa-fé tanto diz o que acredita-ta, mesmo que esteja enganado, como acredita no que diz. É por isso que a boa-fé é uma fé, no duplo sentido do termo, isto é, uma crença ao mesmo tempo que uma fidelidade.

El legislador ha querido concretar que la mediación es un procedimiento que no incluye el artificio, el engaño ni el fraude, lo que refleja la necesidad de mantener una conducta respetuosa entre los participantes.

5 CONCLUSIONES

De acuerdo con el contexto presentado, la mediación es una institución en auge que, poco a poco, está siendo aplicada en más países y extendiéndose a diversos ámbitos de actuación. Es en el momento inicial de su regulación y puesta en práctica cuando más atención se debe prestar a los elementos básicos de la mediación, fundamentalmente a los principios rectores de la mediación, pues ellos son los pilares que la sustentan y los que determinarán su esencia. Tras la identificación de los factores o motivos que han llevado a la reciente regulación de la mediación en España y en Brasil, solo analizando los mencionados principios informadores y comparando su regulación con otras legislaciones se tendrá la suficiente capacidad para comprender la esencia de la mediación y poder ser crítico con el sistema en el que se incardina.

Dada la multiplicidad de situaciones derivadas de la repercusión práctica de estos principios tanto en la legislación española como en la brasileña, se revela la importancia que poseen para una comprensión adecuada de la institución de mediación, y también para la valoración y el conocimiento crítico del propio sistema legal.

Por lo tanto, la comprensión y el análisis adecuado de estos principios y de sus derivaciones prácticas correctas contribuyen a que este nuevo mecanismo de solución de diferencias sea más solicitado por los ciudadanos. Solo entonces se puede tener una idea de cómo el éxito y la credibilidad de la mediación están directamente vinculados a la incorporación de estos principios.

REFERENCIAS

BARONA VILAR, Silvia. Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

BRASIL. Constituição Federal. 05 de outubro de 1988.

_____. Resolução n.º 125 do CNJ. 29 de novembro de 2010.

_____. Código de Processo Civil. 16 de março de 2015.

_____. Lei N.º 13.140. 26 de junho de 2015.

COMTE-SPONVILLE, André. Pequeno tratado das grandes virtudes. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

CORDÓN MORENO, Faustino; SÁNCHEZ POS, M^a Victoria. La Ley de medidas de agilización procesal y la Ley de mediación: exposición de las reformas recientes de la justicia civil. Thomson Reuters Aranzadi, 2012.

ESPAÑA. Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Boletín Oficial del Estado. Disponible em: <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-9112>. Acceso em: 23jun. 2016.

EUROPA. Directiva 2008/52/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Diario Oficial de la Unión Europea. Disponible em: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:Es:PDF>>. Acceso em: 23jun. 2016.

MACHO GÓMEZ, Carolina. Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del «movimiento ADR» en Estados Unidos y su expansión a Europa. In: _____. Anuario de Derecho Civil. Boletín Oficial del Estado, tomo LXVII, 2014, fasc. III. p. 931 a 996. Disponible em: <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-C-2014-30089500929>. Acceso em: 22 jun. 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Elementos de Direito administrativo. São Paulo: RT, 1980.

MUSZKAT, Malvina Ester. Mediação de Conflitos: pacificando e prevenindo a violência. São Paulo: Summus, 2003.

SALES, Lilia Maia de Moraes. Justiça e mediação de conflitos. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SIX, Jean-François. Dinâmica da Mediação. Tradução de Águida Arruda Barbosa, Eliana Reberti, Nazareth, Giselle Groeninga. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TAVARES, Fernando Horta. Mediação e Conciliação. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

UMA FILOSOFIA E UMA PRAGMÁTICA DA MEDIAÇÃO: O ESPAÇO PARA DIALOGAR COM O OUTRO

A PHILOSOPHY AND A PRAGMATIC VIEW TOWARDS MEDIATION: A PLACE FOR DIALOGUE WITH THE OTHER

Eva Cristina Franco dos Santos ⁴⁹

Letícia Melo dos Santos ⁵⁰

RESUMO: Este artigo tem o intuito de buscar as teorias contratualistas e da modernidade acerca do outro, com o fim de perscrutar as chaves para a compreensão do lugar histórico da mediação na sociedade ocidental contemporânea. Ao fim, busca também identificar uma certa pragmática no que tange à forma corrente de se fazer a mediação.

Palavras-chave: Mediação. Contratualistas. Alteridade. Diálogo. Pragmática.

ABSTRACT: This article is in pursuit of contract and modernity theories, in order to seek the keys to comprehension of the historical place that mediation occupies in contemporary societies. At last, seeks to identify a certain pragmatic towards the everyday manner of engaging on mediation practice.

Key-words: Mediation. Contractualists. Alterity. Dialogue. Pragmatic.

INTRODUÇÃO:

A partir da ideia de que entender apenas como um código e uma lei são regidos sem observar a forma como eles se constituem enquanto lógica pode encarcerar aqueles que trabalham com o direito em esquemas auto-referenciados que doutrinam cegamente ao invés de permitir a compreensão dos litígios e a busca por justiça, este escrito visa lançar luz sobre a lógica que permeia a mediação e como ela toca a pragmática. Para tanto, utilizaremos a metodologia da história das ideias, para perscrutar as disposições filosóficas que permitem a manutenção da atual investida do século XXI brasileiro na temática da mediação, a qual aparece como um princípio norteador da solução dos conflitos em que couber no Novo Código de Processo Civil de 2015, que recebeu regulação quanto ao quesito mediação a partir da Lei n. 13.140 de 26 de Junho de 2015 e que já vinha de um histórico recente de resoluções institucionais, notadamente, a resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça que dispôs sobre uma política judiciária nacional para tratar os conflitos de interesses, a qual destinou especial lugar para a mediação, ou ainda a anterior Lei 9.469 de 1997 que abordava o tema das transações. Todos esses acontecimentos jurídicos fazem coro a uma tendência que há cerca de duas décadas tem se expressado na forma como o judiciário brasileiro enfrenta a questão da resolução de conflitos e tem, no entanto, um arcabouço filosófico cuja história precisa ser observada.

DESENVOLVIMENTO:

Face ao grande mal que ameaça a condição de ser humano e de ser humano em sociedade, o contrato social vem como uma solução não meramente natural, não sagrada, mas política. A condição de natureza, vista como o grande mal pelos contratualistas, é marcada pela confluência de duas polaridades, ela é uma grande liberdade, a maior liberdade que o ser humano poderia usufruir, mas ao mesmo tempo, tal condição, por permitir o desenvolvimento da potência humana sem restrições, pode causar um grande dano, tanto para o indivíduo, quanto para a sociedade em que está.

A solução para conter esse grande mal foi uma solução política, a criação do Leviatã, o estado. Essa solução estaria a meio passo entre a ordem da natureza e o reino divino, já que essa força insuperável do estado é também uma representação, uma transferência da plenitude potestas dos teólogos patrísticos para uma ordem laica (CHÂTELET, 1982). Essa solução, de certa forma, refletiu a saída encontrada por uma grande leva de filósofos que fizeram a ponte entre o medievo e a modernidade. A panacéia consistiu em si mesma um dos pilares para o fabrico do moderno. A condição de moderno tem em sua própria raiz a ascensão do homo faber, o ser humano como um ente que fabrica coisas, sejam utensílios, máquinas, ordenações sociais, sistemas jurídicos, o ser humano como ponto de controle dessas engenhosidades. Entender que é o ser humano quem fabrica essas engenhosidades e não o divino é uma ideia que tem local e data, é uma ideia moderna, ocidental, cidadina.

⁴⁹ Vinculada ao Mestrado em Teoria da História da Universidade Federal de Goiás, bacharel em História, também estudou direito nas instituições Universidade Luterana do Brasil e Universidade Salgado de Oliveira. Além disso, consta em seu currículo cursos de extensão em filosofia jurídica em Harvard, Estados Unidos e sobre filosofia do século XX na Universidade Católica de Leuven, na Bélgica.

⁵⁰ Atua como mediadora em Goiânia no estado de Goiás, formada em direito pela Pontifícia Universidade Católica, atualmente está vinculada à pós-graduação na área de Mediação, Conciliação e Arbitragem.

Não obstante, uma vez criado o estado, uma vez idealizado esse ente como o lugar de perfeição e regulação dos conflitos sociais, fica a dúvida, será que, passados 600 anos das teorias contratualistas, que colocam o estado na posição de autoridade pública, de receptor de todas as autoridades individuais de seus cidadãos, será que passado esse pouco mais de meio milênio da concepção e difusão dessa ideia, conseguiu-se realmente alcançar esse bem estar social, o estado conseguiu atingir o que prometera com a noção de contrato social? É essa dúvida principal que ajuda a refletir sobre o papel da mediação.

No pensamento de Hobbes, se o estado não cumpre com a função de garantir o bem-estar de seus súditos, ele pode ruir. Ou seja, o Leviatã é irresistível, mas não é eterno, está condicionado a uma questão bem pragmática, existe, assim, um espaço para a liberdade diante do poder irresistível do estado, essa liberdade se figura tanto na possibilidade de eliminar o estado que não representa seus súditos, quanto na liberdade de livre acordar os assuntos e temas que o estado não proibir ou não disciplinar, como o excerto abaixo aduz:

É unicamente em relação a esses laços que vou agora falar da liberdade dos súditos. Dado que em nenhum Estado do mundo foram estabelecidas regras suficientes para regular todas as ações e palavras dos homens (o que é uma coisa impossível), segue-se necessariamente que em todas as espécies de ações não previstas pelas leis os homens têm a liberdade de fazer o que a razão de cada um sugerir, como o mais favorável a seu interesse. (HOBBS, 2016, 74)

É possível entender, portanto, uma continuidade, um rastro entre esse argumento que institui uma certa liberdade para os súditos do estado hobbesiano e a possibilidade da mediação enquanto prática abraçada pelo direito no Brasil do século XXI. Quando o Conselho Nacional de Justiça brasileiro entendeu a partir da resolução supracitada que é preciso promover políticas públicas que permitam a solução consensual dos litígios, o que o órgão fez de fato foi ecoar essa ideia que começou a ser esboçada por Hobbes acerca da liberdade do súdito, em sua época, e que podemos entender como o cidadão, no presente século. Tal ideia se traduz pela certeza de que é preciso de fato promover o bem-estar dos cidadãos e cidadãs que habitam o Brasil, já que se o Estado não promove tal situação, ele deixa de ser efetivo e deixa de cumprir sua função no contrato social. Se o estado não é capaz de manter sua promessa no que tange à pacificação social, seja por estar hiper abarrotado de processos, no caso de sua função judiciária, ele deve reconhecer a liberdade fundamental que o cidadão tem de tentar resolver os conflitos de outra forma e, nesse caso, entende-se por bem que o próprio Estado promova formas de possibilitar esse espaço de liberdade para o povo na figura, por exemplo, da mediação.

Entretanto, entender essa ressonância do espaço de liberdade diante do Leviatã que Hobbes propôs não é suficiente para reconstruir a história da ideia de mediação. É necessário, também, compreender qual a relação entre liberdade e o outro dentro da conformação da vida do estado. Foi também no século moderno de Hobbes que outro pensador emergiu e revelou novos traços dessa então modernidade. Esse pensador foi Montaigne, o autor que mostrou ao mundo como lidar e como operar formas internas de buscar uma comunicação com o outro, o diferente, o diverso.

Ocorre que à época de Hobbes, o mais importante era encontrar uma forma de evitar a guerra civil, fato que justifica a criação e fundamentação do estado e se comprova pelas diversas linhas de sua obra *Leviatã* (HOBBS, 2016). Porém, para Montaigne, era preciso dar um passo além. É importante entender como esse espaço da liberdade pensado por Hobbes, ainda que de forma residual, passou por uma reelaboração a partir da escrita de Montaigne. O autor francês entendeu que era preciso olhar para o diferente, era preciso estranhar-se. Em seus ensaios sobressai a dúvida acerca do próprio ponto de vista, Montaigne se interroga:

Por que nós não consideramos que contradições nós encontramos em nosso próprio julgamento; quantas coisas que antes eram consideradas artigos de credulidade, que hoje mais se parecem com fábulas? Glória e curiosidade são os flagelos da alma. A última nos prontifica a meter nossos narizes em tudo, a outra nos impede de deixar qualquer coisa preche de dúvidas ou indecida. (MONTAIGNE, 2006, 288)⁵¹

Essa postura de interrogação remonta a Descartes, o idealizador do cogito ergo sum, aquele que permitiu a dúvida fundamental diante de todas as aparentes doutrinações. Aquele que permitiu o aparecimento do lugar do cientista, da postura do cientista. Essa posição de duvidar do próprio ponto de vista é o que permite o ideal de justiça moderno, de isenção, de um ponto de vista além do mais imediato do julgador, a atitude dialética que será amplamente defendida depois do século XIX, essa atitude que, de certa forma, a própria ciência reivindicou para si, tem em Descartes e posteriormente, em Montaigne, sua raiz.

É importante entender como o referido espaço de liberdade que podemos verificar em pensadores como Hobbes e Descartes se liga ao espaço do reconhecimento do diferente, da alteridade e da diferença que Montaigne traz em seus ensaios. Tudo isso importa para a compreensão da mediação, pois ela tem esse caráter de entender o diferente, o outro, como aduz o processualista Rios Gonçalves:

⁵¹ Tradução nossa.

O papel do mediador não é formular sugestões ou propostas, que possam ser acatadas pelos envolvidos, porque se parte do princípio de que isso talvez possa solucionar um embaraço pontual, mas não o conflito. Mais do que uma solução consensual, o mediador deverá buscar, dentro do possível, uma reconciliação, ou uma pacificação ou apaziguamento, para que a relação, que tem caráter permanente ou prolongado, possa ser retomada sem obstáculos ou embaraços. É por meio da compreensão dos interesses em conflito e do restabelecimento da comunicação entre os envolvidos que o mediador poderá tentar fazer prevalecer e permanecer o vínculo (GONÇALVES, 2016).

Salta aos olhos, portanto, que esse espaço de liberdade criado pelo moderno diante do Leviatã e, ainda além, esse espaço de estranhamento de si mesmo e possibilidade de se encontrar com o outro, é ele que permite a possibilidade da mediação hoje. A mediação está vinculada a essa forma de fazer as partes que já têm uma relação anterior ao litígio saírem de suas polaridades opostas e tentarem ver no outro a oportunidade de comunicação, de se colocar no lugar dele, de entender o ponto de vista diferente do seu, de tentar olhar para a humanidade do outro a fim de reconhecer que ele também tem direitos, de insistir na tentativa de restabelecimento do vínculo que liga aquelas partes, o restabelecimento do status quo ante bellum. É desse esforço de enxergar humanidade no diferente que resulta o excerto abaixo de Montaigne:

Eu acho que não há nada bárbaro e selvagem nessa nação [A América portuguesa à época da chegada dos colonizadores, essa que depois receberia o nome de Brasil], de tudo o que eu consigo entender sobre ela, exceto o fato de que todos dão o título de bárbaro a tudo aquilo que não está em uso em seu próprio país. Como, a propósito, nós não temos outro exemplo e razão que as opiniões e costumes do lugar em que habitamos: [o nosso] sempre será o lugar do melhor governo, da melhor religião, da melhor forma de uso de todas as coisas.⁵² (MONTAIGNE, 2016, 242)

O apelo de Montaigne através seus ensaios é muito claro: não deixar de olhar para nossa própria tirania como seres que se auto consideram civilizados enquanto acusamos os habitantes de além-mar de selvageria. Nomear o outro como selvagem é um argumento apressado para condená-lo à dominação, para retirar-lhe o acesso a seus direitos fundamentais, bem como os direitos ligados às demais gerações. Esse é o argumento filosófico e político que instala a modernidade, que será resgatado pelos intelectuais e teóricos posteriormente no século XX para fazer uma crítica das duas grandes guerras que afundaram as nações europeias que se auto proclamaram civilizadas e esqueceram de abrir um espaço para o diálogo verdadeiro diante do outro.

Teóricos como Sartre esboçaram uma crítica sobre o modo como colonizadores e colonizados se relacionaram durante a virada do século XIX para o XX, sua maneira de relacionamento de acordo com o teórico foi através da violência, foi essa forma de relacionamento com o outro que levou às grandes guerras do século XX, é essa forma que leva ao estado permanente de conflito. Sartre aduz que um dos mecanismos que leva a esse permanente estado de conflito e uso da violência como meio de comunicação com o outro é a celebração da máquina, que se traduz socialmente pela contínua burocratização, pela celebração do anônimo (SARTRE, 1982). Observar essa crítica de Sartre é desenvolver atenção para a forma como a própria política relacional e vocabulário usado por aqueles que trabalham com o direito podem criar essa celebração da máquina.

Assim, o judiciário brasileiro vem passando, por muitos anos, por um excesso de processos judiciais, quem tem amarrado o judiciário, e como isso o Estado, representado por juízes, não estão conseguindo solucionar os conflitos dos inúmeros processos judiciais, e são conflitos de todas as naturezas possíveis.

Temos notado que cada vez mais o próprio Poder Judiciário começa a entender que a proposta de um Judiciário que busque resolver todas as decisões por sentença já está bastante ultrapassada. Nós temos um sistema que é deficitário do ponto de vista de produtividade, mas, mais do que isso, do ponto de vista de satisfação do jurisdicionado. O jurisdicionado quer mais solução e hoje, cada vez mais, compreende-se que a melhor solução realmente é aquela por meio de consenso. Toda vez que alguém toma a decisão por nós, nós tendemos a não ficar muito satisfeitos. Quando nós participamos mais do processo decisório, nós tendemos a comprar mais o processo e o próprio resultado (FERRACIOLI, 2014)

Com isso o novo código de processo civil veio regulamentar uma prática que o judiciário vem colocando em prática há alguns anos, por meio da resolução do CNJ N° 125/2010, o uso da mediação e conciliação para a solução de conflitos, para desafogar o poder judiciário. A Lei n°13.140/2015, trata especificamente da mediação judicial, que regulamentou as normas legais para o mediador e os mediados.

A mediação leva as partes envolvidas a entenderem a origem do conflito para resolvê-lo sem a necessidade de enfrentar longas demandas e custas jurídicas, gerando uma qualidade de vida melhor para as pessoas envolvidas.

A mediação judicial é utilizada na solução de conflitos entre pessoas que possuem algum vínculo sentimental ou de parentesco, que buscam o judiciário para solucionar as questões de conflitos jurídicos e sociais existentes. Mas antes do Estado decidir sobre a questão de conflito, as partes envolvidas

⁵² Tradução nossa.

buscam os Centros Judiciários de Solução de Conflitos (CEJUSC), de acordo com o artigo 165, do Novo Código de Processo Civil, na procura da mediação para a solução do conflito, a pessoa que procurou o CEJUSC, terá que dar os nomes das partes envolvidas, e o CEJUSC estará marcando a data para a audiência de mediação, a parte que for em busca da mediação terá de convidar a outra parte envolvida para a mediação, e as partes podem escolher um mediador no cadastro nacional de mediadores judiciais, ou deixar que o CEJUSC escolha um mediador cadastrado e qualificado de acordo com o artigo 4º, da Lei nº13.140/2015, o mediador durante a audiência de mediação tem a obrigatoriedade de seguir o artigo 2º, da Lei nº13.140/2015, conforme abaixo:

Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios:

- I - imparcialidade do mediador;
- II - isonomia entre as partes;
- III - oralidade;
- IV - informalidade;
- V - autonomia da vontade das partes;
- VI - busca do consenso;
- VII - confidencialidade;
- VIII - boa-fé.

§ 1º Na hipótese de existir previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação.

§ 2º Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação.

Art. 4º O mediador será designado pelo tribunal ou escolhido pelas partes.

§ 1º O mediador conduzirá o procedimento de comunicação entre as partes, buscando o entendimento e o consenso e facilitando a resolução do conflito.

§ 2º Aos necessitados será assegurada a gratuidade da mediação.

Caso não haja uma resolução da questão apresentada para mediação, é aberto um processo judicial para a resolução do mérito, após a abertura do processo, a mediação pode ser usada a qualquer momento da lide.

A mediação extrajudicial segue os mesmos parâmetros do NCPC, com algumas exceções. As partes que vão para uma mediação extrajudicial precisam estar de acordo com o método de solução de conflito, estão livres para escolherem qualquer pessoa, de confiança de ambas as partes, para a audiência de mediação, podem fazer quantas mediações quiserem, num local de confiança e tranquilo, também podem procurar as câmaras de mediação privadas, na qual existem vários mediadores competentes e qualificados para a resolução da questão. Após a mediação, podem procurar algum juiz competente para a homologação do acordo feito na mediação extrajudicial, para que tenha um título executivo judicial, como garantia para as partes.

O principal da mediação judicial e extrajudicial é a resolução da lide sociológica, além da resolução da lide processual, com a ajuda de um terceiro desinteressado, que é o mediador, com o fim de resolver o real interesse das partes e retomar uma comunicação e convivência pacíficas, pois as partes no momento de uma audiência de mediação, não estão sabendo lidar com a questão que causou o conflito, e como a fala é libertadora, o mediador pode ajudar, com perguntas abertas e sem tomar partido de uma das partes, as partes em conflito a buscar uma solução.

CONCLUSÃO:

Quantas vezes não ouvimos a expressão "a máquina estatal", ou o "sistema jurídico"? Essa é a importância de desenvolver uma cultura ligada às técnicas de mediação, a possibilidade de repactuar a sociedade, com uma forma de entendimento que promova o diálogo. Certamente o afogamento do judiciário com a cultura do processo é também algo a ser saneado por instrumentos como a mediação, mas a construção de uma cultura que permita devolver a humanidade ao outro, que no direito recebe o nome de parte, diante de um litígio, é algo ainda mais importante a ser engendrado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BRASIL, Lei nº 13.140 de 26 de Junho de 2015.

BRASIL, Lei nº 9.469 de 10 de Junho de 1997.

BRASIL, Lei nº 13.105 de Março de 2016.

BRASIL, Resolução nº 125 Conselho Nacional de Justiça, 2010.

CARDOS, Milena C. A Importância da mediação no Judiciário brasileiro. s/l, s/d, 2016. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI127488,11049A+importancia+da+mediacao+no+Judiciario+brasileiro> Acesso: 28/06/16

CHÂTELET, François. História das ideias Políticas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1982.

FERRACIOLI, A.; AZEVEDO, A. A ideia de um Judiciário que resolva tudo por sentença já está ultrapassada. Gazeta do Povo. São Paulo, jul. 2014. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/entrevistas/a-ideia-de-um-judiciario-que-resolva-tudo-por-sentenca-ja-esta-ultrapassada-eb8yc4b5h2bto3uxbhqj08aj2> Acesso: 29/06/16

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Auxiliares da justiça. In: Novo Curso de Direito Processual Civil. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. P 248-258

HOBBS, Thomas. Leviatã (1651). In: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf

MONTAIGNE, Michel de. That it is folly to measure truth and error by our own capacity. In: The Complete Essays of Montaigne (1685-86). Sep 2006. In: http://itex.coastal.cheswick.com/itex_server/build/pg/3600/ipad-ln.pdf

MONTAIGNE, Michel de. Chapter XXX. In: The Complete Essays of Montaigne (1685-86). Sep 2006. In: http://itex.coastal.cheswick.com/itex_server/build/pg/3600/ipad-ln.pdf

SARTRE, Jean-Paul. Critique de la Raison Dialectique. Paris: Gallimard, 1982.



PARTE 2
MEDIAÇÃO JUDICIAL E
O NOVO CPC

ACESSO À JUSTIÇA: OS NOVOS PARADIGMAS TRAZIDOS PELA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

ACCESS TO JUSTICE: NEW PARADIGMS BROUGHT ABOUT BY THE MEDIATION OF CONFLICTS

Marcus Jiwago Rodrigues Veloso⁵³

Mônica Carvalho Vasconcelos⁵⁴

RESUMO: Um dos direitos mais importantes a serem garantidos por um Estado Constitucional é o acesso à justiça, que consiste em relevante proteção oferecida às pessoas, quando estas se veem envolvidas em conflitos. No entanto, devido ao fato de o acesso à justiça ser confundido com o acesso ao Judiciário, surgem diversos problemas na efetivação desse direito. Nesse contexto, ganham ainda mais relevância os métodos alternativos de solução de conflitos, tendo grande destaque a mediação. No presente trabalho, por meio da pesquisa bibliográfica e do método qualitativo, serão analisados esses problemas, a mediação de conflitos e seus métodos e seus princípios e, ainda, como se deu sua institucionalização no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Conflito. Mediação.

ABSTRACT: One of the most important rights to be ensured by a Constitutional State is the access to justice, which consists in a relevant protection offered to its people, when they are involved in conflicts. Nevertheless, since access to justice is frequently confused with the mere access to Judiciary Power, some problems appear and make that important right even harder to be granted. With that said, the alternative dispute resolution methods become even more relevant, mainly the mediation of conflicts. In the present article, by using the bibliographic research and the qualitative method, we shall analyze these problems, the mediation, its methods and principles, how it was institutionalized by the Brazilian Law and its benefits to access to justice.

Keywords: Access to justice. Conflict. Mediation.

1 INTRODUÇÃO

O acesso à justiça é um direito de relevância fundamental, pois é pressuposto para o exercício dos demais. No Brasil, é definido como um direito fundamental na Constituição de 1988, em seu artigo 5º, XXXV.

Todavia, o acesso à justiça, por diversas vezes, é confundido com o mero acesso ao Poder Judiciário, o que acaba tornando esse conceito restrito. Ocorre que, por isso mesmo, o acesso à justiça acaba por ser ainda mais prejudicado pelos problemas do Poder Judiciário, em que se destacam os custos, a eficiência e o tempo.

Visando a contornar esses óbices e buscando proporcionar o efetivo acesso à justiça, ou seja, uma solução justa para os conflitos, surgem os métodos alternativos de solução de conflitos, tendo grande destaque a mediação de conflitos.

A mediação, portanto, passou a ter um grande papel da promoção do acesso à justiça em virtude de seus métodos, de seus princípios e de suas finalidades. Ainda, uma vez reconhecidos seus benefícios, a mediação passou a ser regulamentada no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente com a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça.

Destarte, o presente trabalho visa a analisar o acesso à justiça, alguns problemas do Judiciário e, principalmente, a mediação de conflitos e suas contribuições para a solução justa dos conflitos, e sua institucionalização no Direito brasileiro.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Acesso à Justiça e acesso ao Judiciário: diferenças

O direito ao acesso à Justiça, um dos mais importantes direitos que devem ser proporcionados por um Estado Democrático de Direito, está previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição de 1988, sendo definido como um direito fundamental.

⁵³ Graduando em Direito pelo Centro Universitário Christus (Unichristus), no 5º semestre, participante do Programa de Mediação e de Conciliação do Núcleo de Prática Jurídica da Unichristus (2015.2 a 2016.1) e monitor de Introdução ao Direito (2014.2-2015.1) e de Direito Constitucional I (2015.2-2016.1). Email: marcusjiwago@gmail.com

⁵⁴ Doutora em Direito Fundamentais pela Universidade Autônoma de Madrid e professora da Universidade de Fortaleza-UNIFOR.

A priori, faz-se necessário apresentar as principais diferenças entre o acesso à Justiça, ou acesso à ordem jurídica justa, expressão cunhada por Kazuo Watanabe (2014, p.4), e o acesso ao Judiciário, uma vez que se tratam de diferentes conceitos.

O primeiro poderia ser verificado quando determinado conflito é solucionado de forma justa, satisfatória e efetiva para todos os envolvidos. O acesso ao Judiciário, por sua vez, seria a possibilidade que teria um indivíduo de submeter o conflito pelo qual passa à análise do Poder Judiciário, no cumprimento de sua função jurisdicional (NUNES; TEIXEIRA, 2013).

Percebe-se, portanto, que não é apenas por meio do Poder Judiciário que se pode proporcionar o acesso à Justiça, ao menos em relação à Justiça como um valor. Dito isto, vê-se que o acesso à Justiça não deve ser observado apenas com foco no acesso aos órgãos judiciais, mas sim no acesso à ordem jurídica justa (BEZERRA, 2008), uma vez que, às vezes, a solução dada não se mostra eficiente para as partes.

Nesse sentido, afirma Lília Maia de Moraes Sales: "Fala-se em 'solução real' porque o fato de dar ganho de causa a uma parte não significa obrigatoriamente que o conflito esteja resolvido. Muitas vezes, resolve-se uma querela judicial e outras dezenas aparecem como consequência" (2003, p. 30).

2.2 Acesso ao Judiciário e seus problemas de efetivação

A partir da leitura do relatório Justiça em Números de 2015, feito pelo Conselho Nacional de Justiça, que mostrou que, em 2014, havia um estoque de 70,4 milhões de processos no Poder Judiciário (CNJ, 2015), pôde-se inferir que os mecanismos que visam a proporcionar o acesso ao Judiciário possuem problemas que prejudicam sua efetivação e, conseqüentemente, também o acesso à Justiça. Mauro Cappelletti e Bryant Garth realizam uma análise dessas questões, afirmando que os principais problemas dizem respeito à eficiência, aos custos, ao tempo e, por fim, à representação (CAPPELLETTI; GARTH, 2002).

No que concerne à eficiência, percebe-se que o Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional e pretendendo cumprir seu escopo de promover a pacificação com justiça, nem sempre se mostra eficiente em suas decisões. Muitas vezes, a solução do conflito apresentada pelo Judiciário não reflete as aspirações e as necessidades das partes envolvidas no conflito à apreciação. Ocorre essa situação porque muitas decisões não se mostram realmente justas na perspectiva das partes, o que não proporciona a real solução do conflito, que tende a se perpetuar, por não ter sido eficientemente solucionado, mesmo que tenha sido apreciado pelo Poder Judiciário, seguido todos os trâmites e respeitando o princípio do devido processo legal (SALES, 2003).

Esse problema da eficiência do acesso ao Judiciário acaba por repercutir na percepção do acesso à Justiça, principalmente das partes, que não têm a sensação – nem a vivência – de um conflito solucionado. Infere-se, portanto, que um acesso ao Judiciário, para que seja e se mostre eficiente, deve buscar proporcionar aos envolvidos em um litígio uma solução adequada e, principalmente, que se mostre justa. Um dos modos pelos quais pode ser dada uma solução devidamente justa para uma desavença é a mediação – desde que o conflito seja compatível com esse método –, visto que, por meio desta, as próprias partes possuem o poder de encontrar o melhor desenlace para seu conflito.

Outro grande problema que constitui um óbice a um efetivo acesso ao Judiciário e que, por conseguinte, gera repercussão no acesso à Justiça são os custos que surgem quando um conflito é submetido à apreciação do Poder Judiciário. Uma demanda judicial, normalmente, acaba por gerar custos bastante elevados para todos os envolvidos no processo, o que não proporciona uma adequada tutela para aqueles que não têm condições de arcar com essas grandes despesas sem prejudicar sua própria qualidade de vida. Esse problema fica ainda mais visível a partir do relatório Justiça em Números, que mostrou que, em 2014, as despesas do Poder Judiciário foram de, aproximadamente, R\$68,4 milhões (CNJ, 2015).

Nesse contexto, é dificultoso o efetivo acesso à Justiça, principalmente nos moldes da proteção à dignidade humana, estabelecida, na Constituição Federal, como um dos fundamentos de nosso Estado, e do artigo 5º, XXXV, da Lei Fundamental. Mauro Cappelletti, em sua análise, comenta sobre o problema dos custos:

Afastar a 'pobreza no sentido legal' — a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições — não era preocupação do Estado. A justiça, como outros bens; no sistema do "laissez faire" só podia ser obtida por aqueles que pudessem arcar com seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram condenados responsáveis por sua sorte o acesso formal, mas não efetivo justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, não material. (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 9)

Para contornar esse problema, diversas soluções foram apresentadas, destacadas a criação da Defensoria Pública, que tem por finalidade promover a justiça gratuita, e a instituição dos Juizados Especiais. Ainda assim, a mediação, como se verá posteriormente, constitui uma das melhores maneiras disponíveis para as partes de solucionar um conflito.

O tempo de um conflito que é levado à apreciação do Poder Judiciário por meio do processo, geralmente, é bastante longo, acarretando desgaste para ambas as partes e, conseqüentemente, aumento dos custos.

Uma das causas que contribuem para o surgimento e para a manutenção desse problema é a denominada judicialização dos conflitos. Esse fenômeno ocorre porque muitos conflitos que poderiam ser resolvidos de maneira extrajudicial – muitos deles compatíveis com a mediação, inclusive – são levados à apreciação do Poder Judiciário, o que leva a um aumento considerável do número de processos e faz com que um processo passe a levar mais tempo para ter uma decisão, e, destarte, o conflito se prolonga no tempo (BACELLAR, 2012).

Esse problema também foi um dos abordados pelo relatório Justiça em Números, neste constando que, entre 2009 e 2014, os casos novos aumentaram em 17,2%, o que contribui para o acúmulo de processos, este evidenciado pela Taxa de Congestionamento do Poder Judiciário em 2014, que ficou em 71,4% (CNJ, 2015).

2.3 A mediação de conflitos e seu papel no acesso à Justiça

Uma vez constatados e estudados os principais problemas que obstam a concretização de um efetivo acesso à Justiça pelo Judiciário, por meio do processo, mostrou-se necessária a busca por outros meios de garantir esse direito, visto que a solução de conflitos por meio do processo judicial não se mostra tão eficiente, sendo, na verdade, demorada e dispendiosa. Por essas razões, infere-se que o Poder Judiciário pode não proporcionar soluções adequadas para as controvérsias a ele apresentadas, o que, conseqüentemente, evita a concretização do efetivo acesso à justiça (MACHADO; PEDROSO, 2015).

Destarte, a mediação de conflitos surge como um método que possui como principal finalidade proporcionar uma solução justa, adequada e eficiente para a controvérsia em análise. Na mediação, as partes possuem o poder de decidir por si mesmas qual a melhor solução para seu litígio. Essa característica fundamental é expressa pelo princípio do poder de decisão das partes (ALMEIDA, 2010).

Posto isso, em um contexto em que as partes têm o poder de resolver seus conflitos, a solução mostra-se, na maioria das vezes, justa e eficiente, uma vez que são as próprias partes que conhecem sua realidade, seus interesses e suas necessidades e, a partir disso, são elas mesmas que possuem o poder para resolver seu conflito. Assim, pode-se dizer que a mediação também proporciona a prevenção de controvérsias futuras, visto que as partes, quando chegam a um acordo, o fazem por vontade própria e o cumprem de igual maneira, o que evita que haja conflitos futuros (TARTUCE, 2013).

Visto que, na mediação, as partes possuem o poder de resolver suas controvérsias, esse método proporciona a base para a construção de uma cultura do diálogo, em que os envolvidos possam resolver seus conflitos por meio da conversa, sem que seja necessário ingressar com um processo judicial. Infere-se, portanto, que a mediação possui o importante papel de promover a transformação social (SALES, 2003).

A mediação de conflitos é, ainda, abordada na Declaração das Nações Unidas sobre uma Cultura de Paz 2, em seu artigo 3º, alínea "a", que preconiza que a Cultura de Paz está vinculada à promoção da solução pacífica de conflitos. O Programa de Ação sobre uma Cultura de Paz, também das Nações Unidas, em seu item 16, prevê o estímulo à adoção de atividades para a negociação de resoluções pacíficas de conflito. Infere-se, destarte, que a mediação de conflitos, adquiriu fundamental importância também em plano internacional, tendo reconhecida sua capacidade de solucionar e prevenir conflitos e, ainda, ajudar as pessoas a administrá-los (ONU, 1999).

Nessa perspectiva, a mediação mostra-se como importante ferramenta de modificação de paradigmas, uma vez que proporciona às pessoas um melhor conhecimento acerca de seus direitos e deveres. Ainda nesse contexto, vê-se a conscientização das pessoas em relação à administração dos conflitos em que estão envolvidas, uma vez que estas participam diretamente da solução de suas controvérsias, aumentando, destarte, seu senso de responsabilidade e facilitando sua comunicação, o que refletirá em sua relação com a sociedade (SALES, 2003).

Ainda no âmbito de efetivação do acesso à Justiça, a mediação incentiva a cooperação das partes na resolução de seu conflito, em que ambas serão vitoriosas, noção expressa pelo princípio da não-competitividade (SALES, 2003).

A mediação de conflitos, ainda, preza pela informalidade, abrangendo parcelas ainda maiores da sociedade e, também, proporcionando às partes a oportunidade de resolver seus conflitos de forma rápida e eficiente, contornando um dos principais problemas enfrentados pelo Judiciário, que é a significativa demora na decisão de um processo (ALMEIDA, 2010).

Desse modo, pode-se observar que esse método, mesmo tendo a solução dos conflitos como seu primário e essencial objetivo, não se limita somente a este, sendo muito mais abrangente. Assim, faz-se

necessário entender a mediação em uma perspectiva que tenha em vista todas as demais finalidades, quais sejam, a prevenção de conflitos, a inclusão social e a paz social, todas de enorme relevância para a correta compreensão da mediação como forma de resolver controvérsias, de conscientizar as pessoas acerca de seus direitos e como forma de transformação social. Nesse sentido, em sua obra, Roberto Bacellar comenta que

[...] a mediação é única. Além de outras qualificações, ela representa um método adequado para tratar de situações complexas (emocionais, relação de vários vínculos) e consiste em processo, que como tal, tem de ser desenvolvido, passo a passo, com planejamento, com técnica e visão interdisciplinar (2012, p.111 - e-book)

Vale dizer que a mediação de conflitos não visa a substituir o processo judicial, uma vez que não são todos os conflitos que podem ser objetos exclusivamente desse método, como os de natureza penal, que necessitam da atuação do Estado durante o seu desdobramento (SALES, 2003). A mediação, logo, segundo o disposto no art. 3º da Lei 13.140 de 2015, tem como objeto conflitos que versem sobre direitos disponíveis ou, ainda, indisponíveis, desde que admitam transação.

Dessa forma, a mediação não é um método substitutivo do processo ou do Judiciário, mas sim um método auxiliar, que tem como principal finalidade a solução de controvérsias e, por consequência, servir como mais um meio para que se possa efetivar e concretizar o direito ao acesso à Justiça (MACHADO; PEDROSO, 2015).

2.4 A resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça

Percebendo os problemas que tem o Judiciário em oferecer uma adequada solução aos conflitos por meio do processo e as relevantes melhorias trazidas pela mediação de conflitos, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução nº 125, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e incentiva o uso dos métodos consensuais de resolução de conflitos, como a mediação e a conciliação.

A partir dessa Resolução, a mediação de conflitos passou a ter ainda mais espaço e relevância no âmbito do Poder Judiciário e na sociedade, uma vez que os Tribunais devem oferecer e incentivar os cidadãos a utilizar os mecanismos de solução de controvérsias, destacada a mediação, conforme o parágrafo único do artigo 1º da Resolução.

Outra relevante inovação trazida pela Resolução foi a criação de um Cadastro Nacional de Mediadores e Conciliadores (art. 6º, IX), buscando unificar alguns cadastros existentes em Tribunais. Esse cadastro, ainda, trará às partes a possibilidade de escolher os mediadores e conciliadores de acordo com sua qualificação, sua experiência e suas avaliações de desempenho, por exemplo (BANDEIRA, 2016).

Faz-se importante ressaltar, ainda, a contribuição de tal resolução no tocante à capacitação dos mediadores, pois existiam diferentes parâmetros, principalmente devido ao grande tamanho e às variadas culturas presentes no país, o que não proporcionava uma capacitação uniforme ou, pelo mesmo, pouco variável. Posto isto, foram definidos critérios de capacitação dos mediadores e conciliadores (art. 6º, II), buscando uniformizar e determinar capacidades e habilidades que devem ser comuns a todos aqueles que trabalharão o conflito.

Ainda nessa perspectiva, foi elaborado o Código de Ética de Mediadores e Conciliadores, que enumera princípios da mediação e da conciliação (art. 1º, anexo III), traz regras que regem seu procedimento (art. 2º, anexo III) e, também, define a responsabilidade e as sanções atribuídas ao mediador e ao conciliador (arts. 3º ao 8º). Esse código reforça a importância do papel desempenhado por esses profissionais em relação à administração dos conflitos, ao incentivo ao diálogo e à concretização do acesso à justiça.

A Resolução prevê, ainda, em seu artigo 7º, a criação dos denominados Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução dos Conflitos, o que, certamente, amplia a abrangência, a importância e o papel da mediação na solução de controvérsias. Nesses Núcleos, serão realizadas as sessões de mediação e conciliação, pré-processuais e processuais.

Essa Política Judiciária Nacional instituída pela Resolução 125, destacado o trabalho desempenhado pela mediação de conflitos, facilitará a formação de uma nova cultura de resolução dos conflitos no âmbito da sociedade, que será estimulada a resolver suas controvérsias por meio do diálogo, e não apenas por meio do Poder Judiciário, o que facilitará a mudança da cultura da judicialização (MILANEZ, 2013). Acerca do papel da Resolução 125 e da mediação na busca de contornar a judicialização dos conflitos, diz Márcia Maria Milanez:

Com o advento da Resolução nº 125/2010 do CNJ, passou-se a entender que compete ao Poder Judiciário organizar não somente os serviços prestados mediante os processos judiciais, mas também oferecer aos jurisdicionados outros mecanismos de resolução de conflitos, especialmente os consensuais, como a

conciliação e a mediação, objetivando dar um tratamento mais adequado aos conflitos de interesses em razão de suas natureza e peculiaridade, evitando, com isso, a judicialização de toda e qualquer questão que seja submetida à resolução via Poder Judiciário.

Dessa forma, as pessoas passarão a perceber que possuem o poder para solucionar muitos de seus conflitos e que podem fazê-lo por meio da mediação, um meio de transformação social, estimulando o diálogo, a comunicação e a solução de conflitos de modo cooperativo e amigável.

2.5 A Lei da Mediação – Lei 13.140/2015

Ainda sendo observadas as tendências de estimular a solução consensual dos conflitos postas em ênfase, sobretudo pela Resolução 125 no Conselho Nacional de Justiça, foi editada a Lei 13.140, conhecida como a Lei da Mediação. Esse diploma legal visa, principalmente, a regular a mediação de conflitos nos âmbitos judicial e extrajudicial.

Essa Lei foi um importante marco para a mediação de conflitos, uma vez que foi mais uma das etapas para a institucionalização da mediação no Brasil, sendo, ainda, o primeiro diploma legal a regulamentar o tema.

A Lei 13.140/2015 conceitua a mediação, apresenta seu objeto e quais tipos de conflitos podem ser submetidos a ela, enumera princípios (art. 2º), dispõe sobre o procedimento da mediação (art. 14 e seguintes), determina as qualificações necessárias para ser mediador judicial (art. 11) ou extrajudicial (art. 9º) e, ainda, traz vedações a estes (arts. 6º e 7º). Percebe-se, pois, com a edição da Lei, a crescente importância da mediação de conflitos na realidade jurídica brasileira, antes desenvolvida principalmente em âmbito extrajudicial.

Ainda seguindo o que foi apresentado pela Resolução 125, a Lei da mediação também determina aos tribunais a criação de cadastros de mediadores (art. 12), fazendo que a escolha das partes por um mediador se torne mais simples e fácil.

Essa norma, ainda, traz as figuras das câmaras privadas de mediação, já existentes em outros países, que se dedicam exclusivamente a desempenhar a mediação, atuando tanto em âmbito judicial quanto em extrajudicial (FREITAS, 2015).

Além da disciplina trazida pela Resolução 125 do CNJ e pela Lei da Mediação, esse tema também encontra regulamentação no Código de Processo Civil 2015, a ser tratado no tópico seguinte. Todavia, percebe-se que a mediação é regulada de modo variável nas duas leis. A Lei da Mediação traz uma disciplina mais específica, regulamentando, ainda, a mediação fora do âmbito do Poder Judiciário, diferentemente do CPC, que dispõe somente sobre a realizada em âmbito judicial.

Posto isso, vê-se que a Lei 13.140 ampliou ainda mais a incidência da mediação e estendeu, assim, seu papel e sua relevância para a solução de conflitos e, destarte, para o acesso à Justiça.

2.6 O Código de Processo Civil de 2015

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe uma das mais significativas contribuições para o acesso à Justiça, visto que trouxe a mediação de conflitos como uma das fases do processo, o que evidencia sua intenção de tornar a justiça mais célere e eficiente. Esse diploma legal, portanto, busca incentivar a solução consensual dos conflitos, determinando, ainda, que a mediação e outros métodos consensuais devem ser estimulados. 1(art. 3º, §§ 2º e 3º, NCPC).

Vale dizer, ainda, que, ao introduzir a Política Pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses (como prevê seu art 1º), a Resolução Nº 125 do CNJ, mencionada em tópico anterior, foi a grande responsável por preparar o Poder Judiciário para a mediação de conflitos em âmbito propriamente judicial (PEREIRA, 2015), ou seja, dentro do processo, inovação que viria a ser trazida pelo novo Código.

Quando analisa a mediação e a conciliação no novo Código de Processo Civil, Freddie Didier, tendo em vista a importância dos métodos consensuais de solução de conflitos, comenta:

Compreende-se que a solução negocial não é apenas um meio eficaz e econômico de resolução dos litígios: trata-se de importante instrumento de desenvolvimento da cidadania, em que os interessados passam a ser protagonistas da construção da decisão jurídica que regula as suas relações. Neste sentido, o estímulo à autocomposição pode ser entendido como um reforço da participação popular no exercício do poder - no caso, o poder de solução dos litígios. Tem, também por isso, forte caráter democrático (DIDIER, 2015, p.273).

Destarte, percebe-se que a mediação de conflitos terá um papel ainda mais atuante e conhecido, uma vez que não mais será restrita apenas ao âmbito extrajudicial. É interessante mencionar que, quando

realiza a mediação em âmbito judicial, o mediador é considerado um dos auxiliares da justiça (DIDIER, 2015).

Tamanha é a importância dada à mediação pelo novo Código de Processo Civil que, além de dever ser estimulada por juízes e advogados (art. 145), por exemplo, é previsto que os processos devem, necessariamente, ser precedidos por audiências de mediação ou de conciliação. Esta, portanto, é a regra prevista pelo código. Entretanto, as partes podem expressamente recusar, situação em que não ocorrerá a sessão. Em alguns casos, todavia, como naqueles que envolvem Direito de família, há o entendimento de que a mediação é obrigatória, mesmo que as partes manifestem desinteresse quanto ao acordo (CATHARINA, 2016).

Contudo, mesmo podendo ser percebida a crescente relevância da mediação e sua institucionalização no Poder Judiciário, surgem diversas questões acerca de sua implementação na prática, relacionadas, principalmente, com a infraestrutura e com a atuação, com a qualificação e, ainda, com a remuneração dos mediadores. Assim, por exemplo, indaga-se se a estrutura dos Tribunais realmente comportará os centros judiciários de solução de conflitos, cuja criação foi determinada pelo art. 165 do CPC de 2015 (KOBAYASHI, 2015).

Além disso, a qualificação dos mediadores se mostra como outra questão com grande importância, pois seu trabalho em muito contribuirá para a comunicação das partes, para a solução de seu conflito e, por conseguinte, para a efetivação do acesso à Justiça. Destarte, há preocupação acerca da habilitação dos profissionais e sua constante atualização e aperfeiçoamento (KOBAYASHI, 2015). São questões, portanto, a serem analisadas antes e durante a aplicação da mediação em âmbito judicial, para que seja possível aperfeiçoar esse método.

Com a Resolução nº125 do CNJ, com a Lei 13.140 e, finalmente, com o advento do novo Código de processo, percebe-se a elevada importância que a mediação vem adquirindo, bem como o reconhecimento dos benefícios por ela trazidos. A institucionalização da mediação, sobretudo no âmbito judicial, fomentada pelas mencionadas normas consiste em um grande passo para que se possa buscar, cada vez mais, a concretização do acesso à Justiça, a solução pacífica de conflitos, além de uma cultura de paz, de diálogo e de pacificação (PINHO, 2011).

3 METODOLOGIA DA PESQUISA

Para a realização do presente trabalho, utilizou-se o método indutivo, ou seja, foi feita uma análise de um conteúdo específico, relacionando-o com um mais abrangente. A pesquisa é de cunho qualitativo, uma vez que visa a estudar a problemática de um acesso à Justiça eficiente e de qualidade. Foi utilizada, ainda, a pesquisa bibliográfica e documental.

4 ANÁLISE DOS RESULTADOS

Após uma breve análise acerca dos problemas pelos quais passa o Poder Judiciário na sua busca pela promoção do acesso à Justiça à população, o que é, sem dúvidas, uma tarefa árdua, percebeu-se a significativa importância dos métodos alternativos de solução de conflitos.

Nesse interim, a mediação de conflitos se mostra como uma importante ferramenta disponível para as pessoas que desejam chegar a uma solução para as suas controvérsias. A solução procurada, todavia, é a justa e eficiente, que pode vir a ser proporcionada pela mediação, uma vez que essa visa a facilitar a comunicação entre as partes.

Destarte, todos os diferenciais da mediação, tendo grande destaque o poder de decisão das partes, a informalidade, a confidencialidade e o incentivo à postura de cooperação mútua, possuem um grande potencial de possibilitar uma solução justa, adequada e eficiente para o litígio, proporcionando às partes, desse modo, a efetivação de seu direito ao acesso à Justiça.

5 CONCLUSÃO

No presente trabalho, foram analisados os principais problemas do Poder Judiciário e suas repercussões na concretização do acesso à Justiça para a população. Nesse contexto, têm grande ênfase os métodos alternativos de solução de conflitos, que visam a proporcionar uma solução mais adequada e mais rápida aos litígios.

Destarte, a mediação de conflitos cumpre um papel fundamental para a mudança de uma realidade marcada pela judicialização dos conflitos e, muitas vezes, por soluções ineficientes e insatisfatórias para as controvérsias que surgem. Assim, uma vez que preza pela facilitação da comunicação entre as partes

e, assim, visa a fazer que elas cheguem, por si mesmas, a uma solução justa, a mediação se revela como uma importante ferramenta para a proporcção do acesso à Justiça.

Outrossim, percebeu-se que a mediação, apesar de ter como principal finalidade a solução dos litígios, passa a ter também um instrumento de prevenção de conflitos, de inclusão social e de transformação social, à medida que suscita a formação de uma cultura do diálogo entre as pessoas.

Além disso, em virtude do reconhecimento de seu grande papel e de seus vários benefícios, a mediação de conflitos passou a ser regulamentada no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça. Também se destacam a Lei 13.140 (a Lei da mediação) e o Código de Processo Civil de 2015. Esses diplomas visam a estimular a autocomposição e a solução pacífica das controvérsias, buscando evitar o desgaste trazido pelo processo. Ainda, a mediação, por sua relevância, também foi enfatizada internacionalmente, na Declaração das Nações Unidas sobre uma Cultura de Paz.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Tânia. Mediação de conflitos: um meio de prevenção e resolução de controvérsias em sintonia com a atualidade. 2010. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/movimento-pela-conciliacao/arquivos/Artigo%20Tania-86_Dez-31_Mediacao_de_Conflitos_Um_meio_de_prevencao_e_resolucao_de_controversias_em_sintonia_com.pdf> Acesso em: 22 nov 2015.

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

BANDEIRA, Regina. Cadastro Nacional de Mediadores e Conciliadores entra em vigor. 2016. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81837-cadastro-nacional-de-mediadores-e-conciliadores-entra-em-vigor>>. Acesso em: 20 maio 2016.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. Acesso à Justiça: Um problema ético-social no plano da realização do direito. 2. ed. Rio De Janeiro: Renovar, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

CATHARINA, Alexandre. Mediação obrigatória nas ações de família. 2016. Professor Alexandre Catharina. Disponível em: <<http://alexandrecatharina.blogspot.com.br/2016/03/mediacao-obrigatoria-nas-acoes-de.html>>. Acesso em: 29 maio 2016.

CNJ. Justiça em Números 2015. Conselho Nacional de Justiça. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 26 maio 2016

DIDIER JR, Freddie. Curso de Direito Processual Civil. 17 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

FREITAS, Danielli Xavier. Dizer o Direito: Comentários à Lei 13.140/2015 (Lei da Mediação). 2015. JusBrasil. Disponível em: <<http://daniellixavierfreitas.jusbrasil.com.br/noticias/205303660/dizer-o-direito-comentarios-a-lei-13140-2015-lei-da-mediacao>>. Acesso em: 25 maio 2016.

KOBAYASHI, Fernanda Mayumi. A mediação no novo CPC: estão todos preparados? 2015. Justificando. Disponível em: <justificando.com/2015/05/25/a-mediacao-no-novo-cpc-estao-todos-preparados/>. Acesso em: 25 maio 2016.

MACHADO, Everton Pereira; PEDROSO, Joseane Ceolin Mariani de Andrade. A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO COMO POLÍTICA PÚBLICA PARA A CULTURA DE PAZ: UMA ANÁLISE À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 2015. Universidade de Santa Cruz do Sul. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/viewFile/13193/2366>>. Acesso em: 26 maio 2016.

MILANEZ, Márcia Maria. A conciliação e a mediação como instrumentos para a desjudicialização das relações sociais. 2013. Editora JC. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2013/10/conciliacao-mediacao-instrumentos-desjudicializacao-relacoes-sociais/>>. Acesso em: 02 fev 2016.

NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. Acesso à justiça democrático. Brasília: Gazeta jurídica, 2013.

ONU. Declaração e Programa de Ação sobre uma Cultura de Paz. Comitê da Cultura de Paz. 1999. Disponível em: < <http://www.comitepaz.org.br/download/Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20A%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20uma%20Cultura%20de%20Paz%20-%20ONU.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2016.

PEREIRA, Clovis Brasil. Conciliação e Mediação no Novo CPC.2015. Conima. Disponível em: <<http://www.conima.org.br/arquivos/4682>>. Acesso em: 25 maio 2016.

PINHO, Humberto dalla Bernardina de. A mediação no direito brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no projeto do novo Código de Processo Civil.2011. Âmbito jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9685>. Acesso em: 25 maio 2016.

SALES, Lília Maia de Moraes. Justiça e Mediação de Conflitos. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TARTUCE, Fernanda. Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos. 2013. Fernanda Tartuce. Disponível em: <<http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/02/Media%C3%A7%C3%A3o-no-novo-CPC-Tartuce.pdf>>. Acesso em 10 abr 2016.

WATANABE, Kazuo. A Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses. In: TOLEDO, Armando Sérgio Prado de; TOSTA, Jorge; ALVEZ, José Carlos Ferreira. Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem. Rio de Janeiro, Elsevier, 2014.

A IMPORTÂNCIA DA MEDIAÇÃO NA DESOBSTRUÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

THE IMPORTANCE OF MEDIATION IN UNBLOCKING THE JUDICIAL AUTHORITY

Zenacleide Costa Nojosa ⁵⁵

RESUMO: O presente ensaio pretende abordar a mediação como importante ferramenta na resolução de conflitos, contribuindo sobremaneira para a necessária desobstrução do Poder Judiciário, com a consequente satisfação de todos atores do processo, tais como as partes, advogados, magistrados e a sociedade como um todo. Partindo da demonstração da crise atravessada pelo Poder Judiciário pátrio, o qual possui atualmente mais de 100 milhões de processos em curso, apresentamos a mediação como alternativa viável ao caos vivenciado pelo judiciário, motivo pelo qual o legislador ordinário a dispensar especial atenção à solução consensual de conflitos como meio eficaz de resolvê-los, estando prevista inclusive no Código de Processo Civil pátrio. Além disso, refletiremos sobre o efeito da mediação na preservação dos relacionamentos interpessoais na resolução de controvérsias, uma vez que as partes são estimuladas a um acordo que seja benéfico a ambos, uma vez que sua construção se deu com a efetiva participação de ambas as partes.

PALAVRAS-CHAVES: Mediação. Resolução de Conflitos. Novo Código de Processo Civil. Poder Judiciário. Morosidade.

ABSTRACT: This study aims to address mediation as an important tool in conflict resolution, greatly contributing to the necessary clearance of the judiciary, with the consequent satisfaction of all actors in the process, such as parties, lawyers, magistrates and society as a whole. From the demonstration of the crisis experienced by the judiciary parental rights, which currently has over 100 million current processes, we present mediation as a viable alternative to the chaos experienced by the judiciary, for which the ordinary legislator to pay special attention to consensual solution conflicts as an effective means of solving them, with plans including the Code of Civil procedure parental rights. Also, we reflect on the effect of mediation on the preservation of interpersonal relationships in the resolution of disputes, since the parties are encouraged to an agreement that is beneficial to both, since its construction was with the effective participation of both parties.

KEYWORDS: Mediation. Conflict Resolution. New Code of Civil Procedure. Judicial Branch. Slowness.

INTRODUÇÃO

O surgimento da Civilização ocorreu em razão da necessidade de repressão dos instintos animais dos indivíduos. É certo que a convivência social e harmônica torna-se inviável sem a repressão das manifestações mais egoísticas da natureza humana. Segundo JUSTEN FILHO (2015), em alguns casos, tal repressão se deu através de um processo espontâneo de repressão individual. Todavia, ainda segundo o autor, na maioria dos casos tal repressão se deu a partir de uma ordem externa que impôs limitações aos indivíduos, fazendo com que os interesses pessoais tivessem de se submeter aos interesses coletivos.

Essa ordem externa limitadora, manifestação formal da organização social, que busca a realização dos valores coletivos, é chamada de Estado, a quem cabe não apenas disciplinar e incentivar condutas, mas também o exercício exclusivo do poder de repressão legítima ou o monopólio da violência.

As duas principais teorias que tentam explicar o surgimento do Estado são as de Thomas Hobbes e de Jean Jacques Rousseau. Hobbes defende a existência de uma instituição fundamental para regular as relações humanas, dada a natureza má do homem, que o impele à busca do atendimento dos seus desejos a qualquer custo. Dessa forma, a paz apenas seria alcançada quando todos renunciassem a sua liberdade em prol do Estado, que exerceria o controle da sociedade em nome da paz, da segurança e da ordem social.

Outra teoria que busca explicar o surgimento do Estado é a de Rousseau que sustenta que todos os homens nascem livres, iguais e bons, sendo corrompidos posteriormente pelo convívio social. Enquanto não ainda pervertidos pela sociedade, os homens deveriam aderir ao "contrato social", acordo no qual é criado um ente superior, o Estado, com a incumbência de manter a ordem política e social.

Passados alguns séculos desde o surgimento dessas teorias até os dias de hoje, o Estado, através do Poder Judiciário, ainda exerce o monopólio da jurisdição. A Constituição da República Federativa do Brasil prevê em seu art. 5º, XXXV, o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, segundo o qual "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Todavia, é certo que hoje em dia o Poder Judiciário pátrio enfrenta uma verdadeira crise que resulta em morosidade e lentidão processual. MORAIS e SPENGLER (2008) apontam a existência de quatro

⁵⁵ Advogada inscrita na OAB/CE sob o número 28.657; pós-graduada em Direito Constitucional e Direito Processual Constitucional pela Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará - ESMP/CE em parceria com a Universidade Estadual do Ceará - UECE. E-mail: cleidecn@outlook.com

crises de jurisdição: a crise estrutural (deficiência na infraestrutura, decorrente da situação econômica do Estado); a crise objetiva ou pragmática (entraves da atividade jurídica que ocasionam acúmulo de demandas); a crise subjetiva ou tecnológica (necessidade de atualização de instrumentos legais e da mentalidade de operadores jurídicos tradicionais); e a crise paradigmática (trata dos métodos e conteúdos utilizados pelo Direito para a pacificação de controvérsias).

CASELLA e SOUZA (2009) afirmam que os mecanismos institucionais tradicionalmente disponíveis têm se mostrado insuficientes seja no aspecto quantitativo, quando se pensa na morosidade enfrentada nos processos judiciais, como no aspecto qualitativo, ao refletirmos sobre a pacificação social atingida após a resolução de um conflito.

Diante da crise enfrentada pelo Poder Judiciário brasileiro, a mediação de conflitos revela-se como alternativa capaz de proporcionar efetivo acesso à prestação jurisdicional. Em meio a esse panorama, surge a seguinte problemática a ser respondida ao longo do presente estudo: "qual a importância da mediação de conflitos na desobstrução do Poder Judiciário?".

O presente artigo tem como objeto de estudo a mediação de conflitos, meio consensual de resolução de litígios que presta importante auxílio ao Poder Judiciário na sua desobstrução. Diante do quadro de morosidade e lentidão que assolam o Judiciário brasileiro, justifica-se o presente estudo pela relevância do debate sobre como a mediação, enquanto meio de resolução consensual de conflitos, pode auxiliar no funcionamento adequado do Poder Judiciário, permitindo que este ofereça à sociedade meios céleres de prestação jurisdicional.

Este ensaio tem por objetivo geral analisar a importância da mediação enquanto ferramenta otimizadora da atuação do Poder Judiciário. Em meio à perseguição de tal objetivo, classificaremos os métodos alternativos de resolução de conflitos, especificando a mediação de conflitos; analisaremos qual o tratamento dado à mediação em alguns diplomas legais; identificaremos elementos que permitem concluir que o judiciário brasileiro atravessa uma verdadeira crise; e refletiremos sobre como a mediação de conflitos pode contribuir para a eficiência do Poder Judiciário e para a preservação dos relacionamentos interpessoais.

1 RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE DISPUTAS (RAD)

O sistema principal preferido no Brasil para a resolução de conflitos ainda é o jurisdicional, a cargo dos juízes togados (CARREIRA ALVIM, 2000). Tal preferência pelo uso do sistema judicial na resolução de conflitos se dá por vários motivos, dos quais podemos destacar a falta de hábito na utilização dos meios extrajudiciais.

A partir da década de 1960, com maior ênfase nos anos 70, nasceu nos Estados Unidos um movimento do meio jurídico e político conhecido como "Alternative Dispute Resolution" - ADR (em português, Resolução Alternativa e Disputas – RAD), do qual a negociação, mediação, conciliação e arbitragem fazem parte.

Segundo BIANCHINI e GOMES (2012), os meios alternativos ou extrajudiciais dividem-se em métodos consensuais (negociação, mediação e conciliação) e adversariais (arbitragem). Segundo os autores, os meios consensuais são aqueles em não há decisão por terceiros, sendo as soluções encontradas pelas próprias partes. Nessas modalidades, o facilitador nada decide, apenas estimula as partes por meio de indagações criativas até que as essas cheguem a um consenso.

Por outro lado, ainda segundo os literatos acima, os métodos adversariais são aqueles nos quais as soluções independem dos litigantes, sendo tomadas por um terceiro a partir da colheita de informações, produção de provas e análise dos argumentos trazidos pelas partes. Nesses casos as questões são resolvidas nos limites em que são apresentadas, decidindo o terceiro conforme o estabelecido pela lei ou convenção arbitral.

Os meios acima apontados, em conjunto com o sistema público de resolução de conflitos (que envolve o Poder Judiciário, Defensoria Pública, Ministério Público, etc.), são compostos por vários métodos ou processos distintos. Segundo AZEVEDO (2015, p. 17),

(...) a escolha do método mais indicado para certo tipo de disputa precisa levar em consideração características e aspectos de cada processo, tais como: custo financeiro, celeridade, sigilo, manutenção de relacionamentos, flexibilidade procedimental, exequibilidade da solução, custos emocionais na composição da disputa, adimplemento espontâneo do resultado e recorribilidade. Assim, havendo uma disputa na qual as partes sabem que continuarão a ter contato uma com a outra (e.g. disputa entre vizinhos), em regra, recomenda-se algum processo que assegure elevados índices de manutenção de relacionamentos, tal como a mediação (...)

Portanto, na escolha do método adequado para a composição de conflitos a ser aplicado ao caso concreto, as partes deverão levar em consideração alguns aspectos que tenham influência sobre a lide.

Dentre esses aspectos, podemos mencionar o sigilo, a preservação de relacionamentos, a espontaneidade do adimplemento, a flexibilidade procedimental, a preocupação com a humanização e sensibilização das partes, a maior celeridade, etc.

No Código de Processo Civil há a previsão de criação pelos tribunais de centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. Esses centros funcionam como um sistema de múltiplas portas acoplado aos tribunais. Por exemplo, um caso que envolva aspectos sentimentais, emocionais, em relações de vários vínculos, terá encaminhamento adequado no contexto dos métodos consensuais caso seja direcionado para a mediação.

O adequado encaminhamento das disputas utiliza um dos princípios básicos que orienta o processo de múltiplas portas: o da adaptabilidade, segundo o qual o procedimento há de afeiçoar-se às peculiaridades de cada litígio. É de suma importância que os conflitos que cheguem ao Poder Judiciário por meio desses centros passem por uma análise prévia para que recebam o encaminhamento adequado.

2 MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

2.1 Conceito e abordagem histórica

Podemos definir a mediação como um meio consensual de resolução de contendas no qual uma terceira pessoa, imparcial e independente, facilita o diálogo entre as partes para que essas entendam o conflito originado e, usando de empatia, busquem o alcance de soluções vantajosas para ambas as partes, em uma típica relação ganha-ganha.

A mediação de conflitos vem ao encontro dos Direitos Humanos na medida em que possibilita à pessoa humana a preservação e o respeito à sua dignidade por proporcionar uma forma de resolução de conflitos que priorize a comunicação mútua, evitando o desgaste entre as pessoas, algo tão comum nos processos judiciais, nos quais impera um clima de rivalidade na busca do convencimento do juiz, resultando na deterioração do convívio entre as partes.

Como um meio de resolução pacífica de conflitos, a mediação não é novidade em muitas nações, existindo relatos do seu emprego há cerca de 3.000 a.C. na Grécia, Egito, Kheta, Assíria e Babilônia (CACHAPUZ, 2003), sendo utilizada há muito tempo em várias culturas do mundo, como a judaica, cristã, islâmica, hinduísta e budista (MOORE, 1998).

Entre os cristãos, pode-se verificar a utilização desse modo autocompositivo de conflitos no livro de Mateus, quando Cristo orientou seus discípulos sobre a forma correta de corrigir uma contenda com o próximo:

Outrossim, se teu irmão cometer um pecado, vai expor a falta dele entre ti e ele só. Se te escutar, ganhaste teu irmão. Mas, se não te escutar, toma contigo mais um ou dois, para que, pela boca de duas ou três testemunhas, todo assunto seja estabelecido. Se não os escutar, fala à congregação (...) (BÍBLIA, Mateus 18:15-17)

Muito embora a mediação seja uma ferramenta bastante utilizada para solucionar conflitos sociais, somente a partir do século XX houve sua estruturação, passando a ser largamente utilizada em países tais como França, Inglaterra, Irlanda, Japão, Noruega, Bélgica Alemanha, dentre outros.

No Brasil, segundo AZEVEDO (2015), a história da mediação está intimamente ligada ao movimento de acesso à justiça iniciado na década de 70. Naquele período, almejaram-se reformas que tornassem mais fácil o acesso à justiça sob a ótica do jurisdicionado, promovendo uma melhoria das relações sociais envolvidas na disputa.

A partir desse período, passou-se a perceber a importância de técnicas como a mediação, na qual um (ou mais de um) terceiro incentiva a composição entre as partes, no sistema processual como meio efetivo de realizar os interesses das partes e de autocomposição de suas diferenças.

No ano de 1982 surgiram, na cidade do Rio Grande, Estado do Rio Grande do Sul, os Juizados Especiais Cíveis, também chamados de Juizados de Pequenas Causas, oportunidade na qual foram criados os Conselhos de Conciliação e Arbitramento, sob a responsabilidade do então Juiz de Direito Antônio Tanger Jardim com o apoio da Associação dos Juizes do Estado do Rio Grande do Sul (AJURIS). Esse foi certamente o primeiro passo dado por juizes que buscavam formas alternativas para a resolução de conflitos. Devido o êxito da iniciativa, foram instalados Conselhos em diversas outras comarcas e até em outros Estados. Em seguida, em 1984, entrou em vigor a Lei Federal que instituiu o procedimento em todo o país (FONSECA, 2000).

A importância desse sistema foi tamanha que repercutiu na Constituição Federal ao prever, em seu art. 98, I, a criação, em âmbito federal, estadual e distrital, de “juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade [...]”. Posteriormente, surgiu a Lei n.º 9.099/95 (Juizados Especiais Estaduais) e a Lei n.º 10.259/01 (Juizados Especiais Federais). No Estado do Ceará, a Lei n.º 12.553, de 27 de dezembro de 1995, dispõe sobre o Sistema de Juizados Especiais Cíveis e Criminais, sua organização, composição e competência.

Infelizmente, o papel desempenhado pela mediação, conciliação e arbitragem ainda é muito tímido, muito embora estejamos vivenciando uma crescente importância do sistema. Há uma cultura do litígio enraizada na sociedade atual que necessita ser mudada caso desejemos ter uma justiça e uma sociedade melhor. Ressalte-se que quando falamos em cultura do litígio estamos nos referindo não necessariamente ao número de conflitos apresentados, mas à disposição do Poder Público em resolver esses conflitos a partir de uma ótica alternativa ao litígio.

2.2 Diferenças entre mediação e conciliação

Visando evitar possíveis confusões entre os institutos, dada a sua proximidade, acreditamos ser de bom alvitre neste momento estabelecermos as tênues diferenças existentes entre a conciliação e a mediação.

A principal diferença entre ambos os institutos reside no momento de sua realização, se antes ou durante o processo judicial. Enquanto a mediação antecede a lide judicial, a conciliação se dá no curso dessa. Exemplo bem clássico disso temos nos Juizados Especiais Cíveis, nos quais sempre é marcada uma audiência de conciliação entre as partes, conduzida por um conciliador indicado pelo Judiciário. Caso haja acordo, este deverá ser homologado pelo juiz togado. Em caso negativo, será marcada a audiência de instrução e julgamento, oportunidade na qual o magistrado ainda tentará promover a conciliação entre as partes.

Outra diferença que podemos apontar entre os institutos da mediação e da conciliação diz respeito ao papel exercido pelo terceiro durante as tratativas. Enquanto o conciliador tem uma atuação mais direta e objetiva, influenciando com seus palpites e sugestões a decisão das partes, o mediador é neutro e imparcial, sendo-lhe vedado emitir opiniões a respeito da disputa em si.

O objetivo da conciliação é que as partes cheguem a um acordo, que será homologado pelo juiz togado e colocará um fim ao processo judicial. É um meio utilizado quando as partes não possui entre si nenhum vínculo de relacionamento, sendo o único vínculo existente entre si o litígio. Diferentemente da conciliação, a mediação tem como maior objetivo a preservação dos vínculos pessoais existentes entre as partes envolvidas no conflito. Sua função é fazer com que as partes relevem as mágoas decorrentes do conflito e que, a partir do diálogo, cheguem a uma solução aceitável.

BACELLAR (2012) distingue conciliação de mediação através da utilização de exemplos, que ajudam a clarificar os pontos que diferenciam ambos os institutos. Segundo o autor,

A conciliação é opção mais adequada para resolver situações circunstanciais, como indenização por acidente de veículo, em que as pessoas não se conhecem (o único vínculo é o objeto do incidente), e, solucionada a controvérsia, lavra-se o acordo entre as partes, que não mais vão manter qualquer outro relacionamento; já a mediação afigura-se recomendável para situações de múltiplos vínculos, sejam eles familiares, de amizade, de vizinhança, decorrentes de relações comerciais, trabalhistas, entre outros. Como a mediação procura preservar as relações, o processo mediacional bem conduzido permite a manutenção dos demais vínculos, que continuam a se desenvolver com naturalidade durante a discussão da causa. (BACELLAR, 2012, p. 116).

Muito embora a existência de pontos que diferenciem os institutos da conciliação e da mediação, é certo que ambos necessitam da boa formação e capacitação de mediadores e conciliadores, visando sua atuação adequada na resolução de conflitos.

2.3 Elementos necessários à mediação

Três são os elementos imprescindíveis para que se efetive o processo de mediação: partes, disputa e mediador.

O art. 167 e parágrafos seguintes do Novo Código de Processo Civil, cuidam do recrutamento de mediadores e conciliadores, não se exigindo que esses sejam advogados ou mesmo que tenham bacharelado em Direito. O que o diploma exige é que eles possuam uma capacitação mínima, obtida em curso ministrado por entidade credenciada, cujo currículo terá seus parâmetros definidos pelo Conselho Nacional de Justiça, não sendo definido pelo dispositivo legal nenhuma informação adicional sobre tais parâmetros.

Segundo GONÇALVES (2016), a capacitação deve oferecer subsídios suficientes ao correto desempenho das atividades a que se propõem, sendo possivelmente estudadas técnicas negociais, alguns conhecimentos mínimos de Direito e até de Psicologia.

Em relação especificamente aos mediadores, a Lei 13.140, de 26 de junho de 2015, estabelece critérios diferenciados para os que atuarão como mediadores extrajudiciais e judiciais. Para aqueles, o art. 9º do diploma legal estabelece como requisito apenas ser o mediador pessoa capaz e de confiança das partes, além de ter sido capacitada para realizar mediação. Já em relação aos mediadores judiciais, o art. 11 da referida lei prevê a necessidade do mediador ser graduado há, pelo menos, dois anos em curso de ensino superior oferecido por instituição reconhecida pelo Ministério da Educação, além de ter obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM ou pelos tribunais.

Em relação à participação do advogado, podemos dizer que sua presença para a mediação é tão importante para o cliente como à daquele que atua nas audiências dos processos tradicionais. A presença do advogado é deveras bastante importante desde o contato prévio com o cliente, oportunidade na qual o profissional, além de realizar explicações preliminares sobre o processo, reforça junto ao seu cliente as vantagens da mediação.

Já durante a fase de negociação, o advogado colabora para a ampliação do leque de opções de resoluções de problemas, contribuindo para a correta tomada de decisões, propiciando acordos mutuamente aceitáveis. Aqui o profissional necessita adequar seu procedimento em relação a uma lide judicial, favorecendo as chances de sucesso da mediação, reduzindo o grau de litígio entre as partes.

Muito embora a mediação seja uma forma mais célere e eficaz de resolução de conflitos, dada a flexibilidade e o menor rigor se comparada ao processo judicial tradicional, também demanda organização, lógica e procedimentos próprios, tudo em conformidade com os seus objetivos.

Advogar eficazmente em mediação exige o desenvolvimento da habilidade de assessoramento ao cliente para estar em uma negociação de cunho colaborativo, o que é bem diferente do processo tradicional, baseado no poder de barganha. Dessa forma, exige-se do profissional um sólido conhecimento a respeito do processo de mediação, permitindo-o aproveitar as vantagens desse tipo de resolução de conflitos.

2.4 A mediação como forma de desobstrução do poder judiciário

Como já tivemos a oportunidade de mencionar no presente estudo, o judiciário brasileiro acumula hoje um enorme volume de litígios, originado, sobretudo, de sua morosidade no julgamento das causas, dando vez à ineficácia processual.

Segundo dados do Relatório Justiça em Números 2015, do Conselho Nacional de Justiça, o primeiro grau de jurisdição é o seguimento mais sobrecarregado do Poder Judiciário pátrio. Ainda segundo o referido conselho, tramitaram no ano de 2014 na justiça brasileira um total de 99,7 milhões de processos, dos quais 91,9 milhões, ou 92% do total, encontravam-se no primeiro grau. O resultado disso é uma grande morosidade na prestação jurisdicional, onde todos os atores envolvidos saem perdendo: os advogados, que a despeito de um enorme número de processos têm seus honorários aviltados; os clientes, cujas causas arrastam-se por anos ou até mesmo décadas; os juízes, que possuem infindáveis pilhas de processos, ainda que virtuais; e, por fim, a sociedade, que se vê impotente entre o grande abismo existente entre demanda e prestação jurisdicional, nunca vendo seus conflitos pacificados.

Tal morosidade chegou a ser reconhecida pela ex-ministra do Superior Tribunal de Justiça, Eliana Calmon, que, em artigo publicado no Jornal Correio Brasiliense, sob o título "Crise do Poder Judiciário", mencionou que em determinada reunião de juízes federais para refletirem sobre a instituição, foi elaborado um documento, onde concluíram:

O Poder Judiciário, no Brasil, não tem conseguido dar respostas rápidas e satisfatórias às demandas das partes, em razão de fatores diversos, dentre os quais se destaca o número excessivo de ações provocado pela administração dos poderes públicos e pela insuficiência ou ineficiência de textos legislativos (CALMON, 1994, p. 3).

Portanto, concluímos que a problemática do congestionamento do Poder Judiciário não é um fenômeno recente, uma vez que a morosidade e lentidão na tramitação de processos é algo que se arrasta ao longo dos anos no Direito Pátrio, sem solução viável até o momento, inobstante as reformas feitas à legislação nas últimas décadas.

Uma dessas reformas foi a edição da Emenda Constitucional n.º 45/2004, uma tentativa de garantir a celeridade e a efetividade na tramitação dos feitos, que erigiu o princípio da celeridade processual à condição de direito fundamental, incluindo o inciso LXXVIII ao art. 5º da Lei Maior, afirmando que "a

todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

Dessa forma, a solução encontrada para a lide deve ser obtida em tempo razoável (art. 4º, CPC; art. 5º, LXXVIII da Constituição da República), incluído nesse tempo a atividade necessária para a satisfação prática do direito, ou seja, é necessário não apenas a obtenção da sentença em tempo razoável, devendo ser também tempestiva a entrega do resultado de eventual atividade executiva. A duração razoável do processo deve ser compreendida de forma ampla, objetivando a duração total do processo e não apenas o tempo necessário para se produzir a sentença no processo de conhecimento (CÂMARA, 2016).

O Novo Código de Processo Civil tem como uma de suas metas primordiais diminuir a quantidade e o tempo de duração dos processos. Para tanto, valorizou as formas alternativas de solução de conflitos, como podemos comprovar pela leitura do art. 3º do mencionado dispositivo, in verbis:

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.

(...)

Chama-nos a atenção GONÇALVES (2016) que os princípios acima transcritos vão muito além do que previa o art. 125, IV, do Código de Processo Civil de 1973, ao afirmar que competia ao juiz tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes. O atual diploma coloca a solução consensual como um objetivo a ser alcançado, dentro do possível, com o estímulo do Estado e daqueles que atuam no processo. Com isso, modificou-se profundamente a estrutura do procedimento comum.

Diante da impossibilidade do Judiciário em prestar adequadamente a jurisdição em razão do acúmulo crescente de feitos processuais, a solução consensual de conflitos mereceu especial atenção do legislador, sendo principais protagonistas do processo, juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, orientados a estimular a solução consensual através da conciliação e mediação (WANBIER et al., 2016).

NEVES (2016), contudo, posiciona-se contra a priorização dos meios consensuais de resolução de conflitos como a solução para os problemas no campo dos conflitos de interesses. Depois de reconhecer algumas vantagens da solução consensual de conflitos, tais como a pacificação social obtida a partir de um acordo construído pelas partes e a redução de processos, o autor assim discorre:

O que me causa extremo desconforto é notar que a valorização da conciliação (a mediação é ainda embrionária entre nós) leve-nos a ver com naturalidade o famoso ditado de que mais vale um acordo ruim do que um processo bom. Ao se concretizar tal estado de coisas, estaremos definitivamente renunciando ao respeito do direito e decretando a falência do Poder Judiciário (NEVES, 2016, p. 17).

Adiante, continua o autor:

(...) ao se consolidar a política da conciliação em substituição à jurisdição, o desrespeito às normas de direito material poderá se mostrar vantajoso economicamente para sujeitos que têm dinheiro e estrutura para aguentar as agruras do processo e sabem que do outro lado haverá alguém lesado que aceitará um acordo, ainda que desvantajoso, somente para se livrar dos tormentos de variadas naturezas que o processo atualmente gera. O desrespeito ao direito material passará a ser o resultado de um cálculo de risco benefício realizado pelos detentores do poder econômico, em desprestígio evidente do Estado Democrático de Direito (NEVES, 2016, p. 18).

Com a devida vênia, ousamos discordar do autor. Com efeito, a mediação é um processo que busca uma solução que contemple a vontade das partes, o que se mostra inviável quando se recorre ao Poder Judiciário, pois o magistrado decidirá em favor de uma das partes, após a análise do conjunto de provas trazidas pelos litigantes. Nesse contexto, a mediação busca um acordo que beneficie a ambas as partes, sendo essas livres para desistir da composição a qualquer momento. Portanto, vislumbrando a parte a impossibilidade de obtenção de um acordo que lhe traga vantagens, é livre a parte para abrir mão da mediação e recorrer ao Poder Judiciário em busca de uma sentença que atenda às suas expectativas. Todavia, deve ser levada em consideração a possibilidade de revés no processo judicial, além do desgaste interpessoal causado pela judicialização da lide.

Há de se ressaltar ainda que a mediação não se propõe a substituir a jurisdição mas apenas auxiliá-la no atendimento aos cidadãos. Não vislumbramos também desrespeito ao direito material na conso-

lidação da conciliação. Por certo, o legislador não faria a previsão no diploma legal de um procedimento que fosse de encontro à própria legislação. O que existe nos meios compositivos é a adoção de princípios que os tornem mais céleres, como forma de desobstruir o Poder Judiciário, tais como a oralidade e a informalidade.

BUENO (2016) não vê o incentivo dos meios alternativos (ou consensuais) de solução de conflitos como uma derrota do Poder Judiciário ou como sua relegação a segundo plano. Segundo o autor,

O incentivo aos meios alternativos de solução de conflitos não quer significar e não pode querer ser entendido, contudo, como se a prestação da tutela jurisdicional pelo Estado-juiz, no exercício de sua função típica, seja uma “justiça” de segunda classe ou antiquada, representativa, necessariamente de formas e ritos formais que remontam ao passado do direito processual civil, quiçá às suas origens. Que ela pode ser residual, no sentido, de que os interessados buscaram, de todas as maneiras, uma composição consensual e não a conseguiram, devendo, por isso, reportar-se ao Poder Judiciário é uma constatação que não pode ser negada. A mentalidade, contudo, não pode ser a de uma derrota apriorística, fadados os interessados a se perderem nos escaninhos judiciais. Decisivamente não é isso o desejado pelo CPC de 2015 e antes dele pelas novas (e renovadas) formas de pensar o direito processual civil (BUENO, 2016, p. 83).

A mentalidade do Código de Processo Civil de 2015 é bastante diversa daquela do Código de Processo Civil de 1973, onde vigorava a atuação do processualista. O processo de hoje já traz consigo elementos não convencionais ou alternativos de solução de conflitos. A própria legislação extravagante traz consigo, cada vez mais frequentemente, disciplina específica acerca dos meios de resolução alternativa de conflitos, inclusive não jurisdicionais. Como exemplos podemos mencionar a Lei 13.140/2015 que traz importantes novidades para o tema mediação, inclusive a extrajudicial (arts. 21 a 23), e sobre a autocomposição de conflitos na administração pública (arts. 32 a 40).

Diante da crise atravessada pelo Poder Judiciário brasileiro, o qual possui um número sem-fim de processos aguardando decisão, gerando enorme descontentamento por parte da sociedade, concluímos que a mediação assume relevante papel na desobstrução do judiciário pátrio, na medida em que contribui para que as partes cheguem a um acordo extrajudicial, evitando-se assim o ajuizamento de mais uma ação. Ressalte-se ainda que os princípios norteadores da mediação, tais como o da oralidade e o da celeridade, permitem que a proporção de acordos extrajudiciais firmados supere, em muito, o de processos judiciais resolvidos, fazendo com que a demanda de feitos judiciais tenda a regredir com o passar do tempo, reacendendo a esperança de contarmos um dia com um eficiente sistema judicial.

CONCLUSÃO

O presente estudo teve por objetivo analisar a importância da mediação enquanto meio de desobstrução do Poder Judiciário. Partindo das teorias que justificam o surgimento do Estado como ente responsável por preservar a paz social, chegamos aos dias de hoje onde o Judiciário, detentor do monopólio da jurisdição, enfrenta graves crises que resultam em uma sobrecarga sem tamanho de processos, gerando acentuada insatisfação social. Em contrapartida, o aparato judicial de juizes e servidores mostra-se incapaz diante de tamanho número de processos.

Nesse contexto, os meios consensuais de resolução de conflitos surgem como métodos eficientes na resolução pacífica de controvérsias, auxiliando o Poder Judiciário na medida em que contribuem para o seu desafogamento, ao solucionar litígios que seriam levados ao conhecimento do Judiciário, ao mesmo tempo em que ajudam a preservar as relações sociais entre as partes por serem construídos acordos mutuamente favoráveis. A previsão da conciliação, mediação e de outros métodos de solução consensual de conflitos na legislação pátria extravagante deixa clara a intenção do legislador derivado em priorizar tais mecanismos na resolução de controvérsias.

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Manual de Mediação Judicial. Brasília: Conselho Nacional de Justiça (CNJ), 2015.
- BACELLAR, Roberto Portugal. Mediação e Arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. Mediação e Arbitragem. Saraiva: São Paulo, 2012.
- BÍBLIA. Português. Tradução do Novo Mundo das Bíblia Sagrada. São Paulo: Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 2015.
- BRASIL. Novo Código de Processo Civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso feito em 26/06/2016.
- BRASIL. Lei 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm, acesso feito em 26/06/2016.
- BUENO, Cássio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. Saraiva: São Paulo, 2016.
- CACHAPUZ, Rozane de Rosa. Mediação de Conflitos & Direito de Família. Curitiba: Juruá, 2003.
- CALMON, Eliana. Crise no poder judiciário. Correio Brasiliense, [S.I], n.º 11310, 18 abr. 1994. Caderno Direito e Justiça.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo Processo Civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2016.
- CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Tratado geral de arbitragem. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
- CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). Mediação de conflitos: um novo paradigma de acesso à justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- Conselho Nacional de Justiça. Relatório Justiça em Números 2015. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisducao/dados-estatisticos-priorizacao>, acesso feito em 26/06/2016
- FONSECA, Ana Carolina Costa e. Considerações sobre os Juizados Especiais Cíveis. Revista dos Juizados Especiais. Doutrina-Jurisprudência, Porto Alegre, n. 28/29, Abril/Agosto-2000.
- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito Processual Civil Esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2016.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MORAIS, José Luís Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- MOORE, Christopher W. O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos. Porto Alegre: Artmed, 1998.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. Salvador: JusPodivm, 2016.
- WANBIER, Teresa Arruda Alvim. et. al. Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO PODEM SER APLICADAS NA ATIVIDADE NOTARIAL COMO MEIO DE PROTEÇÃO À PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA? - UMA REFLEXÃO SOBRE O TEMA COM BASE NA DECISÃO DO CNJ EXARADA NA CONSULTA - 0003416-44.2016.2.00.0000.

MEDIATION AND CONCILIATION CAN BE APPLIED IN NOTARIAL ACTIVITY AS A MEANS OF PROTECTION TO REAL ESTATE PROPERTY? - A REFLECTION ON THE SUBJECT BASED ON THE DECISION OF THE CNJ STATED IN THE CONSULTATION - 0003416-44.2016.2.00.0000.

Maria Darlene Braga Araújo Monteiro

RESUMO: O direito de propriedade considerado em termos absolutos, tal como nasceu no Estado Liberal, não mais persiste. Encontra diversas limitações, mas merece proteção legal, uma delas efetivada através da atividade notarial, função pública, exercida em caráter privado, por meio de delegação. O notário, no exercício de suas atividades, pode utilizar-se da mediação como meio alternativo de solução de conflitos que surgirem no momento da transação imobiliária, como uma forma de prevenir litígios e, com isso, colaborar para a efetivação do direito fundamental à propriedade/moradia, através da segurança jurídica que fundamenta a existência de tal atividade no ordenamento jurídico pátrio. Por fim, faz-se uma análise da decisão do CNJ que transmite entendimento de que "é vedada a realização da atividade de conciliação e/ou mediação pelas autoridades cartorárias no âmbito extrajudicial", mesmo que alguns tribunais já tivessem regulamentado a matéria por meio de provimento. Conclui-se considerando que tal decisão está na contramão dos ditames fixados pelo novo CPC.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de Propriedade. Serviços Notariais. Notários. Mediação. Conciliação.

ABSTRACT: The right of property considered in absolute terms, as it was born in the Liberal State, no longer persists. It encounters several limitations, but deserves legal protection, one of which is carried out through the notarial activity, public function, exercised in a private character, through delegation. In the exercise of its activities, the notary may use mediation as an alternative means of resolving disputes arising at the time of the real estate transaction, as a way of preventing litigation and thereby collaborate in the realization of the fundamental right to property / dwelling, through the legal security that bases the existence of such activity in the legal order of the country. Finally, an analysis is made of the decision of the CNJ, which conveys the understanding that "it is forbidden to carry out conciliation and / or mediation by the judicial authorities in an extrajudicial context", even though some courts had already regulated the matter through provision. It is concluded that such a decision is contrary to the dictates of the new CPC.

KEYWORDS: Property Rights. Notary services. Notaries. Mediation. Conciliation.

A Linguagem não só permite o intercâmbio de informações e de conhecimentos humanos, como também funciona como meio de controle de tais conhecimentos.

Luis Alberto Warat

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A abordagem se inicia com a evolução da concepção do direito de propriedade, abordando concepções de filósofos com Hans Kelsen, Herbert Hart e Alf Ross e funda-se na necessidade de elaborar artigo científico sobre "A mediação na atividade notarial – instrumento de efetivação da propriedade imobiliária", direito fundamental por excelência.

Através da pesquisa realizada, conclui-se, que o direito de propriedade é tão importante que o legislador originário cuidou de protegê-lo, erigindo-o à qualidade de direito fundamental. Portanto, todos os temas a ela relacionados, comunicam-se diretamente com a vida do homem, principalmente do homem inserido em um contexto social, cercado por necessárias limitações aos seus direitos.

Desde a época mais remota da civilização, o homem buscava a segurança física, no intuito de preservação da vida contra os perigos da natureza. Hodiernamente tem a mesma necessidade de abrigo, o que acaba nutrindo o sonho da propriedade imóvel, que muitos acalentam durante anos até concretizá-lo.

Nota-se ainda, que a concepção de propriedade acompanha o momento político histórico das sociedades. Atualmente, onde o Estado Democrático de Direito encontra-se próspero, a propriedade perdeu o caráter absoluto de outrora, o que é facilmente comprovado pelo texto da Carta Magna vigente. Neste sentido, pode-se afirmar que a Constituição Federal de 1988 identificando a grande carência de moradia, abraçou o princípio da função social da propriedade, colaborando para que o direito de propriedade, antes perpétuo, individual e intocável, sofresse crescente publicização, diante da existência de uma norma suprema que condiciona o direito de propriedade ao atendimento de sua função social, ligando a propriedade aos princípios de ordem econômica com a finalidade de possibilitar dignidade humana e justiça social.

Grande parte da população economiza anos a fio com o intuito de um dia poder adquirir um imóvel e diante dos sacrifícios que antecedem compra, seu valor se torna inestimável. Ciente deste contexto, o legislador constitucional, no Art. 236, prevê a atividade notarial, a qual encontra-se regulada na Lei nº 8.935/94. Ademais, o Art. 108 do Código Civil pátrio, preceitua a essencialidade da escritura pública para os negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no país.

Todavia, transações imobiliárias que envolvem imóveis cujos valores são inferiores ao fixado pelo legislador infraconstitucional, também merecem a segurança impelida pela atividade notarial. Assim, determinar a essencialidade do instrumento público só para as transações imobiliárias de imóveis de determinado valor, torna-se um entendimento temerário, posto que alguém que economizou anos para comprar um imóvel de baixo valor econômico será tão sedento de segurança jurídica para o seu negócio quanto aquele que compra um imóvel luxuoso, por exemplo. Nas duas situações mencionadas, as partes almejam a mesma segurança jurídica, a qual pode ser atingida quando o negócio for materializado através de um instrumento público.

No panorama global, a atividade notarial é indispensável à realização dos negócios imobiliários na grande maioria dos países. No Brasil, essa também é a regra geral, excepcionada por legislação esparsa que criou a figura do instrumento particular com força de escritura pública.

Outrossim, é importante lembrar, que mesmo com a faculdade de efetivarem o negócio imobiliário por meio de instrumento particular, muitas pessoas buscam a segurança jurídica do ato notarial, e ainda, em muitos casos, o notário é procurado por pessoas que sequer estão envolvidas em transações imobiliárias, apenas por acreditarem em sua técnica e fé pública, atributos inerentes à delegação recebida do Estado.

O presente trabalho objetiva, portanto, demonstrar que a atividade notarial é um instrumento de grande relevância para a pacificação social, assim como a mediação e a conciliação. Ambas, visam ouvir as partes, traduzir livremente suas vontades e aproximá-las de suas satisfações, concretizando ideais democráticos.

Considerando-se a relevância do instrumento público, dar-se-á continuidade ao desenvolvimento do tema com um estudo sobre a atividade notarial, pautada no que estabelece a Lei dos Notários e Registradores, como também dos princípios basilares que norteiam esta atividade, destacando-se a função notarial, suas atribuições, competência, responsabilidade e a fé pública.

Em seguida, a mediação e a conciliação passam a ser abordadas, para que se possa vislumbrar sua aplicação na atividade notarial como forma de prevenção de litígios e de solução dos existentes.

Ademais, será abordada a decisão terminativa do Conselheiro Lelio Bentes Corrêa, do Conselho Nacional de Justiça, exarada na Consulta nº 0003416-44.2016.2.00.0000, tendo como requerente Max Martins dos Santos de Oliveira e outros.

A metodologia utilizada baseou-se em um estudo descritivo-analítico, desenvolvido por meio de pesquisa, segundo a utilização dos resultados pura, uma vez que tem como finalidade o interesse intelectual e o aprofundamento dos conhecimentos sobre a aplicabilidade da Mediação e a Conciliação nas serventias notariais como meio de proteção ao Direito de Propriedade. Além disso, a pesquisa quanto à abordagem é qualitativa e segundo os objetivos é descritiva. Por fim, para fundamentar o estudo buscou-se em vários doutrinadores que tratam da propriedade privada, da atividade notarial e da mediação e conciliação, bem como a legislação e publicações especializadas, haja vista que tratou-se de pesquisa do tipo bibliográfica.

Por fim, não se pode olvidar que a análise deste tema configurou tarefa árdua, a qual foi aceita com a curiosidade que me é inerente. Outrossim, resta asseverar que a pesquisa tem o condão de contribuir para a evolução da ciência e, conseqüentemente, influenciar o aprimoramento das relações entre os homens e a propriedade imobiliária, especificamente relacionada com sua busca pela regularidade cadastral, que gera segurança jurídica e pacificação social, além de uma grande satisfação pessoal e crescimento econômico do país.

1 A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE

Não se pode falar na importância da atividade notarial sem tratar sobre o direito de propriedade albergado em nosso ordenamento jurídico como direito, previsto no art. 5º, XXII, da Magna Carta, objeto da segurança jurídica oriunda da prática dos atos notariais. Nesse sentido, Afonso Celso Rezende⁵⁶, ao falar sobre a origem do direito de propriedade, assevera o seguinte:

O direito de propriedade nasceu com a sociedade, sentido definido como o direito de usar, gozar e dispor das coisas da forma mais absoluta, desde que delas não se faça uso proibido pelas leis ou pelos

⁵⁶ REZENDE, Afonso Celso. Tabelionato de Notas e o Notariado Perfeito. p.11.

regulamentos. No fundo, na base, este direito tem o caráter de delegação, pois consiste na atribuição que o Estado (nação) confere ao titular para que este use, goze e disponha de uma coisa.

Tamanha a importância histórica e social de tal direito, que a discussão sobre o tema viaja pelo campo da Filosofia e do Direito. Dentre os juristas, desperta interesse entre civilistas, constitucionalistas e os mais diversos profissionais do Direito.

Neste sentido, Kelsen⁵⁷ afirma que “o problema mais crucial de nosso tempo é o princípio da propriedade privada e a justiça do sistema jurídico e econômico fundamentado nesse princípio”. E continua⁵⁸ seu pensamento discorrendo o seguinte:

De fato, os mais destacados defensores do Direito natural, de Grotius a Kant, fizeram o melhor que puderam para provar que a propriedade privada é um direito sagrado conferido pela natureza divina ao homem”. Todavia, “era muito difícil provar que a propriedade privada, isto é, o domínio sobre uma coisa por um homem, com exclusão de todos os outros, estavam em conformidade com a natureza tal como criada por Deus.

Já Alf Ross⁵⁹, discorrendo sobre o tema, em análise crítica sobre o direito natural, aborda o direito de propriedade mencionando que:

Nos campos social e econômico o direito natural do século XVIII pregou um individualismo e liberalismo extremos. A inviolabilidade da propriedade privada e a ilimitada liberdade contratual foram os dois dogmas que o século XIX herdou do direito natural, dogmas que foram afirmados na prática dos tribunais norte-americanos para invalidar muitas leis de caráter social.

O civilista Silvio de Salvo Venosa⁶⁰ defende a ideia de que “negar a propriedade individual é negar a própria natureza humana”. Ainda analisando o posicionamento dos filósofos acerca da propriedade, é conveniente destacar que Herbert Hart⁶¹ leciona sobre o direito positivo e a existência de um mínimo de direito natural nele inserido. E neste mínimo, estaria incluído o truismo dos recursos limitados, pois defende a seguinte teoria:

Constitui um simples facto contingente que os seres humanos necessitem de comida, roupas e abrigo e que estes bens não existem à mão com abundância ilimitada, mas sejam pelo contrário, escassos, tenham de ser cultivados ou arrancados à natureza, ou tenham de ser construídos pelo esforço e trabalhos humanos. Estes factos tornam só por si indispensáveis certa forma mínima de instituição da propriedade (embora não necessariamente da propriedade individual) e a espécie distintiva de regra que exige respeito por aquela.

“Em Roma, desde a sua origem, a propriedade sempre foi individual”, como afirma o civilista Caio Mário da Silva Pereira⁶², realçando com esta ideia que naquela época a propriedade era um nítido divisor de classes sociais e nem todo povo podia ser titular de tal direito. Progressivamente, o direito de propriedade foi sendo estendido da classe dos patrícios aos clientes, ou seja, através de um processo social de lutas como já afirmado anteriormente.

No período feudal, a propriedade privada assumia importante papel para a constituição dos feudos. Cada um com suas próprias normas, instituições e estruturas sociais, onde a propriedade tinha importante papel de estratificação social. Neste período, vislumbra-se a dimensão do direito de propriedade segundo o interesse da classe dominante, para a qual interessava que as terras agricultáveis fossem consideradas como feudos da realeza e concedidas aos senhores feudais para exploração perpétua e vitalícia, dividindo-se em domínio direito e útil, o que chegou até nossos dias como o instituto da enfiteuse, não recepcionado pelo Código Civil de 2002 para bens particulares, mas mantido para bens de domínio da União, nos termos do disposto no art. 2.038, § 2º, Código Civil Brasileiro e Decreto-lei nº 9.760, de 05 de Setembro de 1946.

Verifica-se, portanto, que a organização política de uma sociedade reflete diretamente na maneira como a propriedade é tratada em diversos momentos da história do homem. O que leva Venosa⁶³ a concluir que:

Sem dúvida, embora a propriedade móvel continue a ter sua relevância, a questão da propriedade imóvel, moradia e o uso adequado da terra passam a ser a grande, senão a maior questão do século XX, agravada nesse início de século XXI pelo crescimento populacional e empobrecimento geral das nações. Este novo século terá sem dúvida, como desafio, situar devidamente a utilização social da propriedade.

57 KELSEN, Hans. O que é Justiça? p.155

58 KELSEN, Hans, op. cit. 155

59 ROSS, Alf. Direito e Justiça. p. 303

60 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Vol. 5. p. 159

61 HART, Herbert L.A. O Conceito de Direito. p. 212

62 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. p. 65

63 VENOSA, Sílvio de Salvo, op. cit., p. 1153-1154

Ainda nesta linha de desenvolvimento de raciocínio, Miracy Barbosa de Souza Gustin⁶⁴, ao comentar as teorias de Bobbio menciona que "Para Bobbio, cada vez mais, os chamados direitos do homem exigem a referência a contextos sociais determinados".

Hodiernamente, sabe-se que a propriedade, desde que entendida não como o direito real que uma pessoa determinada concretamente tem sobre um dado bem móvel adquirido, mas como direito de aquisição, ou seja, capacidade jurídica, está enquadrada no rol dos direitos fundamentais, aqueles considerados sumamente valiosos, essenciais, vitais, indispensáveis, ou seja, um mínimo de direitos que devem ser preservados para que o homem possa viver em sociedade e preservar sua espécie.

Desta forma, considerando os direitos humanos fundamentais como um mínimo, conclui-se que não são absolutos. São limites impostos com a finalidade de preservação de tais direitos, mas nunca para serem compreendidos de maneira absoluta.

Corroborando com este pensamento, o constitucionalista brasileiro Alexandre de Moraes⁶⁵ afirma o seguinte: "Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas)".

Em última análise, os direitos humanos fundamentais são entendidos como instrumentos de alcance da paz, uma vez que respeitadas as individualidades, diminui-se as hostilidades. Como princípios universais, os direitos humanos são invioláveis, autônomos, irrenunciáveis, inalienáveis, imprescritíveis e inextinguíveis, como nos diz a tese desenvolvida por Valério de Oliveria Mazzoli⁶⁶.

Não se pode olvidar, portanto, que até mesmo os direitos fundamentais possuem suas limitações, assim como José Rodrigues Arimatéa⁶⁷ afirma: "A propriedade é um direito individual, mas nenhum direito individual é absoluto, comportando, portanto, limitações em favor do bem comum".

Neste contexto, é oportuno afirmar que no Brasil, país onde reina a democracia, há necessidade de um equilíbrio entre os valores da igualdade e da liberdade. Sabe-se que este equilíbrio é um ideal almejado, uma bandeira política constantemente levantada. O importante é que ambos os valores citados, foram erigidos à categoria de direitos constitucionalmente consagrados. Nesse contexto, se insere o serviço notarial, como ferramenta para auxiliar a proteção de tais direitos constitucionais,

Lembre-se, por oportuno, que uma das condições impostas ao direito de propriedade pela nossa ordem constitucional, para alcance deste equilíbrio, é a função social. Na Constituição Federal de 1988, o art. 5º, XXIII, dispõe expressamente que: "a propriedade atenderá a sua função social" e o Código Civil de 2001 segue a esteira deste raciocínio arrematando no art. 421 e 1.228, §§ 1º ao 5º, que os contratantes e os proprietários também devem observar a função social da propriedade.

Tal noção traduz a atual dimensão do direito de propriedade, em contraposição a visão individualista que dominava as antigas sociedades. Sobre o assunto, Alexandre de Moraes⁶⁸ afirma que "Dessa forma, a Constituição Federal adotou a moderna concepção de direito de propriedade, pois ao mesmo tempo em que consagrou como direito fundamental, deixou de caracterizá-lo como incondicional e absoluto".

Desfruta do mesmo entendimento Helly Lopes Meirelles⁶⁹, segundo o qual: "Predomina em nossos dias a idéia da relatividade dos direitos", e ainda menciona que "De um liberalismo extremado que privatizou o Direito Público evoluímos para um socialismo atenuado, que vem publicizando o Direito Privado". Concluindo, com isso, o seguinte: "Do embate individual e o social resultou a composição de interesses, numa síntese feliz em que se conciliam as prerrogativas do indivíduo com as exigências da sociedade, para uma melhor justiça distributiva".

Neste sentido, cite-se o Estatuto da Cidade, Lei nº 1.257, de 10 de Julho de 2001, no art. 1º, parágrafo único, que assim prescreve: "Para todos os efeitos, esta Lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental".

As relações sociais derivadas do Estado Democrático de Direito, onde nos encontramos, exige uma abordagem do direito de propriedade sob uma ótica mais solidária, contrapondo-se à tradicional concepção de direito ilimitado, razão pela qual nosso constituinte originário previu que a propriedade atenderá a sua função social (art. 5º, XXIII), o que configura a possibilidade de intervenção estatal na propriedade privada e constitui uma limitação constitucional ao direito de propriedade. Constata-se, então, que a Constituição Federal aborda a propriedade privada de forma contemporânea, protegendo-a, mas exigin-

64 GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. Das Necessidades Humanas aos Direitos: Ensaio de Sociologia e Filosofia do Direito, p. 144

65 MORAES, Alexandre. Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. p. 46

66 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direitos Humanos & Cidadania: À luz do novo Direito Internacional, p. 62-65

67 ARIMATÉA, José Rodrigues. O Direito de Propriedade: Limitações e Restrições Públicas, p. 26

68 MORAES, Alexandre, op. cit., p. 173

69 MEIRELLES, Helly Lopes. Direito de Construir, p. 24-25

do que cumpra sua função social, no intuito de propiciar o desenvolvimento econômico das cidades e ampliar o bem-estar dos cidadãos. Na concepção de Ricardo Aronne⁷⁰:

A função social da propriedade vem densificar o princípio da igualdade, cidadania e da dignidade da pessoa humana". E ainda, que: "O Poder legislativo Pátrio há muito vem buscando novos contornos ao estado proprietário, oferecendo vasto tratamento legal à matéria, do qual o mais importante, em dúvida, reide na positivação, não recente, do princípio da função social.

Ainda sobre a função social da propriedade, José Rodrigues Arimatéa⁷¹ leciona da seguinte forma: "A função social exige que o proprietário exerça seu direito para alcançar fins individuais lícitos e concomitantemente atenda às exigências do bem comum".

Todavia, para que a função social deixe de ser um ideal perseguindo e passe à realidade, o ordenamento tem que dispor de ferramentas que auxiliem a materialização da mesma. Neste sentido, pode-se afirmar que a atividade notarial configura um instrumento para alcance da função social da propriedade, no sentido de conferir segurança jurídica aos negócios imobiliários, criando uma estabilidade econômica e uma melhor circulação dos bens imóveis, que por serem considerados investimentos seguros, acabam se transformando em investimentos atrativos, o que reflete em toda a economia do país.

No estudo sobre as cidades, Isabel Cristina Oliveira⁷² menciona que: "Os problemas urbanos não são novos. Fazem parte do cotidiano de nossas cidades e cada vez mais se avolumam: periferias longínquas e desprovidas de serviços e equipamentos urbanos essenciais; favelas, invasões, vilas e alagados nascem e se expandem; a retenção especulativa de terrenos é constante; o adensamento e a verticalização sem precedentes, podem ser verificados com freqüência; a poluição das águas, do solo e do ar assume grandes proporções; dentre outros variados e negativos aspectos".

Tais problemas têm como pano de fundo o fenômeno da urbanização desordenada e o conseqüente crescimento da população urbana no país. E trazem como herança nefasta não apenas o problema da moradia.

Sabe-se, que muitos problemas sociais vivenciados nos centros urbanos são constitucionalmente amparados sob o prisma de direitos fundamentais, como a moradia. Dentro deste contexto, poder-se-ia concluir rapidamente que por se tratar de direito fundamental, a moradia é um direito de aplicabilidade imediata, nos termos do art. 5º, § 1º da Constituição Federal. No entanto, alguns direitos fundamentais, como é o caso dos direitos sociais, dentre eles a moradia, necessitam de políticas urbanas para que possam concretizar-se, possuindo apenas eficácia jurídica plena, mas não real.

A atividade notarial pode ser considerada como um mecanismo que possibilita a aplicabilidade de direitos fundamentais, tais como a moradia e a propriedade privada, que são vitais à dignidade da pessoa humana. Assim, para a garantia desse direito, o Estado cria normas positivas e a sociedade as recepciona.

Ressaltando ainda mais a importância do tema e de seu estudo, não é demais lembrar que a propriedade da terra integra a própria noção de Estado. Tanto é assim que não há Estado sem território e este é a soma das propriedades públicas e privadas contidas num determinado espaço. Neste sentido, Celso Antônio Pacheco Fiorillo⁷³ escreve que:

É exatamente em decorrência da questão do território que necessitamos enfrentar, nos dias de hoje, o conceito de cidade. Nos chamados países desenvolvidos - Estados Unidos e alguns países da Europa - o equilíbrio do território é salvaguardado pelos planos da autoridade pública, o desenvolvimento das cidades é controlado de maneira razoável e em algumas exigências estabelecidas pela pesquisa teórica - uma casa por preço razoável, uma circulação de pedestres protegida do tráfego motorizado, um conjunto de serviços facilmente acessíveis - são garantidos praticamente à maioria dos cidadãos.

Da lição acima, depreende-se a importância do território e também das cidades, núcleos menores de interesses, diretamente relacionados com a noção de propriedade, pois é na cidade que o cidadão exerce o seu direito de propriedade no sentido individual e a partir daí se desdobram outros institutos de direito que espalham a visão coletiva da propriedade.

Nesta linha de raciocínio, é fácil extrair novamente a idéia de que existe propriedade como sendo direito individual, coletivo e interesse social. Assim, o Estado (união indivisível da população, o território e o poder político) regula a proteção do direito de propriedade, a serviço da idéia procedente da vontade social, destinada a conduzir a população ao bem comum e capaz de impor aos membros a atitude que ela prescreve, através da força do poder público.

Em tempos de outrora, a desapropriação era o único instrumento de política urbana que o Poder Público dispunha para alcançar a utilização da propriedade urbana em prol da coletividade. Com o ad-

70 ARONNE, Ricardo. Propriedade e Domínio: Reexame Sistemático das Noções Nucleares de Direitos Reais, p. 204

71 ARIMATÉA, José Rodrigues, op. cit., p. 51

72 OLIVEIRA, Isabel Cristina Eiras de. Estatuto da Cidade: para compreender, p. 02

73 FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Estatuto da cidade comentado, p. 11

vento do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), outros mecanismos de alcance de tal interesse, assim como o IPTU progressivo no tempo; a usucapião especial de imóvel urbano; o direito de superfície; o parcelamento, a edificação ou utilização compulsórias do solo; o direito de preempção; a outorga onerosa do direito de construir; o impacto de vizinhança e a transferência do direito de construir.

Todos estes instrumentos de política urbana, inseridos no Estatuto da Cidade incorporam significativa relevância para a moderna concepção do direito de propriedade, mais abrangente, menos egoísta e individualista, com o fulcro de efetuar a regularização fundiária, "procedimento pelo qual se busca tornar lícita, isto é, amparada pelo Direito, a ocupação da terra nos casos em que o acesso àquele bem tenha ocorrido por meio irregular".⁷⁴

Neste contexto, os serviços notariais previstos no ordenamento jurídico brasileiro, assumem importante papel ao conferir segurança às transações imobiliárias, auxiliar o Estado no desenvolvimento econômico e ao prestar informações e orientações jurídicas às partes que buscam as serventias especializadas.

2 OS SERVIÇOS NOTARIAIS

Os serviços notariais são de natureza técnica e administrativa e visam garantir a publicidade, autenticidade, segurança, e eficácia dos atos jurídicos. São realizados por profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial. Tais serviços são prestados pessoalmente por notários ou tabeliães, ou por seus prepostos e devem ser concebidos como uma organização que se fundamenta, principalmente, na busca da certeza jurídica por aqueles que requerem seus serviços.

A norma constitucional estabeleceu que a legislação ordinária deveria regulamentar as atividades notariais e registrais, bem como disciplinar a responsabilidade civil e criminal dos notários e registradores, definindo a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

Foi assim, que em 18 de novembro de 1994, editou-se a Lei nº 8.935, que veio regular os serviços notariais e registrais em nosso país, deixando clara a independência no desempenho destas atividades, bem como explicitando que a fiscalização atribuída ao Poder Judiciário é apenas quanto à qualidade dos serviços prestados por estes agentes.

Walter Ceneviva⁷⁵ conceitua o serviço notarial, como sendo "a atividade de agente público, autorizado por lei, de redigir, formalizar e autenticar, com fé pública, instrumentos que consubstanciam atos jurídicos extrajudiciais do interesse dos solicitantes, sendo também permitido a autoridades consulares brasileiras, na forma de legislação especial".

A atividade notarial deve ser compreendida como uma função que deve ser realizada de acordo com o disposto na legislação pertinente, de forma a possibilitar que os atos jurídicos emanados desta serventia possam garantir autenticidade, segurança e eficácia jurídica a todas as pessoas que busquem os seus serviços, como também deve a atividade notarial ser compreendida como autêntica instituição jurídica, uma vez que provém da necessidade de veracidade nas relações contratuais e situações jurídicas que se estabelecem entre os indivíduos no meio social.

Os atos notariais geram presunção relativa de verdade, razão pela qual os conflitos intermediados pelos notários com a utilização da mediação e conciliação, têm grande repercussão jurídica, levando satisfação às partes envolvidas, em razão da segurança que envolve os mesmos.

Vasconcelos e Cruz⁷⁶ lecionam que o exercício da atividade notarial requer conhecimento da lei e da arte, o notário aplica a lei no caso em que os interessados lhe submetem, procurando sempre encontrar fins lícitos para concluir a declaração de vontade pleiteada, vencendo dificuldades técnicas e práticas, devendo sempre unir as duas de conformidade com os interesses dos requerentes. Analogamente, o mediador também deve observar suas restrições técnicas e conciliar somente temas para os quais está capacitado. Já a confiança que as partes depositam nesses profissionais, os conduz a ser mediadores naturalmente procurados, desde que o serviço seja estimulado perante a sociedade que crie a cultura de procurar os tabelionatos de notas não apenas para a prática de atos notariais, mas também para ajudá-los a dirimir conflitos.

A função notarial apresenta, portanto, um caráter jurídico, cautelar, imparcial, público e técnico. Sobre o caráter jurídico da função notarial, está pautado no fato de que o notário é um intérprete da vontade das partes, captando as situações de natureza fática para transformá-las em jurídicas. O notário recebe das partes as solicitações patrimoniais ou morais e, em seguida, as analisa e busca uma solução jurídica, cautelarmente. Na medida que o notário desenvolve uma tarefa no campo da prevenção dos riscos que a incerteza jurídica possa acarretar aos seus clientes, exerce uma atividade de pacificação, e poderá ser mediador ou conciliador, dependendo do conflito que se apresente.

74 OLIVEIRA, Isabel Cristina Eiras de, op. cit., p. 41

75 CENEVIVA, Walter. Lei dos Notários e Registradores Comentada. p. 22

76 VASCONCELOS, Julenildo Nunes e CRUZ, Antônio Augusto Rodrigues. Direito Notarial – Teoria e Prática, p. 07

Em decorrência do que foi exposto, constata-se que as pessoas buscam nos serviços notariais um assessoramento jurídico, prestado por um profissional do direito que analisa suas pretensões e angústias com imparcialidade, à luz da legalidade, objetivando a segurança jurídica dos negócios.

Buscando demonstrar a importância do documento de transação feito em uma serventia notarial, não se poderia deixar de falar da fé pública do notário, que é o elemento que confere certeza e segurança aos atos jurídicos dos particulares e entes públicos. É pela fé pública que o ato notarial se torna a representação exata e correta da realidade, a certeza ideológica, como também alcança um sentido jurídico, ou seja, evidência e força probante atribuída pelo ordenamento quanto à intervenção do oficial público em determinados atos ou documentos.

O Estado, como representante do povo, atribui constitucionalmente a determinados cidadãos, o direito de representação para determinadas tarefas, contribuindo para paz social que todo Estado de Direito Democrático procura. Assim sendo, através de um mandamento legal, a fé pública é outorgada a esses operadores do mundo jurídico, como decorrência das especificidades naturais da profissão. Logo, a atribuição da fé pública tem por finalidade tornar os atos praticados por estes profissionais, autênticos, transformando-se em instrumentos de prova somente contestáveis por falsidade comprovada em juízo, assim como preceitua Cláudio Martins⁷⁷.

A fé pública atribuída ao notário decorre de um preceito legal. Enquanto depositários da fé pública, os notários exercem uma função que obedece aos preceitos de liberdade, justiça, segurança jurídica, igualdade e demais valores institucionalizados. O fundamento da existência da fé pública encontra-se na vida social, que requer estabilidade em suas relações, para que venham alcançar a evidência e permanência legal. A sociedade anseia pela segurança jurídica. Em decorrência da fé pública notarial, são os tabeliães plenamente responsáveis pelos atos que praticam nas diversas esferas, mais um fator de segurança para os negócios jurídicos.

A principal finalidade da fé pública é a segurança jurídica que deve imperar nas relações negociais, cujo valor atinge um raio de ação na totalidade do ordenamento jurídico, tanto assim, que a maior segurança de um documento notarial está na razão do mesmo ser público, quando proclama a finalidade e certeza jurídica ali existente, funcionando, assim como instrumento de garantia e de extensão dos direitos privados na esfera acautelatória de litígios eventuais. Sobre o assunto discorre Miriam Saccol Comassetto⁷⁸ em sua obra a Função Notarial como Forma de Prevenção de Litígios afirmando:

O notário é responsável pela prestação de direção jurídica dos particulares na esfera da espontânea realização do direito. Tem a tarefa de captar a vontade das partes e, funcionando como consultor jurídico de seus clientes, assessora-lhes na busca da solução mais adequada àquela situação que lhe foi imposta. Exerce sua atividade com bastante cautela, presteza e imparcialidade, com o objetivo de dotar os seus atos de certeza jurídica. Assim sendo, o notário, pela forma como desempenha a sua atividade, previne litígios, já que os atos emanados de seu serviço gozam de segurança jurídica gerando a harmonia social.

O caráter cautelar da função notarial tem como resultado um providencial mecanismo preventivo de litígios, por serem os notários, na realidade, instrumentos a serviço da Justiça, tendo uma atuação necessariamente equilibrada e institucionalizada. Além da posição formal de conciliador entre público e privado, assume também uma posição que dá equilíbrio às negociações, quando se apresenta como consultor das partes na formação e expressão da vontade juridicamente válida.

Observa-se, portanto, que o notário ao exercer uma função plena de assessoramento às partes, abrangendo diversas etapas desde a informação de forma imparcial acerca da legislação, a configuração da vontade das partes, através de seus depoimentos, o controle da legalidade e da legitimidade, faz com que sua função seja equiparada inclusive, à figura do mediador, que evita a formação de processos e contribui para o resguardo da paz e a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Isto posto, conclui-se que ao se efetivar uma negociação de compra e venda de um imóvel através de instrumento público, por exemplo, estar-se-á prevenindo litígios partindo-se dos princípios que norteiam a função notarial que prima pela segurança dos negócios realizados sob sua égide, e ao caráter acautelatório que se faz presente nos atos emanados da atividade notarial que prima pela operacionalidade adequada, não se fazendo, portanto, objeto de discussão judicial. Fazendo, inclusive, mediações no curso da lavratura de atos notariais, como é muito comum acontecer, por exemplo, nas partilhas decorrentes de inventários e divórcios, mas essas mediações e conciliações podem ser elásticas para muitas outras situações.

77 MARTINS, Cláudio. Teoria e Prática dos Atos Notariais, p. 33

78 COMASSETTO, Miriam Saccol. A Função Notarial Como Forma de Prevenção de Litígios, p. 138-138

3 A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO

Ao tratar sobre a atividade notarial, automaticamente falou-se sobre alguns princípios e objetivos da mediação e da conciliação. No entanto, antes de concluir sobre a relação entre a mediação, a conciliação e a atividade notarial, é necessário tecer comentários sobre o que vem a ser a mediação e a conciliação como meios de solução de conflitos. Métodos já muito conhecidos de alguns, mas ainda um tanto quanto desconhecidos para o meio dos serviços notariais.

Sabe-se que existem vários meios de solução de conflitos, desde o "olho por olho, dente por dente" até a busca ao Judiciário. Pode-se dizer ainda, que no "mundo vivido"⁷⁹ existem vários instrumentos para solução de conflitos, uns constitucionais outros inconstitucionais e até mesmo os ilegais, injustos ou imorais.

Não se pode esquecer também que tais mecanismos só existem porque há conflitos e estes são inerentes ao homem, à sua diversidade e complexidade. Nem mesmo um único homem, considerado em si mesmo, pode afirmar que não possui conflito. A razão humana, a natureza humana, enfim, o homem são enigmas que várias ciências se dedicam a estudar, daí a necessidade da interdisciplinariedade entre as mesmas, pois como entender o homem e tentar ajudá-lo a solucionar seus conflitos internos e externos, consigo, com seus semelhantes e com a sociedade, sem examinar elementos relacionados com a sociologia, psicologia, filosofia e Direito?

Dentro deste contexto, mister se faz destacar que podem ser verificados vários tipos de conflitos, como por exemplo: pessoas com o mesmo interesse, ou seja, desejam a mesma coisa material (dividir uma casa, carro etc); pessoas com interesses divergentes (a mulher quer receber pensão alimentícia e o marido não quer pagar ou diverge do montante requerido); podem versar sobre bens materiais ou não; envolvem ou não uma segunda pessoa (conflitos internos ou de sentimentos); têm natureza ética, hermenêutica, cultural, política, religiosa, econômica etc; podem ser reais ou aparentes (às vezes um conflito sentimental é externado num conflito material).

O conflito é antagônico à paz (estágio social onde há ausência de violência e concretização dos direitos fundamentais), portanto, num estado democrático de direito, deve ser solucionado desde a sua raiz, ou seja, um conflito não deve ser dirimido somente por imposição de normas legais, mas algo construído pelas partes envolvidas e que as satisfaça sentimentalmente, pois com isso ganha toda a sociedade.

A mediação é um método de solução de conflitos onde uma terceira pessoa (mediador - pessoa capaz e da confiança das partes) interfere na discussão de forma segura e imparcial, com base em princípios e técnicas, tais como a escuta ativa (ação/escuta – necessária à comunicação, pois estimula a fala), sem intervir no conflito, atribuindo responsabilidades e não culpa às partes envolvidas, diminuindo a animosidade e trazendo as pessoas à razão, propiciando o reestabelecimento do diálogo. Para isso, o mediador deve ser pessoa especialmente treinada para atuar neste procedimento.

Assevera-se ainda, que a mediação, que deve se desenvolver em local adequado, ou seja, como ensina Lília Maia de Moraes Sales⁸⁰: "O local onde a mediação ocorre deve ser preparado para receber as pessoas de modo que estas possam sentir-se confortáveis, tranquilas e seguras".

Neste mesmo sentido, Boaventura de Sousa Santos⁸¹, ressalta a importância dos artefactos: "O espaço retórico do direito em Pasárgada, para além da Linguagem e do silêncio, é ainda composto de outros <materiais> a que dou a designação geral de artefactos. Os artefactos são, sobretudo, usados como instrumentos da retórica institucional que, apesar de correr paralela à retórica do litígio, como já foi referido, tem sobre esta uma ação por vezes decisiva". Complementa ainda o citado autor: "Entre os artefactos salientam-se o espaço físico (que nunca é só físico) da sede da associação, o mobiliário, os ficheiros, os carazes, as máquinas de escrever, os carimbos, os formulários, os dossiers de legislação, os estatutos, etc".

Assim, tanto o discurso do mediador como a expressão corporal e a linguagem das coisas que cercam o momento da mediação, são de extrema importância para o sucesso da mesma, o que a assemelha com o tecnicismo aplicado na atividade notarial.

Durante a sessão, o mediador deve fazer perguntas abertas e com entonação adequada, sem expressões faciais fortes e deixar de lado suas impressões sobre o conflito. Desta forma, nota-se facilmente que a tarefa do mediador é árdua, quase desumana, pois os sentimentos deste devem ser desprezados e ceder lugar ao diálogo das partes. Deverá ainda, buscar o diálogo justo, criando igualdade de condições entre as partes. Neste sentido o papel de seu comportamento durante a mediação é fundamental, pois a condução da discussão através de intervenções que busquem a solução do conflito pode trazer esclarecimentos à parte que estiver em desvantagem com relações às condições de diálogo e propiciar a satisfatória solução do conflito, fim a que se destina a mediação.

79 Expressão utilizada na Teoria de Habermas

80 SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediare: um guia prático para mediadores*, p. 45

81 SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*, p. 41

A mediação deve começar pela identificação das partes, seguida pela explanação sobre o processo de mediação, depois se fala sobre o conflito, oportunidade em que os participantes decidem quem vai iniciar as falas individuais e, finalmente, para o diálogo, devendo observar os princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

Neste momento, o mediador poderá intervir, mas sem induzir as partes e nem demonstrar suas pré-concepções, as quais devem ficar distantes do diálogo, devendo repetir o que os mediados falaram e apontar convergências e pontos positivos, criando uma condição propícia para o diálogo. Após o término da fala dos mediados, o mediador fará um resumo de tudo que foi dito e caminhar para as conclusões e formulação do acordo, o qual deverá ser redigido em linguagem que facilite a compreensão dos clientes. Ainda sobre o momento da mediação, e ratificando o que foi até agora defendido, é oportuno destacar o posicionamento de Juan Carlos Vezzulla⁸², a saber:

Já vimos os três aspectos que o mediador não deve nunca deixar de lado: 1) centralizar as discussões nos problemas e não nas pessoas; 2) investigar os interesses desarmando o discurso infértil da posição; e3) prestar muita atenção às emoções dos clientes para que, apontadas, sejam usadas positivamente na procura dos reais interesses e não atrapalhem no processo de mediação.

É notório, portanto, que o mediador tem muita influência sobre as partes, principalmente no momento de fragilidade onde seus conflitos são expostos claramente, razão pela qual mais uma vez se enfatiza a importância de sua atuação e a necessidade dele se despir de suas convicções, percebendo o que é melhor para as partes envolvidas e não para ele próprio. Desta maneira, a autoridade do mediador não pode ser utilizada para interferir na vida das pessoas, ao contrário, deve criar um espaço propício para que as pessoas dêem luz às suas próprias idéias. Com esteio neste raciocínio, é importante destacar o posicionamento de Juan Carlos Vezzulla⁸³, na obra Teoria e Prática da Mediação, sobre a necessária imparcialidade na mediação:

Estamos determinados, clientes e mediadores, por preconceitos pessoais, familiares e sociais que nos levam a simpatizar com uma pessoa mais que com outra, acreditar mais em uma pessoa que com outra. O mediador deve estar alerta não só aos mecanismos defensivos dos clientes, senão aos próprios. Enquanto escuta deve também questionar-se sobre o que está sentindo e pensando, para dominar esses pensamentos e não conduzir os clientes a caminhos e soluções que são os do mediador e não os dos clientes.

Não se pode pensar em sucesso da mediação atrelado a um acordo realizado, pois este não é o objetivo principal desta, mas uma consequência. Neste sentido, é nítido que a mediação não se confunde com a barganha americana e que sua eficácia não pode jamais ser mensurada por estatísticas que desprezam o conteúdo dos acordos, pois estes podem solucionar conflitos em um dado momento, mas poderão acarretar os mesmos ou muitos outros posteriormente. Corroborando com este entendimento, assim leciona Luis Alberto Warat⁸⁴: "Na mediação alternativa, o acordo é secundário ou ritualizado, na medida em que é invocado ao longo de todo o procedimento, com um destaque mais retórico que finalístico".

A solução de conflitos, a facilitação do diálogo, a inclusão da parte através do diálogo (oitiva do conflito – ouvir e ser ouvido), a prevenção de futuros conflitos, são alguns dos objetivos da mediação e não o acordo como o conhecimento vulgar erroneamente apregoa.

É importante destacar que na mediação podem vir à tona conflitos onde o mediador deverá observar a disponibilidade de direitos e momentos onde a solução do conflito pare entre a validade social e a jurídica. Nestas ocasiões, o sigilo das reuniões resguarda eticamente o mediador, o psicólogo, o assistente social, o advogado, ou seja, todos os profissionais que estiveram presentes na mesma.

Percebe-se, portanto, que o mediador e o conciliador devem ter capacitação condizente com o papel que precisam desenvolver, a fim de efetivá-lo da melhor maneira possível, obtendo o melhor resultado que as partes podem chegar. Cumpre, nesse momento fazer uma breve diferenciação entre a mediação e a conciliação, pegando emprestada a clara definição disponível no site do CNJ⁸⁵:

A Mediação é uma forma de solução de conflitos na qual uma terceira pessoa, neutra e imparcial, facilita o diálogo entre as partes, para que elas construam, com autonomia e solidariedade, a melhor solução para o problema. Em regra, é utilizada em conflitos multidimensionais ou complexos. A Mediação é um procedimento estruturado, não tem um prazo definido e pode terminar ou não em acordo, pois as partes têm autonomia para buscar soluções que compatibilizem seus interesses e necessidades.

A Conciliação é um método utilizado em conflitos mais simples, ou restritos, no qual o terceiro facilitador pode adotar uma posição mais ativa, porém neutra com relação ao conflito e imparcial. É um processo

82 VEZZULA, Juan Carlos. Teoria e prática da mediação, p. 49

83 VEZZULA, Juan Carlos, op. cit., p. 60

84 WARAT, Luis Alberto. O ofício do mediador, p. 84

85 Disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao>

consensual breve, que busca uma efetiva harmonização social e a restauração, dentro dos limites possíveis, da relação social das partes.

As duas técnicas são norteadas por princípios como informalidade, simplicidade, economia processual, celeridade, oralidade e flexibilidade processual.

Os mediadores e conciliadores atuam de acordo com princípios fundamentais, estabelecidos na Resolução n. 125/2010: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação.

O projeto-de-lei que trata sobre a mediação dispõe que a mediação na seara cível poderá ser prévia (fora do Judiciário, independente de processo judicial) ou incidental (no Judiciário, no curso de processo judicial). Na mediação Judicial, há a necessidade que o mediador seja advogado, o que pode ser objeto de crítica pelos estudiosos da matéria, uma vez que a mediação é interdisciplinar e que o advogado das partes estará com elas durante a mediação, razão pela qual, não há necessidade técnica para a exclusividade do advogado nesta função de mediador judicial.

Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, dispõe sobre a mediação entre particulares com o meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. No mesmo ano, o novo CPC, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que entrou em vigor em 2016, prevê nas normas fundamentais do processo civil que 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.

Conforme estabelece o CPC, os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. Já na seara privada, que será o caso da mediação que se pretende estimular nos serviços notariais, os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional.

Os mediadores, judiciais ou não, deverão ser profissionais com o mínimo de três anos de exercício na profissão e capacitados por suas instituições. Todavia, na mediação extra-judicial, qualquer profissional poderá ser mediador, desde que cadastrado em sua instituição. Este cadastro valida a mediação.

Lembre-se ainda, que os profissionais que desejarem atuar como mediadores judiciais deverão estar cadastrados junto ao Judiciário, preenchendo o requisito da capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça, o conciliador ou o mediador, com o respectivo certificado, poderá requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal.

Mesmo na mediação incidental, fica mantido o caráter sigiloso da reunião e o mediador é impedido de testemunhar sobre os assuntos confidenciais durante a mediação, somente indo ao conhecimento do juiz a transação a que chegarem as partes.

Na mediação prévia que conte com participação dos advogados das partes envolvidas, a transação é considerada título executivo extrajudicial. Caso a transação seja homologada por um juiz, passa a ser título executivo judicial e se no processo judicial houver pedido de liminar, a mediação será realizada somente após apreciação de tal pedido.

Por fim, é conveniente lembrar que a mediação não enfraquece o Judiciário e nem pode ser assimilada somente como forma de desafogá-lo. Sua finalidade vai além destas conclusões simplistas, refletindo na própria democracia e na concretização dos direitos fundamentais, tais como a moradia.

4 A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO NA ATIVIDADE NOTARIAL E O POSICIONAMENTO DO CNJ

Diante de tudo que foi fartamente abordado, desde a propriedade, sua origem, evolução, limitações e proteção, passando pela atividade notarial e suas implicações na tutela dos direitos fundamentais, conclui-se que as serventias notariais configuram espaços públicos, ou seja locais de suma importância para a proliferação da prática argumentativa, capaz de construir uma nova realidade social, onde o homem passa a ser reconhecido com todas as suas peculiaridades, são locais de encontro e espaços de convivência, no interior dos quais os participantes mostram os problemas vivenciados em seu cotidiano, promovendo-se, com isso, formas de comunicação sobre o mundo da vida.

Sobre o assunto, muito bem discorre Sérgio Costa, nos artigos “Esfera Pública, Redescoberta da Sociedade Civil e Movimentos Sociais no Brasil” e “Contextos da Construção do Espaço Público no Brasil”, onde destaca a importância do papel das associações coletivas como intermediadoras de interesses e formadoras de consensos no nível de esfera pública.

Por oportuno, é de bom alvitre ressaltar que falar em esfera pública, se reporta à nação, onde se inserem os seres sociais, a qual está organizada em grupos (sociedades civis) e não está voltada para interesses específicos, mas da sociedade como uma unidade. Assim, uma sociedade que tenha como ideário político e social a concretização do estado democrático de direito, deve garantir a existência de espaços onde se possa reproduzir uma cultura política e democrática, por meio da manifestação da vontade pública, e ainda, a sociedade possa também controlar a ação do Estado através de procedimentos variados.

Neste contexto, a sociedade civil deve ser uma garantia contra as deformações (como a manipulação ou fabricação da opinião pública) que possam ser introduzidas na esfera pública por agentes alheios a esta. Já o papel das associações é de formar opinião pública, como sustentáculo da vontade coletiva verificada fora do Estado, refletindo os interesses econômicos particulares.

Sérgio Costa considera ainda, a existência de influência de outras estruturas representativas, tais como os partidos políticos, sindicatos, clubes e movimentos sociais, responsáveis pela agregação de interesses divergentes, suportes para a geração de normas políticas, formação de decisões públicas e para a produção de bens coletivos, ou seja, elos de ligação entre o “mundo sistêmico e o mundo vivido”. Para ele, além da sociedade civil e dos espaços comunicativos primários, os meios de comunicação (mídia) também exercem uma importante atividade que é a constatação da realidade social, pois com os meios de comunicação os questionamentos levantados na esfera pública atingem um grande público, o que propicia a reflexão e posterior debate que pode levar a uma reconstrução da realidade vivida.

Lembre-se ainda, que Sérgio Costa considera que a produção de esferas públicas alternativas, tais como a igreja, o Dieese (Departamento Intersindical de Estudos e Estatísticas Sociais e Econômicas), o Ibase (Instituto Brasileiro de Análise Social e Econômica); a ampliação do espectro de problemas tratados publicamente, como a violência contra a mulher, o tráfico de drogas, a exploração sexual de menores; a ampliação das possibilidades comunicativas ancoradas no mundo da vida e a preservação dos espaços comunicativos primários, conversas em elevadores, lanchonetes, supermercados e praças, são assaz relevantes para a formação de opinião pública.

Outrossim, o crescimento desordenado das cidades é prejudicial aos espaços comunicativos primários, pois parques, áreas verdes e de lazer cedem lugar à especulação imobiliária, afastando os atores comunicativos, prejudicando a formação de opinião pública, tão importante para a transformação do mundo vivido.

Assim, depreende-se que os espaços públicos são os responsáveis pela captação dos problemas verificados no mundo da vida e encaminhamento à órbita pública. Todavia, há de se acautelar no processo de consolidação desta esfera pública para não incorres no risco de mascarar a realidade e passar de um procedimento democrático para uma manipulação mascarada.

Incluído neste contexto está o notariado brasileiro, pois configura uma verdadeira espécie de confissão pública, palco de diversas espécies de discussões, que refletem os anseios sociais e pode ser usado como mecanismo de inclusão social, principalmente quanto à aplicação das normas legais vigentes e prestação de informação sobre o modo de concretizar os direitos fundamentais à moradia e à propriedade imóvel, corroborando, assim, com a efetivação da paz social. Comunga com este mesmo entendimento, Ricardo Guimarães Kollet,⁸⁶ ao afirmar:

Neste sentido o notário realiza uma depuração dos atos e negócios jurídicos que lhe são submetidos com a finalidade precípua de, individualizando-os para a realização voluntária dos mesmos, dota-os de CERTEZA JURÍDICA, visando, em última análise a busca da paz social.

Na esteira deste raciocínio, considera-se que a reunião onde se instala o processo de mediação é um espaço público e poderá ser perfeitamente assimilada na rotina dos notários, pois durante todo o procedimento há a tentativa de criar uma situação ideal de diálogo, onde as partes expõem seus pontos de vista, argumentando, sem a influência de nenhuma impressão estranha às suas, sem máscara alguma sobre a realidade e, assim, o mundo vivido vem à tona, refletindo o papel ativo da mediação na produção de uma melhor forma de vida para as partes envolvidas.

A participação ativa da população buscando a mediação como forma de solução de conflito e tendo esta disponibilidade dentro da atividade notarial, conduzirá à formação de uma cultura de luta pelo direito e estes poderão se consolidar de forma efetiva, pois o direito de cada um reflete na sociedade como um todo.

86 KOLLET, Ricardo Guimarães. Tabelionato de notas para concursos, p. 31

É oportuno, neste momento, lembrar que a Lei Notarial ao definir os notários como profissionais do direito, conserva a função de assessoramento jurídico profissional dos notários, atribuindo-lhes o dever de informar, aconselhar e recomendar na elaboração do negócio jurídico formal a ele solicitado, tomando todos os cuidados nas orientações a serem dadas, observando-se que dar informações é advertir sobre as conseqüências jurídicas e o alcance da relação negocial, assemelhando-se, neste ponto, ao conciliador.

Outro princípio que norteia a atividade notarial é o Princípio da Imparcialidade e Independência, pelo qual é dever do notário assessorar ambas as partes e refletir a vontade das mesmas, assegurando assim os princípios de rogação e da liberdade de eleição, sem dependência hierárquica na prestação de sua função. A posição de imparcialidade do notário ante um eventual conflito entre as partes, é que permite uma segurança quanto ao equilíbrio e garantia da realização do negócio jurídico, resolvendo os conflitos incidentais que surgem antes da lavratura do ato notarial.

O notário não pode tomar para si o interesse de uma das partes, devendo ter os mesmos cuidados para ambas, esclarecendo a melhor forma dos negócios, os riscos e as garantias dos mesmos, deixando para as partes o direito de opção e tendo, portanto, como função, a imparcialidade. Esse princípio é exercido sempre em consonância com o princípio da legalidade, visto que quando o notário submete-se a vontade exclusiva de uma das partes, em detrimento das demais, estará ofendendo o princípio da segurança social, razão de sua existência. Corroborando com este entendimento, Juliana Follmer⁸⁷ afirma o seguinte:

O notário detém um papel de extrema importância dentro do ordenamento jurídico, pois ele – por delegação do poder público –, desempenha o papel que seria do Estado, de se fazer presente nos negócios jurídicos firmados entre os particulares. O Estado, também, deve garantir a fé pública, isto é, a confiança pública de que aquele instrumento condiz com a real intenção das partes, além da certeza de que foram observados todos os requisitos legais necessários para garantir a validade daquele instrumento.

Faz-se necessário também explicitar que diante do caráter técnico que também é conferido à atividade do tabelião, já que na redação dos documentos notariais tem que se ater à perfeição do tecnicismo. Então, tem o dever de conhecer os institutos jurídicos e os modos de realização do direito, devendo, portanto, estudar profundamente os meios de sua efetivação prática, pois quanto mais perfeita for a instrumentalização dos atos, maior será a eficácia que produzirá no mundo jurídico, assevera Leonardo Brandelli.

A atividade notarial se concretiza mediante alguns procedimentos executados pelo tabelião que se traduzem pelas tarefas de investigação, juízo ou parecer, instrumentalização ou documentação e pela guarda de documentos. Tal tecnicismo, não se coaduna com a mediação, pois esta não tem normas rígidas acerca dos formulários utilizados durante a reunião de mediação.

Na busca pela orientação técnica e segura do notário, as partes podem se deparar com situações de conflito durante a operação denominada de investigação notarial, que consiste na coleta de elementos apresentados ao tabelião pelos particulares. Através de seu conhecimento técnico, buscará elementos e documentos para melhor adequação e materialização documental da vontade das partes.

Como conseqüência do trabalho de investigação, o notário, após identificar a real vontade dos particulares vai atribuir uma qualidade jurídica a esta situação apresentada, passando assim a aconselhar as partes sobre o tratamento técnico mais apropriado para a realização do ato, sempre alertando e orientando sobre a natureza e conseqüências jurídicas do mesmo.

Estabelecidos os esclarecimentos, as partes dizem o que desejam a partir das explicações fornecidas pelo tabelião, passará, então, o notário a realização da terceira operação designada de documentação, oportunidade em que adaptará os elementos da realidade à forma instrumental mais adequada àquele caso, redigindo, em seguida, um documento de natureza extrajudicial, onde afirma ter lavrado um instrumento de sua autoria, revestindo-o de autenticidade mediante sua fé pública.

Pode-se afirmar que a solução de conflitos não interessa somente às partes diretamente envolvidas no mesmo, mas à sociedade como um todo. Desta forma, os problemas individuais refletem problemas sociais e a discussão destes, conduz a uma harmonia na vida em sociedade, aproximando-se da paz social tão almejada. Assim, é salutar aproveitar a confiança depositada no notário e utilizar a mediação em seus procedimentos, visto que esta também vislumbra a confiabilidade depositada pelos clientes na pessoa do mediador. Todavia, uma advertência clama por publicidade: o notário deve ter muito cuidado para não exagerar nas advertências sobre a juridicidade ou não da transação, antes que as partes argumentem e formem suas próprias conclusões, construindo a solução do conflito a partir delas mesmas.

87 FOLLMER, Juliana. A atividade notarial e registral como delegação do poder público, p. 125

Juan Carlos Vezzula⁸⁸ nos empresta entendimento sobre as similitudes das atividades notariais com a mediação, quando trata da necessidade de imparcialidade do notário e do mediador no exercício de suas atribuições; a busca de ambos pela pacificação social, e assim, enfatiza a possibilidade de utilização do procedimento da mediação nas serventias notarias. A respeito, note-se as passagens a seguir transcritas:

Seu papel era regular os negócios, formalizando a vontade das partes, estabelecendo condições, regras, etc. surgiu daí uma das mais importantes características da profissão: a IMPARCIALIDADE, o primeiro elo com a mediação.

Alcançaram uma posição na organização das sociedades e o reconhecimento de sua FUNÇÃO SOCIAL tornou-se outra importante característica e outro elo com a mediação, que é a busca da paz social.

O mediador, assim como o notário deve estar bem preparado para livrar-se de quaisquer tipo de preconceito ou distinção, pois no trâmite de uma mediação encontrará pontos comuns com um ou ambos os mediados, seja por simpatizar com um deles. A luta contra os preconceitos é fundamental, pois caso contrário estará fadado ao insucesso.

Ademais, o notário, como profissional do direito, é capaz de verificar a disponibilidade ou não dos direitos envolvidos na mediação e de redigir o instrumento da transação em perfeito atendimento à técnica jurídica. E ainda, o instrumento firmado perante o notário é dotado de fé pública e considerado como prova plena, eficaz desde o seu nascedouro, o que aproxima a sociedade do ideal democrático, onde se consagra a supremacia da vontade do povo.

Ao falar em democracia, reporta-se automaticamente a idéia de poder, sua origem e direcionamento. Nela o poder emana do povo, através do voto e no Brasil esta é exercida de forma mista, ou semidireta, na forma prevista no art. 1º, parágrafo único da Carta Magna. Sabe-se que tal instituto possui um conceito mais histórico do que político, sendo considerado por José Afonso da Silva⁸⁹ como um "instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem, .. mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo".

Ademais, a democracia abraça os princípios da maioria, da igualdade e da liberdade. Numa nação democrática o governo é constituído pela maioria e a igualdade é seu fundamento e seu fim. Quanto mais se persegue e alcança a igualdade, mas se fortalece a democracia. Assim, num país democrático, as minorias devem tender à extinção, visto que se busca a igualdade e não a discriminação.

Tais minorias somente poderão deixar de existir se os aspectos que as diferenciam das classes majoritárias foram abolidos, ou seja, se for combatido o trabalho com exploração infantil, se a miséria der espaço a uma melhor distribuição de renda, se as pessoas tiverem acesso à educação formal e à saúde e etc.

Sobre o assunto, Habermas⁹⁰ assevera que "Em geral, a discriminação não pode ser abolida pela via da independência nacional, mas somente por uma inclusão suficientemente sensível aos substratos culturais das diferenças específicas individuais e de grupos". Ainda discorrendo sobre o tema, o citado doutrinador menciona o seguinte:

O problema das minorias "natas", que pode ocorrer em todas as sociedades pluralistas, agrava-se em sociedades multiculturais. Se estas, contudo, estão organizadas como Estados de direito democráticos, abrem-se assim diversas vias para a meta precária de uma inclusão "sensível à diferença": divisão federalista de poderes, descentralização ou uma transferência funcionalmente especificada de competências estatais, sobretudo a garantia de autonomia cultural, direitos específicos de grupos, políticas de equalização e outros arranjos para uma efetiva proteção das minorias. Com isso, se altera em determinados territórios em determinados grupos políticos o conjunto básico dos cidadãos que participam do processo democrático, sem que sejam violados os princípios deste processo.⁹¹

Percebe-se, então, que a mediação é um mecanismo que pode ser certamente utilizado sob o escopo da inclusão social, pois trata dos anseios e conflitos individuais com profundos reflexos sociais, reconhecendo as diferenças de cada pessoa e valorizando suas opiniões.

É notório que a democracia repousa em dois princípios fundamentais: a soberania popular e a participação popular. Desta maneira, é possível dar lugar de destaque à criação de espaços públicos, dentre eles as serventias notariais, no estado democrático, visto que configuram o local onde a opinião pública se forma, ou seja, que a voz do povo toma corpo e é encaminhada através de diversos instrumentos aos seus representantes, que atentos aos princípios democráticos responderão aos apelos dos titulares do poder: o

88 VEZZULA, Juan Carlos, op. cit., p. 85, 86 e 87.

89 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 114

90 HABERMAS, Jurgen. Inclusão: integrar ou incorporar? Sobre a relação entre Nação, Estado de Direito e Democracia, p. 113

91 HABERMAS, Jurgen, op. cit., p. 113

povo. Habermas⁹² escreve sobre o tema, ratificando a importância da participação popular, da igualdade e da liberdade no estado democrático, como se pode observar:

Se a autodeterminação democrática significa participação uniforme de cidadãos livres e iguais no processo de tomada de decisão e de institucionalização do Direito, com a democracia alteram-se, sobretudo, a forma e o exercício da soberania interna. O estado de direito democrático revoluciona os fundamentos de legitimação e dominação.

Entende-se, portanto, que a participação do povo é de suma importância para a democracia e a mediação é importante ferramenta à serviço da mesma, pois também busca a igualdade entre os clientes, iniciando-a com as condições de diálogo, nivelando os níveis das partes envolvidas.

Na mediação as partes estão livres para argumentar, a partir de seus próprios entendimentos, por tal razão, estão mais próximas de atingir seus objetivos e dirimir seus conflitos, pois como assevera Luis Alberto Warat.⁹³

O programa de mediação e sensibilidade pretende que o mediador ajude as partes a desdramatizar seus conflitos, que os transformem para que só restem os sentimentos que acrescentem algo de bom à sua vitalidade interior. Esse programa não é uma técnica, nem uma filosofia ao modo tradicional: ele é uma forma de ver a vida que encontra o sentido da mesma, unicamente, vivendo-a. Falo da mediação como uma forma de cultura, um determinante de uma forma de vida.

Nota-se, claramente que a mediação tem como pano de fundo a valorização humana, o que a aproxima sensivelmente do ideal democrático de "garantia geral para a realização dos direitos fundamentais do homem", como afirma José Afonso da Silva⁹⁴.

Diante deste contexto, é fácil concluir que a mediação e a conciliação podem e devem ser praticadas e estimuladas na esfera da atividade notarial, porque aproximam as pessoas, através do reconhecimento de suas peculiaridades, garantindo a igualdade e evitando o abuso do poder, propiciando, assim, a democracia, além da reconstituição de laços afetivos e comerciais, contribuindo para o aprimoramento do Sistema de Justiça.

A Lei nº 8.935/94, estabelece no Art. 30, entre os deveres dos notários, observar as normas técnicas estabelecidas pelo juízo competente. Foi assim que em 2013, a Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, editou o Provimento 12, dispondo sobre a autorização e a implementação, no âmbito das serventias extrajudiciais do Estado do Ceará, do procedimentos de mediação em conciliação. Com base em tal orientação, vários cartórios de notas do Estado do Ceará começaram a instalar salas apropriadas para realização de reuniões de conciliação e mediação. Inclusive, foi realizado um curso de capacitação específica para os titulares e prepostos das serventias extrajudiciais do Ceará. No entanto, em 2017, na contra-mão da tendência estimulada pelo novo CPC, a decisão terminativa do Conselheiro Lelio Bentes Corrêa, do conselho Nacional de Justiça, exarada na Consulta nº 0003416-44.2016.2.00.0000, tendo como requerente Max Martins dos Santos de Oliveira e outros, estabeleceu o seguinte:

a) é possível que notários e registradores realizem atividade de conciliação e/ou mediação no âmbito dos processos judiciais, em caráter voluntário, de forma não remunerada, desde que tal exercício se dê exclusivamente no âmbito dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Centros ou Cejuscs), a que se refere o art. 8º, caput, da Resolução CNJ 125/2010 e seja supervisionado diretamente por um magistrado; b) enquanto não

houver ato normativo editado pelo CNJ a regulamentar a matéria, conclui-se que é vedada a realização da atividade de conciliação e/ou mediação pelas autoridades cartorárias no âmbito extrajudicial.

Assim sendo, tendo em vista o alto grau de confiança depositado, historicamente, pela população, aos notários, entendemos que o CNJ deverá regulamentar urgentemente tal matéria, a exemplo do que muitos tribunais já haviam feito. Ademais, os tribunais estaduais também deverão adequar as tabelas de emolumentos prevendo emolumentos específicos para a realização da mediação e da conciliação no âmbito das serventias extrajudiciais.

No que tange a previsão legais para a prática das mediações e conciliações pela autoridade notarial, percebe-se que é possível enquadrar a prestação desse importante serviço no rol de atribuições previstas para o notário nos Arts.6º e 7º da Lei nº 8.935/94, uma vez que a estes compete formalizar juridicamente a vontade das partes; intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo; autenticar fatos. Desta forma, conclui-se que a ata da sessão de mediação e conciliação realizada no âmbito de tais serventias, poderá ser materializada por meio da lavratura de escrituras públicas ou atas notariais, conforme o caso e necessidade.

92 HABERMAS, Jurgen, op. cit., p. 114

93 WARAT, Luis Alberto, op. cit. p. 41

94 SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 120

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo demonstrou a importância do direito de propriedade na vida das pessoas, durante a história e na atualidade, onde foi erigido à qualidade de direito fundamental através da tutela constitucional.

Em seguida, enfocou-se a atividade notarial e os princípios que estruturam toda sua organização e funcionamento, para que possam alcançar os seus objetivos, quais sejam de garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, tornando os instrumentos lavrados pelo notário autênticos e legítimos, em virtude da delegação do Poder Público que lhe atribui a função autenticadora, legitimadora e constitutiva dos atos jurídicos tipicamente notariais, procurando garantir a expectativa da segurança jurídica, atribuída em decorrência da fé pública. Assim, a riqueza de cuidados e procedimentos disciplinados pela legislação pertinente observados pelo notário, faz com que este profissional do Direito materialize negócios seguros para as partes contratantes, procurando adequar as vontades destes ao direito positivo.

Continuando a pesquisa, a mediação foi abordada como meio democrático de solução de conflitos. Momento em que o conflito e a postura do mediador foram enfocados. Analisando a função do notário e a necessidade de imparcialidade do mesmo quando da materialização da vontade de seus clientes, encontra-se um dos pontos de interseção entre esta e a mediação. O próximo elo de ligação entre as duas atividades é a busca pela paz social.

Por derradeiro, é de bom alvitre lembrar que o lugar onde a mediação se desenvolve, passa a ser um espaço de discussão de direitos e de produção de argumentação e opinião pública e, portanto, reflete os problemas de toda uma comunidade, assim como entende Habermas. Segundo ele, a esfera pública, numa perspectiva democrática, é o termômetro dos problemas sociais, onde estes são absorvidos, tematizados e encaminhados para o complexo parlamentar. Para ele a linguagem é utilizada de forma determinante nas relações sociais desenvolvidas no "mundo vivido" e foi substituída pela política e pela economia no "mundo sistêmico". Todavia, o diálogo deve ser resgatado, para que as normas sejam fruto de um processo de argumentação com a participação de todos. Tal participação legitimará as normas oriundas de tal procedimento.

Sabe-se que a participação de todos de forma direta é um ideal longe de ser alcançado, mas a participação efetiva das partes envolvidas em uma mediação é o início deste processo de inclusão, de criação de espaços públicos, de fortalecimento do Judiciário e de coroamento da democracia e de seus princípios primários: igualdade, liberdade e participação popular.

Conclui-se, portanto, que a mediação e conciliação devem e podem ser utilizadas e estimuladas no âmbito da atividade notarial, já que os notários desenvolvem importante papel neste processo de conscientização do coletivo, partindo do individual, resgatando o conceito de nação democrática e aproximando os "mundos sistêmico e vivido", diminuindo, assim, a exclusão social. Então, o notário que já exerce atividade de grande importância para a sociedade, deverá utilizar-se destes importantes métodos de autocomposição no intuito de ampliar o seu espectro de atividades e dar mais esta parcela de contribuição para a efetivação dos direitos fundamentais e do desafogamento do Judiciário, contribuindo, assim, para a melhoria do Sistema de Justiça. Sendo, portanto, de grande importância a urgente regularização do tema por parte do CNJ

REFERÊNCIAS

ARIMATÉA, José Rodrigues. O Direito de Propriedade: Limitações e Restrições Públicas. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003.

ARONNE, Ricardo. Propriedade e Domínio: Reexame Sistemático das Noções Nucleares de Direitos Reais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BRANDELLI, Leonardo. Teoria Geral do Direito Notarial. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 1998.

CENEVIVA, Walter. Lei dos Notários e Registradores Comentada. São Paulo. Editora Saraiva. 4ª ed. 2002.

COMASSETTO, Miriam Saccol. A Função Notarial Como Forma de Prevenção de Litígios. Porto Alegre. Editora Norton. 2002.

- COSTA, Sérgio. Esfera pública, redescoberta da sociedade civil e movimentos sociais no Brasil – Uma abordagem tentativa, *Novos Estudos*, CEBRAP, n.38, março 1994.
- _____, Contextos da construção do espaço público no Brasil, *Novos Estudos*, CEBRAP, n.º47, março/2001.
- FOLLMER, Juliana. A atividade notarial e registral como delegação do poder público. Porto Alegre: Norton Editor, 2004.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. Das Necessidades Humanas aos Direitos: Ensaio de Sociologia e Filosofia do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- HABERMAS, Jurgen. Inclusão: integrar ou incorporar? Sobre a relação entre Nação, Estado de Direito e Democracia. Trad. Luciano Codato, *Novos Estudos*, CEBRAP, n.52, novembro 1998.
- HART, Herbert L.A. O Conceito de Direito - tradução de A. Ribeiro Medes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª ed, 2001.
- KELSEN, Hans. O que é Justiça? – tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 3ª ed, 2001.
- KOLLET, Ricardo Guimarães. Tabela de notas para concursos. Porto Alegre: Novo Livreiro, 2003.
- MARTINS, Cláudio. Teoria e Prática dos Atos Notariais. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 1979.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direitos Humanos & Cidadania: À luz do novo Direito Internacional. Campinas: Ed. Minelli, 2002.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito de Construir. São Paulo: Malheiros, 1990.
- MORAES, Alexandre. Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 5.ed, 2003.
- OLIVEIRA, Isabel Cristina Eiras de. Estatuto da Cidade: para compreender. Rio de Janeiro: IBAM/DUMA, 2001.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 11ª ed, 1992.
- REZENDE, Afonso Celso. Tabela de Notas e o Notariado Perfeito. Campinas, SP: Millennium, 3ª ed, 2004.
- ROSS, Alf. Direito e Justiça – tradução Edson Bini – revisão técnica Alysson Leandro Mascaro. Bauru, São Paulo: EDIPRO, 1ª reimpressão, 2003.
- SALES, Lília Maia de Moraes. Mediar: um guia prático para mediadores. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2004.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros; 1992.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. São Paulo: Atlas, 3ª ed, 2003, Vol. 5.
- VEZZULA, Juan Carlos. Teoria e prática da mediação. Curitiba: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil; 1998.
- WARAT, Luis Alberto. O Direito e sua linguagem. Porto Alegre: Safe, 2ª versão, 1995.
- _____. O ofício do mediador. Florianópolis: Habitus, 2001, v.1.

A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: BREVES APONTAMENTOS SOBRE OS AVANÇOS E DESAFIOS PARA A REALIZAÇÃO DA VONTADE DO LEGISLADOR

MEDIATION OF CONFLICTS AND THE NEW BRAZILIAN CODE OF CIVIL PROCEDURE: BRIEF NOTES ABOUT THE ADVANCES AND CHALLENGES IN ADDRESSING THE WILL OF THE LEGISLATOR

Vera Leticia de Oliveira Silva ⁹⁵

Aléssia Pâmela Bertulêza Santos ⁹⁶

RESUMO: O presente artigo aborda algumas reflexões sobre a mediação à luz do novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor em março de 2016. Busca-se analisar a insuficiência da atuação clássica do Poder Judiciário para solucionar os conflitos das pessoas que buscam a tutela jurisdicional, além de propor alternativas para superação deste cenário. Neste ponto, a mediação como meio alternativo de pacificação de conflitos aponta como uma alternativa viável, uma vez que esta via autônoma de composição de conflitos é caracterizada pela voz ativa das partes, que atuam como protagonistas das decisões. Serão realizadas algumas considerações a respeito do instituto da mediação e do tratamento que lhe foi dado pelo novo diploma processual, identificando as vantagens da nova regulamentação e propondo uma reflexão sobre alguns pontos sensíveis do assunto.

Palavras-chave: Mediação. Novo Código de Processo Civil. Acesso à Justiça.

ABSTRACT: The article weaves reflections about mediation according to the New Civil Procedure Code, which entered into force in March 2016. It analyzes the inability of the Judiciary Power solving people real problems, besides demonstrating that one of the paths to overcome this obstacle is using alternative ways of pacification of conflicts. In this autonomous way of conflict composition the parts have active voice and they are the protagonists of decisions. It will be analyzed here the mediation institution and how it is treated in the new procedural law, outlining some positive considerations and others that indicate the necessity of reflection on the new legal provisions usefulness and effectiveness.

Key-words: Mediation. New Civil Procedure Code. Access to Justice.

1 INTRODUÇÃO

A busca pelo Acesso à Justiça tem mostrado caminhos promissores, dentre ao quais merece destaque a utilização de meios alternativos de pacificação de conflitos, como a conciliação e mediação (CAPPELLETTI, 1998), inclusive, dentro do próprio processo judicial. O Código de Processo Civil de 1973(CPC/73) previa, por exemplo, a conciliação como um passo fundamental no processo de rito sumário, igualmente prevendo, desde a Lei 8.052/94 (que alterou o art. 331 do CPC), obrigatória audiência de conciliação também no procedimento ordinário de conhecimento.

O presente trabalho se propõe a tecer reflexões sobre a mediação e a conciliação à luz do novo Código de Processo Civil (CPC/15), que recentemente entrou em vigor.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), através da Resolução nº 125 de 2010, já se mostrou partidário da ideia de utilização de meios autônomos de composição de conflitos. No entanto, apesar dos esforços e da grande relevância que estes mecanismos possuem, ainda carecem do devido reconhecimento, em especial por parte dos magistrados e dos advogados, que relutam em adotar tais práticas perpetuando a cultura do litígio.

A pesquisa e a prática forense têm demonstrado que o Poder Judiciário, tal como se apresenta atualmente, tem se revelado por vezes incapaz de resolver os conflitos daqueles buscam a sua tutela jurisdicional. Essa incapacidade se deve a uma série de fatores, dentre os quais se podem destacar o grande volume de processos, a morosidade e o alto custo de uma demanda judicial. Atrelado a estes problemas tem-se ainda o fato de que um conflito ao ser levado ao Judiciário converte-se em um conflito jurídico, ao qual será dado um tratamento "padronizado", similar a todos os demais, supondo-se que ele se "resolverá" com uma sentença. No entanto, sabe-se que o conflito social, de regra, ainda persistirá e tenderá a comprometer a eficácia da decisão judicial.

É visando romper com estes obstáculos no caminho rumo ao pleno acesso à justiça que o legislador trouxe os meios autocompositivos como institutos norteadores do novo Código de Processo Civil. Sendo

⁹⁵ Graduanda em Direito pela Universidade Estadual de Feira de Santana. Bolsista de iniciação científica pela FAPESB da Incubadora de Iniciativas da Economia Popular e Solidária da UEFS. Integrante do Grupo de Estudos e Pesquisas em Economia Popular Solidária e Desenvolvimento Local(GEPOSDEL). Estagiária do escritório Cajado de Menezes Advogados. E-mail: veraletiaoliveira@gmail.com

⁹⁶ Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Grupo de Estudos em Relações Internacionais e Direitos Humanos (GERIDH/UEFS). Advogada Associada do escritório Cajado de Menezes Advogados. E-mail: alessiaibertulêza@gmail.com

possível observar, já no artigo 3º, §3º⁹⁷ do novo CPC, que se dará preferência aos meios alternativos de pacificação de controvérsias ao invés da instauração do processo judicial.

Observa-se também a importância dos meios de autocomposição no novo Código quando o legislador torna obrigatória a audiência de mediação e conciliação antes mesmo da apresentação de defesa do réu (artigo 334 e parágrafos).

Como mais uma demonstração do papel de relevância conferido aos meios de autocomposição pelo legislador processualista, cabe citar a diferenciação expressa por ele estabelecida entre mediação e conciliação visando possibilitar às partes e ao operador do Direito a adoção da melhor metodologia na busca da solução de cada conflito. Alguns doutrinadores, a exemplo de Josiane Rigon (apud TRENTIN, 2013), entendem que a mediação é mais apropriada para discutir questões que envolvem conflitos de família, vizinhança e demais relações duradouras que já existiam antes do conflito e continuarão a existir depois dele, ao passo que a conciliação seria mais indicada nas questões da área comercial e de consumo, onde o vínculo entre as partes é passageiro e se deve, em geral, a relações jurídicas temporárias. No entanto, Adolfo Braga Neto, entende ser possível utilizar da mediação “em quase todos os conflitos entre pessoas físicas” no âmbito familiar, na seara cível, comercial, trabalhistas e ainda em “conflitos gerados por acidentes de trabalhos” (BRAGA NETO, 1999, p. 95). O novo CPC, apesar de não colocar o fator distintivo como condição sine qua non, adota a primeira corrente, indicando que:

Art. 165.....

[...]

§ 2º 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.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Entretanto, é preciso problematizar várias outras questões que orbitam o tema no novo Código. Isto porque, para que estes caminhos alternativos funcionem é preciso que os Tribunais promovam uma série de mudanças e adaptações estruturais e humanas, como a criação em todas as comarcas de um Centro de mediação/conciliação e a contratação e formação de novos conciliadores e mediadores sendo esta orientada pela consciência de nos métodos extrajudiciais de pacificação de conflitos as partes ligantes são protagonistas da busca por uma resposta ao conflito, possuindo voz ativa e refletindo sobre a convivência abalada.

Importante sublinhar, ainda, que os meios de autocomposição de conflitos são encarados aqui como métodos de pacificação (e não de solução) de controvérsias. Isso porque, entende-se como objetivo primordial o restabelecimento do diálogo e conservação da relação harmoniosa através da análise do conflito e da extração de seu potencial construtivo, no lugar da simples solução da contenda sem se preocupar com os sujeitos em conflito.

2 METODOLOGIA

As reflexões aqui apresentadas são resultados de pesquisa teórica que busca investigar os meios alternativos de pacificação de conflitos e a forma com a qual são tratados no Código de Processo Civil de 2015.

Para elaboração deste estudo foi realizada análise do texto legal, verificando o modo como a mediação e a conciliação são concebidas e a forma como serão utilizadas a partir da entrada em vigor do novo Código. O estudo do texto legal foi aliado à leitura da doutrina – que tem se mostrado esperançosa com as novas disposições legais – possibilitando esboçar algumas reflexões sobre o tema.

Tais reflexões fazem parte do estudo que vem sendo realizado enquanto proposta de iniciação científica na Incubadora de Iniciativas da Economia Popular e Solidária (IEPS-UEFS). A pesquisa original em curso, que deu embasamento ao presente artigo, apresenta caráter empírico, partindo de uma análise de reconhecimento da situação-problema, produção de conhecimento técnico passível de aplicação no problema em questão e, paralelamente, projetando e propondo possíveis soluções, interpretando e avaliando os resultados a fim de vislumbrar uma mudança adequada da prática.

97 Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

[...]

§ 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.

O presente estudo é parte do resultado da pesquisa teórica até então desenvolvida sobre os meios de pacificação de conflitos, em especial da mediação e conciliação, que já possibilitou a percepção de sua importância, bem como a necessidade de uma mudança de perspectiva na forma de lidar com o conflito, encarando-o como humano (e não jurídico).

3 O JUDICIÁRIO E A BUSCA PELO ACESSO À JUSTIÇA

O Poder Judiciário brasileiro enfrenta uma série de problemas que o torna, por vezes, incapaz de solucionar satisfatoriamente os conflitos que lhes são apresentados. Questões como o elevado número de processos e a falta de recursos humanos e materiais têm tornado o processo judicial longo em demorado e com decisões cada vez mais distantes da realidade.

No processo judicial, as condições psíquicas e morais das partes, além das tramas pessoais, não são observados pelo sistema que mal escuta os problemas reais das pessoas, preocupando-se quase que somente em traduzir as questões fáticas em questões de direito.

Rebouças afirma que o conflito, quando levado ao "mundo jurídico, na moldura kelseniana, não se faz sem uma dose substancial de mutilação. O que pode ser resolvido não é o conflito, não é a carência em seu estado de resistência. O que pode ser resolvido é somente o conflito jurídico" (2012, p. 142). Em outras palavras, os problemas reais enfrentados pelas pessoas quando chegam ao Judiciário são transformados em problemas jurídicos e será estritamente sob a ótica jurídica que irá incidir a decisão judicial – o que, em regra, não soluciona concretamente os problemas dos litigantes, sendo apenas um desfecho imposto de cima para baixo, que pouco, ou nada, se importa em reestabelecer o diálogo entre as partes e tampouco a relação harmoniosa que havia antes do conflito.

O que se resolve, então, não é aquele conflito, mas um conflito qualquer, cuja moldura foi aproveitada de outros conflitos e servirá para tantos outros mais. Desse modo, resta um direito inacessível para grande parte dos sujeitos e os conflitos permanecem apesar de já terem recebido um "remédio" judicial, ainda que distante da realidade (REBOUÇAS, 2012).

Nessas condições, as partes, que agora nada mais são do que figurantes de seus próprios dilemas, são levadas a se enfrentarem, formando polos opostos da relação processual adversarial.

Nesse sentido, oportuna a reflexão de Carlos Maria Cárcova (1988), de que o acesso ao Judiciário é, de regra, estranho à sociedade, porque existe entre o Direito e os seus destinatários uma barreira opaca, que impede a sua perfeita compreensão e acessibilidade. A "opacidade do direito" traduz um conjunto de combinações que perpassam desde a linguagem inacessível e demasiadamente rebuscada (palavras que só existem no mundo jurídico ou que nele tem um significado diferente), às vestes que impõem superioridade, até os rostos e prédios frios e que demonstram desprezo e angústia, mostrando que esse é um universo "para poucos".

A morosidade da justiça provoca um dano intangível às partes processuais. Os processos judiciais demoram anos a fio sem que se obtenha um termo final. O conflito também perdura durante todo este período, o que só aumenta o caráter "litigante" do processo, e, muitas vezes, o próprio bem da vida buscado perde-se ao longo de todos estes anos.

A busca pelo efetivo acesso à justiça faz-se, portanto, imprescindível. Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1998) indicam que um dos caminhos para se alcançar uma justiça acessível a todos e que de fato produza resultados justos, é a utilização de meios alternativos de pacificação de conflitos.

Devemos estar conscientes de nossa responsabilidade; é nosso dever contribuir para fazer que o direito e os remédios legais reflitam as necessidades, problemas e aspirações atuais da sociedade civil; entre essas necessidades estão seguramente as de desenvolver alternativas aos métodos e remédios, tradicionais, sempre que sejam demasiado caros, lentos e inacessíveis ao povo; daí o dever de encontrar alternativas capazes de melhor atender às urgentes demandas de um tempo de transformações sociais em ritmo de velocidade sem precedente. (CAPPELLETTI, 1994, p. 97).

O movimento de acesso à justiça busca superar os obstáculos que impedem certos segmentos de obter efetiva prestação jurisdicional. Cappelletti e Garth problematizam a conjuntura dos mecanismos e instituições, pessoas e procedimentos processuais como obstáculo processual ao acesso à justiça. Desta forma, no que chamaram de "terceira onda" de acesso à justiça, são exploradas as alternativas de pacificação de conflitos (1994).

Por outro lado, os mecanismos de autocomposição, como veremos a diante, concedem autonomia às partes litigantes para trilharem o caminho para pacificação do conflito e tendem a aumentar a possibilidade de as partes manterem uma relação harmônica mesmo após o surgimento do conflito.

4 MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

A mediação pode ser entendida, sob o olhar de Warat (1998) da seguinte forma:

[...] Um processo de reconstrução simbólica do conflito, no qual as partes têm a oportunidade de resolver suas diferenças reinterpretao, no simbólico, o conflito com o auxílio de um mediador, que as ajuda, com sua escuta, interpretação e mecanismos de transferência, para que elas encontrem os caminhos de resolução, sem que o mediador participe da resolução ou influa em decisões ou mudanças de atitude (nisso se baseia sua imparcialidade; é imparcial porque não resolve nem decide). (p. 31)

A mediação é uma forma autônoma de pacificação de conflitos, em que um terceiro imparcial, sem poder de decisão, auxilia as partes a reestabelecerem o diálogo a fim de preservar o interesse de ambas, visando o estabelecimento de um acordo benéfico a todos.

Nesse método as partes possuem plena autonomia, sendo que o mediador não decide nem determina a decisão das partes, apenas ajuda na identificação e articulação das questões essenciais que devem ser resolvidas durante o processo, não influenciando no resultado final.

Diante disso, fica claro que o mediador não julga, nem tampouco compõe o litígio. Ele apenas estimula as partes a empoderarem-se, ressignificarem o conflito que as conduziu até ali e chegarem a um acordo.

De acordo com Juan Carlos Vezzulla:

A mediação é uma técnica de resolução de conflitos não adversarial, que, sem imposições de sentenças ou de laudos e com um profissional devidamente formado, auxilia as partes a acharem seus verdadeiros interesses e a preservá-los num acordo criativo em que as duas partes ganhem. (1998, p. 16)

A mediação prima pela pacificação dos conflitos, cedendo autonomia às partes que possuem voz ativa para dirimirem as contendas, buscando por elas próprias caminhos e alternativas para pacificação do conflito. É nesse sentido que Medina diz que:

A mediação busca, essencialmente, a aproximação das partes. O instituto da mediação não se preocupa unicamente com a obtenção de um simples acordo entre os indivíduos litigantes. O objetivo maior a ser alcançado é o reatamento entre aqueles que estavam em conflito. Pacificar relações, eis o fim máximo pretendido com a mediação. (2004, p. 58-59)

A utilização da mediação permite ainda encarar o conflito de forma positiva, extraindo dele seu potencial construtivo e dinamizador das relações sociais. Esse olhar do conflito permite aos confrontantes vislumbrar caminhos para reestabelecer o diálogo e aprimorar a convivência pós-conflito (BRAGA NETO, 1999).

Portanto, a preocupação central da mediação não é pôr termo ao conflito, mas sim proporcionar uma mudança de perspectiva e de atitude de modo a alcançar sua pacificação, através de técnicas que auxiliem a comunicação construtiva e interativa.

No que tange à conciliação, nela há um terceiro imparcial que, de forma diversa da mediação, tem um papel mais ativo, propositivo e intervencional, fazendo sugestões que auxiliem as partes envolvidas a buscarem a pacificação do litígio, podendo ainda indicar caminhos e ponderar soluções para que se chegue à pacificação do conflito.

O CPC de 1973 já admitia a conciliação judicial ou extrajudicial, estimulando-a. Observe-se, por exemplo, que o art. 125 do CPC de 1973 previa, entre as incumbências da autoridade judicial, "tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes".

A conciliação extrajudicial depende tão somente da vontade das partes e pode ser feita a qualquer tempo. Ao passo que a conciliação judicial se subdivide em facultativa e obrigatória. Na facultativa, as partes tomam a iniciativa, já na obrigatória, a iniciativa é dever do juiz. Neste sentido, o CPC de 1973 atribuía o caráter de título executivo judicial tanto à "sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo" (artigo 475-N, III), quanto ao "acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente" (art. 475-N, V). O Código de 2015 conserva o caráter de título executivo judicial a estes dois instrumentos (artigo 515, II e III).

A conciliação mostra-se como um meio de pacificação de conflitos, no qual os conflitantes procuram sanar as divergências com a ajuda do conciliador. Este conciliador deve ser um terceiro imparcial, que aproxime as partes promovendo as negociações, sugerindo e formulando propostas, apontando vantagens e desvantagens, objetivando sempre a resolução do conflito, por meio de um acordo. O conciliador tem ainda poder de sugerir um possível acordo, após uma criteriosa avaliação das vantagens e das desvantagens que tal proposição trará às partes.

Diferencia-se, pois, a conciliação da mediação pelo fato de que na primeira o terceiro interventor tem função mais ativa e propositiva, podendo, inclusive, indicar possíveis caminhos para pacificar o con-

flito, o que diversamente não cabe ao mediador, a quem incumbe estimular o empoderamento dos sujeitos envolvidos no conflito para que eles criem, por si sós, a cura para o problema que vulnera o equilíbrio da relação havida entre eles.

5 A MEDIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Novo Código de Processo Civil traz como um de seus institutos norteadores os meios alternativos de pacificação de conflitos. A opção por estas técnicas vem elencada já no artigo 3º, § 3º, que, diversamente do CPC/73, estende a incumbência de estímulo aos métodos de pacificação consensual de conflitos aos demais personagens do processo judicial – advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público – mesmo nas instâncias extrajudiciais.

Mais adiante, o legislador traz título (Título V) e capítulo (Capítulo V) exclusivos para tratar da mediação e conciliação no processo. O Título V trata dos mediadores e conciliadores e seus regimentos. Já o Capítulo V traz o artigo 334 e parágrafos que descreve como se dará a sessão de mediação ou conciliação. Em síntese, o autor ao propor a demanda deverá indicar na petição inicial se deseja participar de sessão de mediação ou conciliação. Ato contínuo, preenchido todos os requisitos essenciais e não sendo o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz, nas ações de rito comum (modelo procedimental que substituiu os ritos ordinário e sumário), designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. A parte que não comparecer à audiência sem justificativa plausível será condenada a multa de até 2% (dois por cento) da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado (art. 334, §8)⁹⁸.

Outra questão que merece destaque é que o Código traz a compreensão de que, em algumas ocasiões, uma única sessão de mediação ou conciliação não será suficiente para pacificar o conflito. Quando as partes e o mediador/conciliador entenderem pela possibilidade de se chegar a um consenso e que se faz necessário outro(s) encontro(s), poderão marcar data para nova sessão, desde que não exceda a dois meses da data da primeira sessão (art. 334, § 2º)⁹⁹.

O segundo ponto, que em muito se relaciona com o primeiro, é que, visando evitar o que hoje ocorre muito comumente nas audiências de conciliação dos Juizados Especiais Estaduais, por exemplo, impõe o novo Código que a pauta de audiência será organizada com, pelo menos, 20 (vinte) minutos de diferença entre uma sessão e outra (art. 334, §12)¹⁰⁰. Assim, o legislador traz mecanismos para evitar sessões "automatizadas", "condenadas ao fracasso".

O terceiro ponto, não menos importante que os anteriores, encontra-se no artigo 165¹⁰¹ do novo Código Processual, que supera uma das críticas sobre as audiências "judicializadas" de conciliação. Isso porque, de acordo com o novo diploma legal, estas sessões acontecerão nos Centros Judiciários de solução consensual de conflitos. O modelo anterior (do CPC/73) mostrava-se impotente diante da realidade, nele haveria uma "pausa" no processo adversarial, para então se iniciar uma relação harmônica e consensual. Nesse momento se esperava que o juiz se despisse de sua autoridade e, simultaneamente, as partes em conflito (que saem da condição de figurante e passam a condição de protagonistas) e seus representantes legais, se desarmassem e, agora em pé de igualdade, tentassem encontrar uma solução que atendesse aos interesses das partes litigantes dentro do espaço frio e angustiante que é a sala de audiência (REBOUÇAS, 2012).

Outra questão interessante é a vedação expressa de utilização de qualquer meio de coerção para que as partes aceitem o acordo proposto. A parte final do §2º do art. 165 indica que é "vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem". Não raras são as vezes que o conciliador judicial se utiliza de meios de pressão para fazer com que as partes aceitem algum acordo. Ainda mais grave é a distorção do papel dos juízes que, para "agilizar" o seu próprio serviço, pressionam as partes afirmando expressamente (ou quase) a um dos conflitantes que ele deveria aceitar

98 Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. [...]

§ 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

99 Art. 334 Omissis

[...]

§ 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes.

100 Art. 334. Omissis

[...]

§ 12. A pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início da seguinte.

101 Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

uma certa proposta, pois o acordo lhe seria mais vantajoso que a decisão a ser por ele proferida. O mais grave é que essa supressão de autonomia é revestida por um discurso de garantia da própria liberdade das partes. (COSTA, 2004)

A prática de tais condutas ofende toda a principiologia que permeia os meios de pacificação de conflitos, em especial a boa-fé e a autonomia de vontade. Portanto o modelo apresentado pelo CPC/15 visa, ao menos em tese, evitar que as práticas de mediação e conciliação não se resumam a uma imposição de acordo, perdendo seu caráter dialógico e se deslegitimando como sistema autocompositivo. Está previsto no novo Código, inclusive, que, caso o mediador ou conciliador não obedeça esta regra, poderá ser excluído do cadastro de conciliadores e mediadores, na forma do art. 173, §1º:

Art. 173. Será excluído do cadastro de conciliadores e mediadores aquele que:

I - agir com dolo ou culpa na condução da conciliação ou da mediação sob sua responsabilidade ou violar qualquer dos deveres decorrentes do art. 166, §§ 1º e 2º;

Outra interessante abordagem que traz o CPC/15 é sobre a importância da autocomposição nos conflitos familiares, determinando o artigo 694, caput, que “nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação”.

Essa previsão legal mostra-se como uma importante iniciativa, já que é essencial dispor de meios para que os membros da família possam, por eles próprios, enfrentar e superar seus conflitos sem precisar delegar o protagonismo na tomada de decisões da sua vida a terceiros (TARTUCE, 2015).

As controvérsias familiares envolvem pessoas ligadas por fortes laços de afetividade e sentimentos muito íntimos oriundos de um histórico prévio de conflitos, que em regra não são solucionados por uma decisão judicial imposta por um terceiro que desconsidera todos os sentimentos ali envolvidos e decide sobre uma tese jurídica.

Há ainda nos processos de família previsão de determinadas cautelas que deverão ser adotadas quando do recebimento da petição inicial e da expedição do mandado de citação, demonstrando-se certa sensibilidade com as questões do direito de família e a preocupação de que a solução, nesses casos, seja realmente construída pelas próprias partes, de modo a propiciar a preservação de uma relação entre os envolvidos, importante e necessária nessas situações.

Por outro lado, é preciso tecer algumas reflexões sobre importantes questões que podem comprometer a eficácia desta nova proposta do Código processual. Um destes pontos é a obrigatoriedade da sessão de conciliação e mediação mesmo que uma das partes declare expressamente seu desinteresse⁶. Adolfo Braga Neto há muito já indicava não ser possível mediar ou conciliar quando houver “o interesse de uma das partes em manter a litigiosidade na relação e com isso não predispor da negociação na tentativa de solucionar seus conflitos” (BRAGA NETO, 1999, p. 96). Suscitando e adaptando o jargão popular, onde um não quer, dois não conciliam.¹⁰²

Fernando da Fonseca Garjadoni, falando sobre essa obrigatoriedade da mediação ou conciliação pontua uma série de possíveis problemas a serem enfrentados:

A opção traz problemas práticos concretos: a) quebra-se aquilo que de mais caro há nos métodos consensuais de solução de conflito, a autonomia da vontade, lançada pelo próprio legislador como princípio da mediação (art. 166 CPC/2015); b) burocratiza-se a mediação/conciliação, obrigando todas as partes, mesmo não querendo, a se submeter a ela, simplesmente porque uma delas deseja; e c) dá azo a manobras processuais protelatórias, com um dos demandados aceitando a audiência, apenas, para ganhar mais alguns meses de tramitação processual, sem possibilidade de intervenção judicial para obstar a manobra; e d) torna maior o custo do processo, pois além do pagamento pelos serviços do mediador/conciliador, o demandado domiciliado em outra localidade, praticamente em todas as ações, deverá se deslocar para a audiência de mediação/conciliação no foro da propositura. (2015)

Essa obrigatoriedade parece não se adequar a real essência dos meios autônomos de pacificação de conflitos, porque as partes perdem a autonomia de sua vontade e são obrigadas a participar da sessão de mediação/conciliação mesmo já tendo declarado expressamente que não possui interesse (bastando apenas que a parte contrária se manifeste favoravelmente).

102 Art. 334 Omissis

[...]

§ 4º A audiência não será realizada:

I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

II - quando não se admitir a autocomposição.

§ 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.

§ 6º Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes.

Há, ainda, que se pensar no custo financeiro e na qualidade da mediação/conciliação, isso porque o novo Código estabelece que:

Art. 169. Ressalvada a hipótese do art. 167, § 6º¹⁰³, o conciliador e o mediador receberão pelo seu trabalho remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça.

§ 1º A mediação e a conciliação podem ser realizadas como trabalho voluntário, observada a legislação pertinente e a regulamentação do tribunal.

§ 2º Os tribunais determinarão o percentual de audiências não remuneradas que deverão ser suportadas pelas câmaras privadas de conciliação e mediação, com o fim de atender aos processos em que deferida gratuidade da justiça, como contrapartida de seu credenciamento.

Da leitura do dispositivo legal, se percebe que, ressalvadas as hipóteses de se tratar de mediadores e conciliadores investidos em cargo público, os demais receberão “por produtividade” conforme tabela previamente fixada pelo tribunal. E, em casos de beneficiários da gratuidade da justiça, os centros privados realizarão a sessão de mediação ou conciliação gratuitamente, dentro de um percentual estabelecido pelos Tribunais, em contraprestação ao seu credenciamento.

Assim, é importante que os Tribunais estejam atentos para que as sessões de conciliação e mediação não se tornem fonte de lucro indiscriminado, relegando-se a qualidade do trabalho dos mediadores e conciliadores a segundo plano.

É necessário também que os Tribunais equipem as suas Comarcas para a realidade inaugurada pelo Código Processual de 2015, através da criação de centros de mediação/conciliação, para que as partes possam de furtar do ambiente angustiante e adversarial dos Fóruns (Cárcova, 1988) e evitar que se repitam as experiências frustrantes que costumavam ocorrer na vigência do Código de 1973. Faz-se igualmente necessário a contratação e formação de mediadores/conciliadores até que se tenha um corpo profissional suficiente e preparado para atender as demandas em um razoável espaço de tempo, evitando que as sessões sejam marcadas para datas muito distantes e tornem todo o processo ainda mais moroso (perdendo, inclusive, a aclamada celeridade processual que inspira o novo Código).

Sobre essa questão é importante também ponderar quão urgente se faz a capacitação dos mediadores e conciliadores, demandando ainda um constante aprimoramento, seja das técnicas aplicáveis a esses mecanismos, seja da sensibilidade inerente às percepções de cada conflito. Sem o devido preparo, a abertura conferida pelo CPC/15 pode resultar, de modo contraditório, no enfraquecimento da autocomposição de conflitos.

Merece destaque também a obrigatoriedade da presença do advogado ou defensor nas sessões de mediação e conciliação, consoante lição do artigo 334, § 9º e 10º:

Art. 344.

[...]

§ 9º As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos.

§ 10. A parte poderá constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir.

Este é outro ponto em que o novo Código se distancia da real ideia de mediação e conciliação, porque as partes continuam sendo representados por um terceiro que relatam por elas seus dilemas e lhes impede de construírem de forma autônoma os caminhos para pacificar o conflito.

A autonomia da vontade, imprescindível na mediação e na conciliação, é compreendida como o dever de respeitar os diferentes pontos de vista dos envolvidos, garantindo-lhes que cheguem a uma decisão voluntária e não coercitiva, construída conforme suas necessidades e desejos.

Esta imposição de estarem as partes assistidas por advogados parece ser um apego à forma adversarial de lidar com os conflitos, não permitindo que as elas sejam, efetivamente, protagonistas de seus próprios dilemas e construam por si próprio o caminho para pacificar o conflito.

Em síntese, percebe-se que o legislador concedeu especial atenção à autocomposição de conflitos, primando pela ideia do reestabelecimento do diálogo e extração do potencial construtivo do conflito e pela busca de caminhos que retomem a relação harmoniosa anterior. O grande desafio, no entanto, será a

103 Art. 167. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional.

§ 6º O tribunal poderá optar pela criação de quadro próprio de conciliadores e mediadores, a ser preenchido por concurso público de provas e títulos, observadas as disposições deste Capítulo.

verdadeira concretização de tais promessas, especialmente por meio da adequada preparação dos atores e dos recursos reais para sua implementação.

6 CONCLUSÃO

Os meios alternativos de pacificação de conflitos têm destaque por valorizarem o reestabelecimento do diálogo e por rejeitarem a ideia de vencedor e vencido. O Novo Código de Processo Civil disciplina, em geral de forma positiva, a aplicação de tais meios e se constitui grande marco no caminho do acesso à justiça.

Espera-se que a médio prazo ocorra o amadurecimento destas técnicas e sua ampla utilização, abandonando-se a atual postura de litigância desmedida, antes mesmo da tentativa de diálogo com a parte contrária.

Para que isto seja possível será necessário que os magistrados, os advogados, defensores públicos, membros do Ministério Público, serventuários da Justiça e todos os demais profissionais do direito reconheçam a importância dos mecanismos consensuais e cedam espaço para que as partes dialoguem e busquem conjuntamente o entendimento.

As inovações legislativas representam um passo importante, mas a caminhada dependerá, sobretudo, da mudança cultural da forma de encarar e conflito e buscar soluções.

Mediação e conciliação, assim, apresentam-se como meios promissores ao acesso à justiça, sendo essencial a devida compreensão de seu caráter emancipatório, e sua efetiva e correspondente utilização, de modo a garantir que a perspectiva inovadora do novo CPC brasileiro possa se concretizar verdadeiramente.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Simone de A. R. A Análise do Conflito. Apostila do Curso de Resolução de Conflitos para Representantes de Empresas. ENAM, 2014.

BEZERRA, Tássio. A mediação enquanto instrumento de emancipação da cidadania e de democratização da justiça e do direito. Revista Direito e Sensibilidade, 1ª ed., v. 1, nº 1, 193-210, 2011.

BRAGA NETO, Adolfo. Os Advogados, os Conflitos e a Mediação. In: OLIVEIRA, Ângela (org). Métodos de Resolução de Controvérsias. São Paulo: LTr, 1999.

BRASIL, Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Novo Código de Processo Civil. Brasil, Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 12 de fev. 2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução Ellen Gracie. Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de Acesso à Justiça. Revista do Processo. São Paulo: RT, nº. 74, ano 19, p. 82-97, abril-junho/1994.

CÁRCOVA, Carlos María. A Opacidade do Direito. Tradução de Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: LTr, 1998.

COSTA, Alexandre Araújo. Cartografia dos métodos de composição de conflitos. In: AZEVEDO, André Gomma (org). Estudos em arbitragem, mediação e negociação. v. 3, Brasília: Grupo de Pesquisa, 2004.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Novo CPC: Vale apostar na conciliação/mediação? Disponível em: <<http://jota.info/novocpcvaleapostarnaconciliacaomediacao>>. Acesso em: 05 mai. 2015.

MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. Meios Alternativos de Solução de Conflitos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004.

REBOUÇAS, Gabriela Maia. Tramas entre subjetividades e direito: A constituição do sujeito em Michel Foucault e os sistemas de resolução de conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

SIVIERO, Karime Silva. Aspectos Polêmicos da Mediação Judicial Brasileira: Uma Análise à Luz do Novo Código de Processo Civil e da Lei da Mediação. Cadernos de Pós Graduação Direito UFRGS. Volume 10, nº 3, p. 316-316, 2015.

TARTUCE, Fernanda. Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos. Disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/site/aulas/doc_view/339-mediacao-no-novo-cpc-tartuce.html>. Acesso em 07 fev. 2016.

_____. Mediação de conflitos, inclusão social e linguagem jurídica: potencialidades e superações. Disponível em <<http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/01/Media%C3%A7%C3%A3o-linguagem-e-inclus%C3%A3o-Bortolai-e-Tartuce.pdf>>. Acesso em 07 fev. 2016.

TRENTIN, Taise Rabelo Dutra; TRENTIN Sandro Seixas. A Mediação e a Conciliação Previstas no Novo Código de Processo Civil: Democratizando o Acesso à Justiça. XXII Encontro Nacional do CONPEDI/ UNINOVE p. 97-112, Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/publicação/uninove/livro.php?gt=197>>. Acesso em 05 mai. 2015.

VEZZULA, Juan Carlos. Teoria e Prática da Mediação. Curitiba: IMAB, 1998.

WARAT, Luis Alberto. Em nome do acordo: a mediação no direito. Buenos Aires: Angra Impresiones, 1998.

BREVES NOTAS SOBRE OS OBJETIVOS DO INSTITUTO DA MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO EFICAZ DE COMBATE À MOROSIDADE JUDICIAL

BRIEF NOTES ON THE GOALS OF MEDIATION AS AN EFFECTIVE TOOL TO FIGHT SLUGGISHNESS IN THE JUDICIARY

Roberta Madeira Quaranta ¹⁰⁴

Alexsandro Luis Menezes Batista ¹⁰⁵

RESUMO: O presente artigo tem como escopo apontar de que forma a mediação, enquanto método alternativo de resolução de conflitos, através dos objetivos próprios de sua atuação, pode contribuir para o desfogamento quantitativo de demandas ao Poder Judiciário e, conseqüentemente, combater a morosidade na prestação da atividade jurisdicional. Constata-se, hodiernamente, que o exercício da atividade jurisdicional disponibilizada pelo Estado Brasileiro se encontra aquém dos anseios sociais, posto que o Poder Judiciário se encontra assoberbado com demandas das mais diversas ordens, gerando uma crise estrutural, sendo esta alimentada por uma burocratização no acesso, culminando com a lentidão dos procedimentos e o acúmulo de demandas, causando entre os jurisdicionados uma sensação de injustiça. A mediação, por sua vez, enquanto instrumento extrajudicial de solução de conflitos, leva às partes, após reflexões sobre objetivos comuns, a seguirem um mesmo ponto de ideias convergentes, pondo fim a uma possível pretensão de demanda judicial ou dando azo à resolução daquelas que já foram instauradas, aproximando os envolvidos do ideário de justiça almejado pela sociedade brasileira, conscientizando-lhes da importância do diálogo para a construção de uma sociedade cidadã, onde os conflitos antagônicos de posicionamentos contribuem para o crescimento das partes, utilizando-se da pacificação social como fim precípua a ser alcançado.

Palavras-Chave: Mediação. Meio Alternativo. Prestação Jurisdicional. Morosidade. Combate.

ABSTRACT: This article aims to point out how the mediation as an alternative method of conflict resolution, can contribute to the quantitative bottlenecking of demands to the courts and hence to combat the delays in the provision of judicial activity. It appears, in our times, that the exercise of judicial activity provided by the Brazilian State is short of social expectations, since the judiciary is overwhelmed with demands from various orders, generating a structural crisis, which is fed by a bureaucratization in access rule, culminating with the slowness of procedures and the accumulation of demands, causing social within a sense of injustice. Mediation, in turn, as extrajudicial instrument of conflict resolution leads to the parties after reflections on common goals, to follow the same point of converging ideas, ending a possible claim to lawsuit, approaching involved the ideals of justice sought by Brazilian society, educating them about the importance of dialogue for building a civic society, where antagonistic conflicts placements contribute to the growth of the parties, using the social peace and order preciput to be achieved.

Keywords: Mediation. Alternative means. Adjudication. Slowness. Combat.

INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira vivencia grandes transformações geopolíticas, financeiras e socioculturais advindas com a globalização, fenômeno que rompe barreiras físicas, aproximando as relações interpessoais, transformando, direta ou indiretamente, o convívio humano em comunidade. Tem-se acompanhado, hodiernamente, uma evolução nos diversos seguimentos sociais, entretanto, as desigualdades ainda dominam, marginalizando os componentes humanos.

Com tamanha dissonância entre a realidade cotidiana e o ideal de justiça, os objetivos do Estado Social, traçados na Constituição Federal de 1988, ficam mitigados. Atenta-se contra a dignidade humana, ocasionando as mais diversas privações dos direitos fundamentais. Ademais, a saúde, uma educação de qualidade, a tão sonhada moradia digna, o direito ao exercício de um trabalho ou ofício que supra as necessidades, molas propulsoras para um desenvolvimento sustentável, ficam adstritos a uma pequena parcela privilegiada da população, gerando o fenômeno da exclusão social.

Diante do explicitado, os indivíduos tendem a se fechar em seu próprio universo, tornando-se individualistas, prejudicando o diálogo, objetivando tornarem-se garantidores de um mínimo necessário à manutenção, pois, nas adversidades, aqueles se tornam indóceis, esvaíam-se os sentimentos colaborativos e solidários de ajuda ao próximo, culminando na instalação dos mais diversos conflitos.

Vive-se uma imensa confusão social, em que a sociedade se vê fragilizada diante da complexidade das contendas, pois não se sente a aplicabilidade plena do Princípio da Inafastabilidade do Poder

¹⁰⁴ Defensora Pública Estadual, Diretora da Escola Superior da Defensoria Pública – ESDP. Especialista em Direito Notarial, Registral e Imobiliário. Professora do Centro Universitário Christus - Unichristus. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – Unifor. robertaquaranta@unifor.br

¹⁰⁵ Policial Rodoviário Federal, graduado pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. alexsandroluismenezes@gmail.com

Judiciário, positivado na sua Lei Maior e difundido desde a promulgação da mesma, desprovendo-a de segurança e de confiança nos Poderes constituídos incumbidos de sua defesa.

Ante a realidade instalada e a complexidade das relações interpessoais, ressurgem os meios alternativos de solução de conflitos como uma forma sistemática na resolução das adversidades, instaurando um novo diálogo que possa conduzir, de forma imediata, as partes à resolução de conflitos e, por via mediata, viabilizar a inclusão social e a pacificação, tendo em vista a importância da participação ativa dos membros sociais na construção da cidadania, desempenhando função de grande relevância para a efetiva implementação do Estado Democrático de Direito.

O debate a que se propõe enfrentar diz respeito justamente à forma como a mediação, enquanto método alternativo de resolução de conflitos, dentre tantas outras vantagens, consubstancia-se no combate à morosidade judicial, analisando as vantagens advindas quando da aplicação do referido instituto, a promoção da inclusão social das classes menos favorecidas e a pacificação da sociedade brasileira, enquanto o Poder Judiciário se mostra ineficaz na sua função precípua.

Por óbvio, não se busca nestas breves linhas estabelecer divergências entre os métodos alternativos de solução de conflitos e a aplicabilidade da função jurisdicional, dissociando-os ou levando o leitor a crer que tais institutos devem ser independentes, ainda mais após o advento do novo Código de Processo Civil (CPC), que, dentre as principais mudanças estabelecidas em seu corpo, traz um amplo incentivo à autocomposição. Assim, os diversos meios alternativos de resolução de conflitos - a conciliação, a mediação e a arbitragem - deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

A ideia central consiste em incentivar a aplicação do instituto da mediação nos direitos que admitam autocomposição (ainda que indisponíveis), inclusive durante as audiências judiciais, harmonizando sua aplicabilidade, visando obter maiores possibilidades de sucesso na busca da paz social, fazendo nascer uma vida mais harmoniosa, numa sociedade mais justa e igualitária.

Desta forma, este ensaio doutrinário, sem maiores pretensões, tem como objetivo geral apontar de que maneira a mediação, enquanto método de resolução alternativo de conflitos, pode contribuir para o desafogamento quantitativo do Poder Judiciário e, conseqüentemente, para o combate da morosidade na atividade jurisdicional, observando o ordenamento jurídico pátrio, bem como demonstrar a sua total pertinência com a atual evolução do Direito, pois as mudanças sociais e a nova realidade da sociedade brasileira fazem com que este instituto tenha um relevante papel na difusão da cidadania e na defesa do acesso à justiça.

1. OS OBJETIVOS DO INSTITUTO DA MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO EFICAZ DE COMBATE À MOROSIDADE JUDICIAL

A historiografia leva a crer que a aplicação da mediação se iniciou no Império Romano, sendo que se impulsionou a partir do século XVIII, após ter sido citada e usada na enciclopédia francesa de 1694 para designar a intervenção humana.

Durante o desenvolvimento histórico, a humanidade evoluiu para a autocomposição como instrumento de resolução dos conflitos, no sentido de que as partes envolvidas em uma contenda chegassem, de comum acordo, a uma solução que entendessem adequada. Podia-se alcançar, inclusive, a renúncia integral das partes às suas pretensões originais ou, o que era mais comum, que ambas suprimissem uma parcela de suas pretensões originais em favor da outra, de modo a se alcançar a obtenção de um consenso.

Com o decorrer do tempo e o estabelecimento do pacto social, em que cada indivíduo cedeu uma parcela de sua autonomia para a formação do ente estatal, surgiu daí a necessidade do estabelecimento de órgão especializado, dentro da estrutura estatal, que tivesse por função precípua a resolução de conflitos. Surge assim o Poder Judiciário e, por conseguinte, passa-se a vivenciar a aplicabilidade da jurisdição aos casos conflituosos concretos.

Nesse instante, a autocomposição fora mitigada e os métodos de solução extrajudiciais perderam sua plena aplicabilidade para a solução das contendas, haja vista a força do aparato estatal que, obrigando as partes a cumprirem o determinado por sentença, propiciara uma maior segurança jurídica às relações.

Na sociedade moderna, presencia-se o fenômeno da globalização, no qual, em fração de segundos, rompem-se barreiras físicas, diminuem-se distâncias, deixando mais tênue uma linha imaginária divisória separadora dos direitos individuais e fundamentais dos membros dessa complexa sociedade mutante.

Eis que ressurgem os métodos alternativos de resolução de conflitos como instrumentos auxiliares do Poder Judiciário e otimizadores do acesso à justiça e da inserção social dos marginalizados cidadãos.

De todo modo, o que importa, mais do que efetivamente se firmar marcos históricos que determinem o surgimento dos meios alternativos de solução de conflitos, é constatar a evolução histórica pela

qual passaram estes institutos, posto que perfazem pela otimização do acesso à justiça e pela inclusão social de cidadãos marginalizados. Isto posto, hoje, exercem papel de extrema e inegável importância na defesa dos interesses sociais e individuais, buscando uma sociedade democrática e justa.

A criação, a promoção e a aplicabilidade dos mecanismos alternativos de resoluções de conflitos são, veementemente, recomendadas em virtude do alcance social, pois propõem a desconstrução dos conflitos, atuais ou potenciais, harmonizando e reestruturando as relações entre as pessoas, fomentando a co-construção de uma solução.

Por vias oblíquas, no Brasil, tem-se a modernização da justiça, pois se admite a desjudicialização da solução de alguns conflitos, descentralizando serviços, o que amplia a atuação preventiva no que se refere a litígios futuros. Nesse contexto, a mediação se perfaz como instrumento para tratamento de conflitos interpessoais, objetivando uma modificação no padrão de comunicação e relacionamento dos envolvidos, visando ao entendimento. Aí reside a diferença da arbitragem e do provimento jurisdicional do Estado-juiz, pois o mediador, terceiro neutro, não decide pelas partes, enquanto ao árbitro é admitida a tomada de decisões, que se impõem aos envolvidos que escolheram livremente tal profissional.

O procedimento mediatório tampouco se confunde com a conciliação, pois trabalha profundamente os conflitos interpessoais e não as disputas, inexistindo um direcionamento, aconselhamentos ou sugestões de saídas para a problemática. Na conciliação é facultado ao conciliador a propositura de soluções às partes, enquanto o mediador deverá manter uma postura de neutralidade, limitando-se a atuar como ponte na construção de diálogo entre os interessados.

Ao estabelecer diferenças entre as práticas conexas dos institutos supramencionados, percebe-se que a mediação difere, essencialmente, da negociação pelo fato de o negociador ser a própria parte envolvida, procurando a solução que satisfaça seu interesse, enquanto o mediador não se envolve, apenas conduz as partes ao diálogo necessário.

Depreende-se, pelo acima exposto, que a aplicabilidade dos métodos alternativos de solução de litígios, através de convênios e parcerias com o Poder Público, revela que a disponibilidade e a promoção de tais meios podem e devem ser vistos como política pública de justiça, ideário esse que, de certa forma, vem sendo absorvido de forma paulatina pelo legislador pátrio.

Não se pode afirmar, contudo, que não possuam com o Judiciário nenhuma forma de relacionamento institucionalizado. Afinal, a própria nomenclatura traz, na palavra alternativa, uma nova possibilidade, mitigando os tradicionais ou jurisdicionais instrumentos de solução de litígios em que um terceiro, em nome do Estado, profere uma decisão, por vezes, fria e estritamente legalista.

A mediação, enquanto método alternativo de resolução de conflitos, consiste na construção de um diálogo entre as partes envolvidas em uma contenda, objetivando a resolução do caso concreto e a pacificação social. Para tanto, conta com o auxílio de uma terceira pessoa escolhida ou aceita pelas partes, a qual funcionará como uma "ponte" na construção do acordo. Sobre a definição de tal instrumento, Sales (2007, p. 23) discorre:

A mediação é um procedimento consensual de solução de conflitos por meio do qual uma terceira pessoa imparcial – escolhida ou aceita pelas partes – age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma divergência [...] A mediação representa assim um mecanismo de solução de conflitos utilizado pelas próprias partes que, movidas pelo diálogo, encontram uma alternativa ponderada, eficaz e satisfatória.

Vezzulla (1998, p. 16) assim dimensiona a definição de mediação:

A mediação é uma técnica de resolução de conflitos não adversarial que, sem imposições de sentenças ou laudos e, com um profissional devidamente formado, auxilia as partes a acharem seus verdadeiros interesses e preservá-los num acordo criativo onde as duas partes ganhem.

Discorrendo ainda o autor sobre a mediação, afirma que:

Mediação é a técnica privada da solução de conflitos que vem demonstrando, no mundo, sua grande eficiência nos conflitos interpessoais, pois, com ela, são as próprias partes que acham as soluções. O mediador somente as ajuda a procurá-las, introduzindo, com suas técnicas, os critérios e os raciocínios que lhes permitirão um entendimento melhor.

O termo mediação advém etimologicamente do latim *mediare*, tendo como significado mediar, dividir ao meio, intervir, consubstanciando-se, socialmente, por ser um procedimento extrajudicial de resolução de conflitos pelo qual as pessoas buscam, por si próprias e com a ajuda de um terceiro devidamente preparado, soluções colaborativas para as contendas. Nas palavras de Braga Neto (1999, p. 93),

Mediação é uma técnica não-adversarial de resolução de conflitos, por intermédio da qual duas ou mais pessoas (físicas, jurídicas, públicas etc.) recorrem a um especialista neutro, capacitado, que realiza reuniões conjuntas e/ou separadas, com o intuito de estimulá-las a obter uma solução consensual e satisfatória, salvaguardando o bom relacionamento entre elas.

Do exposto, extrai-se que a mediação vai além de um simples procedimento em que as partes buscam soluções para seus problemas, pois se observa uma verdadeira atividade normatizadora, adequando e enquadrando os indivíduos às regras estabelecidas por eles mesmos, desde que não se mostrem contrárias ao ordenamento jurídico vigente em nossa sociedade.

Por intermédio de tão valioso instrumento, busca-se uma proximidade entre os antagonistas, que envoltos com suas mágoas, seus ressentimentos, suas angústias, acabam alimentando um ódio recíproco. Esses sentimentos os impedem de perceber quaisquer resquícios de algo positivo, de algo bom dentro daquela relação conflituosa, instante em que o mediador intervém como neutralizador de sentimentos, amenizando a discórdia e facilitando a comunicação.

Percebe-se logo que a mediação é, sobretudo, um elo que agirá entre as partes estabelecendo ligações, onde ainda não se efetivaram, suscitando um agir comunicacional, prevenindo impasses, alicerçando caminhos e objetivando a harmonia entre os que dela se socorrem. Nesse sentido, a solução das contendas é o objetivo mais visível da mediação, posto que esta ocorre por intermédio do diálogo, o qual funciona como meio de interação entre as partes, possibilitando uma melhor administração da problemática exposta e vivenciada pelos envolvidos.

Ressalte-se que, quando se menciona um acordo, deve-se ter em mente um acordo justo, no qual a equidade prevaleça, advinda de um diálogo honesto de ambas as partes, evitando assim uma possível demanda judicial. Esclarecendo a busca pela mediação, Braga Neto (1999, p. 94) assim afirma:

[...] a iniciativa possibilitará que os envolvidos passem a encarar de forma positiva o conflito, que é inevitável, não o negando e se utilizando de subterfúgios para fugir do mesmo. Essa mudança de visão permitirá que os litigantes possam vislumbrar caminhos a futuro que permitirão estabelecer um novo relacionamento, a fim de alcançar uma boa convivência futura.

A partir dessa premissa, o conflito sai do campo maligno da visão humana, passando a ser observado como algo corriqueiro, fruto da convivência. Fundamentando esse pensamento, Lehmkuhl (2001, on-line) retrata:

[...] os conflitos interpessoais devem ser vistos de forma positiva, como uma transição aprimorada, como um ciclo de reciclagem, pelo qual as pessoas estão se renovando constantemente, através da adequação pessoal com o meio coletivo em que vivem, fato este que traria uma maior satisfação social, posto que, mesmo tendo que passar pelos citados conflitos, através de sua visão não negativas destes, as pessoas compreenderiam o caráter transitório e necessários dos mesmos, vindo por fim a aceitá-los e compreendê-los, facilitando deste modo a sua resolução.

As pessoas, enquanto componentes sociais, são induzidas a viver a cultura da litigiosidade, em que os polos opostos ficam bem definidos, com ganhadores e perdedores, vencedores e vencidos. Lembrando ainda que, levados a crer que sempre conseguirão as vitórias, tal postura, difundida inclusive nos bancos acadêmicos de Direito, mitiga a solução das divergências por meio da mediação ou quaisquer outros meios alternativos de solução de conflitos, pondo na figura estatal de um juiz todas as expectativas de uma decisão voltada aos interesses individuais de cada demandante. Fundamentando o assunto, ensina Schnitman (1999, p. 17):

[...] nossa cultura privilegiou o paradigma ganhar-perder, que funciona como uma lógica determinista binária, na qual a disjunção e a simplificação limitam as opções possíveis. A discussão e o litígio

– como métodos para resolver diferenças – dão origem a disputas nas quais usualmente uma parte termina ganhadora, e outra, perdedora. Essa forma de colocar as diferenças empobrece o espectro de soluções possíveis, dificulta a relação entre as pessoas envolvidas e gera custos econômicos, afetivos e relacionais.

Ademais, a mediação funciona como instrumento de prevenção de uma insatisfatória administração do conflito, porquanto, incentiva a conscientização social, difundindo direitos e deveres, expondo a responsabilidade de cada envolvido no conflito, enquanto agente social concretizador desses direitos.

A mediação age ainda como transformadora do campo visual dos conflitantes, pois possibilita a aceitação do conflito como algo positivo, tirando-lhe o caráter negativista, incentivando o diálogo como elo de comunicação pacificadora, o qual facilita o acordo de vontades e a sua executoriedade. A mediação transformadora rege-se pelo princípio da equidade, pois as partes passam a restabelecer a comunicação, numa relação colaborativa, colocando de lado os sentimentos negativos, por meio de uma escuta ativa e do entendimento do outro. Sabendo que isso é levar o sentimento, as dores, à pele do outro, lembrando que ali reside um semelhante com virtudes, defeitos, fraquezas, merecedor de respeito e de dignidade.

Sendo a mediação um método de resolução de conflito em que as partes, por si mesmas, encontram soluções para suas contendas, com a ajuda de um terceiro preparado para funcionar como ponte, como neutralizador de emoções negativas, fácil é a percepção de que a construção de soluções conduz os envolvidos a inflexões referentes aos seus direitos e deveres sociais, os quais estão insertos em diversos artigos

da Constituição Federal de 1988. A inclusão social resulta da aplicabilidade de todos os artigos e incisos do Ordenamento Jurídico, os quais conduzem, em tese, a sociedade a encontrar a pacificação social.

A mediação tem o condão de restabelecer nos envolvidos a autogestão de si mesmos diante das próprias vidas, resultando no autocontrole, difundindo sentimentos de responsabilização civil, propiciando a reinserção daqueles indivíduos que se encontram socioeconomicamente marginalizados na gestão de suas contendas. Sentir que ainda possui voz ativa, descobrindo um universo de possibilidades novas, apesar do conflito instalado, é, indubitavelmente, realizar inclusão social.

Finalmente, o fato de estar inserido em uma sociedade dominada pelo capital, em que impera a lei do mais forte, repleta de desigualdades que findam por impossibilitar a muitos o mínimo de dignidade para uma vida hígida, em que cada cidadão possa ter acesso à saúde, a uma educação de qualidade, uma moradia digna, um trabalho, um ofício ou uma profissão, que possibilite sua manutenção e de sua família é condição inviabilizadora para a obtenção da pacificação social.

Nesse sentido, a paz social não significa somente a ausência de crimes, de guerras, ou quaisquer modalidades de violências psicomorais. A caminhada pela pacificação social começa pela efetivação dos direitos individuais e coletivos, tão bem descritos em nossa Carta Magna. Não se pode, entretanto, serrar os olhos para a realidade estrutural que assola pessoas famintas, tráfico e uso de entorpecentes, prostituição infantil, péssimas condições de moradias, ausência de trabalhos dignos, baixos índices de desenvolvimento humano, má qualidade dos serviços de saúde e educação, como bem se manifesta Sales (2003, p.129).

Ao descrever na Constituição Federal de 1988 que se constituía em um objetivo o estabelecimento de uma sociedade livre, justa e fraterna, o legislador originário fez crer que todas as ações públicas devem ser pautadas por iniciativas que conduzam à pacificação social. Esta será alcançada quando efetivamente ocorrer uma valorização do homem, proporcionando-lhe condições, maneiras e modos, para o exercício do diálogo, com o fim de transformar a si próprio e ao meio no qual está inserido, incutindo-lhe os sentimentos de responsabilidade e de inclusão social. Com propriedade leciona Sales (2010, p. 9-10):

Ensina-se a paz quando se resolve e se previne a má administração dos conflitos, quando se busca o diálogo, quando se possibilita a discussão sobre direitos e deveres e sobre a responsabilidade social, quando se substitui a competição pela cooperação – o perde ganha pelo ganha ganha.

Levando-se em consideração que a mediação de conflitos é um procedimento que propicia um diálogo, uma cooperação mútua, e o respeito entre os envolvidos, não se pode olvidar que ela se configura como instrumento de paz social, tendo em vista que há o estabelecimento de pontes comunicativas, que conduzem às soluções consensuais para os problemas expostos, fazendo com que as pessoas se sintam valorizadas e incluídas socialmente, reafirmando a capacidade de decisão acerca de seus destinos.

Infere-se do exposto que a paz social se consubstancia pelo princípio da solidariedade, regente das relações dos seres humanos, buscando-se a harmonia e a efetivação daquela por meio da exigibilidade e concretização dos direitos fundamentais individuais e coletivos, o que findará na diminuição das mais variadas formas de violência.

A mediação, portanto, objetiva a construção de uma base para mudanças de paradigmas, necessitando de uma redefinição das relações interpessoais e, a partir de então, tem-se o surgimento de uma nova sociedade mais consciente e equânime, capaz de estabelecer um misto de condições dignas e justas para um futuro não tão longínquo.

Ocorre que, com o passar dos anos e com a difusão social dos direitos individuais, percebe-se o desenvolvimento de uma consciência de cidadania, em que cada componente social passou, ainda que de forma tímida, a exigir a aplicabilidade de seus direitos fundamentais garantidores de melhores condições humanas e dignificantes para o convívio social.

Constata-se então que, concomitantemente, desenvolveu-se na sociedade uma cultura da litigiosidade, na qual todo cidadão que sente seu direito violado, via de regra, vislumbra o Poder Judiciário como uma saída para resolução de seu conflito, provocando aumento na demanda não acompanhado por melhorias na estrutura funcional de tal Poder.

Com o escopo de enfrentar a crescente demanda gerada pela jurisdicionalização dos conflitos, ressurge a mediação como forma de pacificação social, por meio do procedimento célere, dinâmico e pouco oneroso. As partes envolvidas redescobrem, ao voltarem seus olhares para dentro de si mesmos, que o enfrentamento de problemas psicossociais passa por autorreflexões.

Na busca pela tão almejada justiça, o cidadão vislumbra na mediação a solução consensual para problemas os quais, por meio de uma terceira pessoa preparada para neutralizar as emoções e negociar uma saída para a contenda, o Poder Judiciário com sua coercibilidade e de forma severa, por vezes, perderia a sensibilidade no que concerne à satisfação mútua e à problemática real das partes que a ele se socorrem.

Ante a possibilidade de aplicação da mediação nos mais diversos setores sociais, tais como saúde, segurança pública, conflitos internacionais, nos mais diversos segmentos sociais, tais como comunidade, escola, família, sendo esta a base de nossa sociedade, e em face da lentidão do sistema judicial, disponível a uma pequena parcela populacional, pelas mais diversas razões, urge ao Estado, além de propiciar condições dignas de vida aos cidadãos, difundir e apoiar a aplicabilidade de tal instituto, legalizando-o e viabilizando sua plena aplicabilidade, proporcionando, secundariamente, um eficaz modelo de combate à morosidade judicial

Ao assegurar que as partes tenham voz ativa e legitimidade no processo, preservando está o mediador o princípio fundamental da mediação, que se baseia na autonomia da vontade das partes. Favorece o caráter voluntário e espontâneo ofertado aos conflitantes, os quais avaliam, discutem, adentram no mundo psicológico um do outro, em que o respeito e as limitações devem ser explicitadas sempre pelo profissional da mediação.

Na prática, entretanto, afora as questões processuais, existe um nítido desinteresse das partes, aliado ao diminuto empenho de alguns juizes, que, muitas vezes, se limitam a perguntar aos presentes se há ou não proposta de composição, sem nenhum esforço real para a solução consensual do litígio, o que acaba por prolongar demasiadamente um processo que poderia ter solução mais rápida e eficiente para todos.

A partir da Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ deu um importante passo para estimular a Mediação e a Conciliação, vez que instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento aos conflitos de interesses, incumbindo aos órgãos judiciários o estabelecimento de mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem como prestar atendimento e orientação ao cidadão.

O novel Código de Processo Civil, assim, recepcionando a chamada “Cultura da Paz” estatuída pelo CNJ, trouxe em seu texto final dispositivos de grande destaque para que tais métodos de solução de conflitos se enraízem na cultura jurídica nacional, também em consonância com a chamada “Nova Lei da Mediação” (Lei 13.140/15).

Dentre tais inovações, previu que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos e que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive, no curso do processo judicial; Ademais, dispôs que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Assim, a codificação processual atualmente em vigor houve por bem em positivar de forma objetiva vários regramentos relativos ao instituto, cabendo aos operadores do direito se adaptarem aos novos tempos e participarem de forma efetiva na busca da pacificação social tão almejada, única forma de obtermos a melhor atuação do Poder Judiciário e a prestação jurisdicional mais efetiva.

Ao Estado, restará a responsabilidade de adotar as medidas adequadas e os aportes financeiros necessários para que o novo sistema de solução consensual de conflitos consiga atingir os objetivos propostos com a reforma legislativa, em sintonia com os fundamentos assegurados na Constituição Federal, especialmente a Dignidade da Pessoa Humana e o exercício da Cidadania.

CONCLUSÃO

Apesar da letargia inicial na função legislativa, ainda que de forma discreta, o Estado já vinha fomentando a utilização dos métodos não-adversariais, como uma via alternativa para a construção de um novo contexto de justiça coexistencial ou conciliatória, a qual trata dos conflitos sob um novo enfoque, procurando preservar as relações sociais complexas, proporcionando a inclusão social dos indivíduos e contribuindo para a construção de uma nova sociedade cidadã.

Ante ao descompasso entre a evolução social e a falta de estrutura e organização do Poder Judiciário para atender às novas exigências da sociedade brasileira, fez-se necessário uma mudança de atitude e de mentalidade, pois se percebe, corriqueiramente, que somos direta ou indiretamente induzidos ao conflito.

Nesse contexto sociopolítico e jurídico, surge a institucionalização da mediação como forma de composição e solução das lides, democratizando o acesso à justiça, retirando indivíduos da marginalização, proporcionando-lhes inclusão social ao atribuir-lhes a responsabilidade de decidir o conflito em igualdade de condições.

Observa-se ainda que os meios de solução extrajudicial proporcionam uma pacificação social na medida que buscam oferecer formas de resoluções pacíficas e céleres de problemas, levando as partes envolvidas na contenda a racionalizarem sobre suas próprias atitudes, conduzindo a uma inclusão social ao difundir os princípios e os direitos e garantias fundamentais postos na Constituição da República Federativa do Brasil.

Constata-se que o Poder Judiciário vive assoberbado com demandas das mais diversas ordens, gerando uma crise estrutural, sendo esta alimentada por uma burocratização no acesso, via de regra, culminando com a lentidão dos procedimentos e o acúmulo de demandas. Isto posto, os métodos alternativos de resolução de conflitos se consolidam como a via alternativa para a inserção social daqueles que a eles se socorrem, posto que possuem um baixo custo de infra-estrutura de instalação, poucos recursos humanos, não demandam custas judiciais, as quais, por vezes, se demonstram inviabilizadoras do acesso à justiça, vantagens que findam por desafogar o aparato jurisdicional estatal, combatendo sua morosidade.

Apesar da cultura litigiosa que nos é inserida na formação humana, pois há, verdadeiramente, uma necessidade de conflitos para que a sociedade evolua, não nos é ensinado em nossos cotidiano, tampouco em bancos acadêmicos, a buscarmos as soluções de nossas contendas voltando os nossos olhares para si mesmos, perfazendo uma autoanálise. Logo, a mediação leva as partes, após reflexões sobre objetivos comuns, a seguirem para um mesmo ponto de idéias convergentes, pondo fim a uma possível demanda judicial, a qual poderia causar perdas irreparáveis para ambas as partes envolvidas na contenda social.

Desta feita, conclui-se, após o término da presente pesquisa, que a mediação se constitui em importante mecanismo alternativo de solução de controvérsias, porquanto, possui características próprias, informalidade, celeridade, baixo custo, simplicidade, que se mostram fomentadoras de vias alternativas para o acesso à justiça, promovendo a inclusão social e a pacificação humana. Assim, sua estrutura deve ser mais difundida e sua prática deve ser disponibilizada pelo aparato estatal, com vistas à construção de uma sociedade consciente, justa e cidadã, em que cada indivíduo possa ser agente responsável e multiplicador de uma realidade social humanizada.

REFERÊNCIAS

BRAGA NETO, Adolfo. Os advogados, os conflitos e a mediação. In: OLIVEIRA, Ângela (Org.). Mediação – Método de resolução de controvérsia. São Paulo: LTR, n. 1, p. 93-101, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. LEI nº 13.105, de 16 de março de 2015. Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 25 jun. 2016.

LEHMKUHL, Mílard Zhaf Alves. A nova ciência: mediação. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/doutrina/texto.id=2213>>. Acesso em 05 out. 2010.

SALES, Lília Maia de Moraes (Organizadora). Estudos sobre Mediação e Arbitragem. Rio-São Paulo-Fortaleza: ABC Editora, 2003.

_____, Lília Maia de Moraes. Mediação de Conflitos: Família, Escola e Comunidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

_____, Lília Maia de Moraes. Mediare: um guia prático para mediadores. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

SCHNITMAN, Dora Fried. LITTLEJOHN, Stephen (Org.) Novos paradigmas na resolução de conflitos. In: SCHNITMAN, Dora Fried; Novos paradigmas em mediação. Porto Alegre: Artmed, p. 17-27, 1999.

CONFLITO ENTRE O NOVO CPC E A LEI DE MEDIAÇÃO: QUAL NORMA APLICAR?

CONFLICT BETWEEN THE NEW CPC AND THE LAW OF MEDIATION: WHICH RULE SHOULD BE APPLIED?

Gabriel Arruda Araújo¹⁰⁶

Marcela Cristine Albuquerque de Macêdo¹⁰⁷

RESUMO O presente trabalho analisa as possíveis soluções provenientes da aplicação dos métodos clássicos de resolução de antinomias e da teoria do diálogo das fontes ao conflito entre o novo CPC e a Lei de Mediação. Inicialmente, traça-se a evolução legislativa brasileira acerca da mediação para posterior conceitualização do instituto. Demonstra-se que, apesar de semelhantes, o novo CPC e a Lei de Mediação apresentam contradições entre si, ficando caracterizada uma antinomia. Para a resolução de tais incompatibilidades, são utilizados os critérios hierárquico, cronológico e da especialidade, além das regras previstas na LINDB. Verifica-se que a Lei de Mediação é lei posterior, porém, ao se aplicar o critério da especialidade, ambos os diplomas podem ser considerados especiais quanto a assuntos peculiares. Diante da dificuldade em se adotar os critérios clássicos perante normas tão parelhas, apresenta-se uma solução alternativa, consubstanciada no diálogo das fontes. A aplicação de tal teoria ao conflito entre o novo CPC e a Lei de Mediação permite que ambas as normas convivam em harmonia no ordenamento, podendo o aplicador do direito escolher a solução que seja mais consentânea com os princípios que regem a mediação. Utilizou-se como metodologia as pesquisas bibliográfica, normativa e jurisprudencial.

Palavras-chave: Mediação. Novo CPC. Lei de Mediação. Antinomia. Diálogo das fontes.

ABSTRACT This article analyzes the results that may come from applying the classical methods for solution of antinomies and the theory of the dialogue of the sources into the conflict between the new CPC and the Mediation Law. It is traced an overview on the Brazilian legislative development regarding mediation for further conceptualization of the institute. It is shown that, although similar, the new CPC and the Mediation Law have contradictions with each other, which are called an antinomy. For the resolution of these incompatibilities, it is used the hierarchical, chronological and specialty criteria in addition to the rules of LINDB. It appears that the Mediation Law is a posterior law, however, when applying the specialty criterion, both provisions can be considered as special in particular matters. Given the difficulty in adopting the classical criteria to laws so similar, it is presented an alternative solution, based on the dialogue of the sources. The application of this theory to the conflict between the new CPC and the Mediation Law allows both standards to live together, so the applicator can choose the solution that is more consistent with the mediation principles. The methodology used consisted on a bibliographical, normative and jurisprudential research.

Keywords: Mediation. New CPC. Mediation Law. Antinomy. Dialogue of the sources.

1. INTRODUÇÃO.

A mediação refere-se a um método consensual de pacificação social em que um terceiro intervém para facilitar ou restabelecer a comunicação entre os envolvidos com o fito de se alcançar saídas produtivas para ambas as partes.

Tal técnica de solução consensual se caracteriza pela celeridade e pelo estabelecimento de um pacto entre os envolvidos, no qual as partes agem de forma cooperativa entre si para se chegar a um resultado.

O reconhecimento da mediação se deu com a Resolução nº 125/2010 do CNJ, que posteriormente foi complementada com o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15) e com a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/15).

As duas leis surgiram para regular a técnica, porém entre seus dispositivos existem divergências no tocante à aplicabilidade, de modo a surgir o seguinte questionamento: qual norma aplicar?

O presente artigo tem como objetivo geral abordar a mediação no ordenamento jurídico brasileiro, trazendo as implicações deste instituto nas leis vigentes e no Novo Código de Processo Civil, de forma a que se possa concluir, tendo em vista a existência de algumas contradições entre as referidas leis, qual a norma prevalecente após a utilização dos critérios clássicos de resolução de antinomias e da teoria do diálogo das fontes.

O trabalho foi dividido de maneira que o leitor melhor compreendesse os conceitos teóricos e doutrinários desenvolvidos para a resolução das incompatibilidades através dos critérios hierárquico, cro-

¹⁰⁶ Advogado inscrito na OAB-CE. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Pós-graduando em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio. E-mail: g.arruda@globomail.com

¹⁰⁷ Advogada inscrita na OAB-CE. Graduada em Direito pela Faculdade 7 de Setembro. E-mail: marcela.macedo@hotmail.com.br

nológico e da especialidade, bem como das regras estabelecidas pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Durante o estudo, verifica-se a dificuldade da utilização dos métodos clássicos de antinomia, indicando a teoria do diálogo das fontes como meio alternativo para atingir a harmonia entre os dispositivos normativos em conflito.

A metodologia adotada no presente trabalho consiste no levantamento e análise doutrinária e jurisprudencial, bem como pesquisa bibliográfica em revistas e artigos científicos que abordam a problemática do tema em questão.

2. BREVE HISTÓRICO DA MEDIAÇÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO.

O Código de Processo Civil de 1973 não previu a mediação e a conciliação. O único dispositivo que veio a tratar do assunto foi o artigo 277 falando brevemente sobre a audiência de conciliação e estabelecendo que a conciliação seria reduzida a termo e homologada por sentença, podendo o juiz ser auxiliado por conciliador.

Em 2010, a Resolução nº 125 do CNJ estabeleceu a adoção no Judiciário de uma política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, com o objetivo de não se utilizar apenas dos serviços prestados nos processos judiciais, como também de outros mecanismos consensuais de litígios, de modo que destinou ao Conselho Nacional de Justiça a competência de organizar programa promovendo ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação.

Tartuce (2015a) explica que até o ano de 2015 somente os mediadores judiciais contavam com algumas regras específicas para a sua atuação, previstas na Resolução nº 125/2010 do CNJ, não havendo norma oficial que regulasse a atuação dos mediadores privados. Acontece que, nesse período, diversos projetos de leis tramitaram no cenário brasileiro para tratar de mediação, ante o argumento de que a crise da justiça exigia instrumentos aptos a promover a celeridade e a resolução de conflitos.

Em 2015, houve o surgimento do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16/03/2015), que passou a reconhecer expressamente a solução consensual dos conflitos como norma fundamental (conforme previsão nos §§ 2º e 3º de seu artigo 3º) e em especial o método da mediação nos seus dispositivos.

Cabe ressaltar que as vantagens de se adotar os meios consensuais estão ligadas às características de seus proveitosos resultados como a celeridade, a satisfação, a economia e o cumprimento voluntário dos pactos (TARTUCE, 2015c, p. 520).

Para Didier Jr. (2016, p. 167), há atualmente um princípio de estímulo da solução por autocomposição nos casos em que ela é viável, uma vez que se trata de um método alternativo de pacificação social, que retira a exclusividade estatal para a solução de interesses e, então, a solução do conflito se resolve através do consentimento espontâneo de um dos contendores em sacrificar o interesse próprio, seja no todo ou em parte, em favor do interesse alheio.

A solução negocial, além de ser um método eficaz e econômico de resolução de litígios, é ainda um instrumento de desenvolvimento da cidadania, pois os interessados atuam na construção da decisão jurídica que regula suas relações (DIDIER JR., 2016, p. 271).

Algum tempo depois, foi promulgada a Lei de Mediação (Lei nº 13.140, de 26/06/2015), devendo-se destacar que, embora tenha sido uma lei posterior ao CPC/15, entrou em vigor antes por causa do seu período de *vacatio legis* distinto.

É importante frisar que tanto o novo CPC quanto a Lei de Mediação possuem previsões semelhantes, porém em alguns dispositivos há contradições, de maneira que ao longo do artigo serão demonstradas técnicas para solucionar o conflito entre ambas.

3. ASPECTOS DA MEDIAÇÃO.

Segundo Tartuce (2015a), a mediação traduz-se no meio consensual de abordagem de controvérsias em que um terceiro imparcial atua para facilitar a comunicação entre os envolvidos, de forma a propiciar que eles possam protagonizar saídas produtivas aos impasses que os envolvem, a partir da percepção ampliada em torno da situação controvertida.

A mediação é uma técnica que busca desenvolver o consenso preservando a autoria da resposta dos envolvidos, tendo assim uma maior chance de satisfação e de cumprimento espontâneo pelo fato de cada interessado colaborar decisivamente na formação da solução final (TARTUCE, 2015c, p. 523). Assim, os interessados agem de forma cooperativa em favor de interesses comuns ligados à superação de dilemas e impasses (TARTUCE, 2015a).

O novo Código de Processo Civil dispõe no artigo 165, §3º que o mediador atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliando aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefício mútuos.

Seguindo a mesma linha, a Lei da Mediação prevê no seu artigo 1º, parágrafo único, que a mediação é 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.

Didier Jr (2016, p. 274) entende que o mediador serve como um facilitador do diálogo entre as partes, auxiliando-os a compreender as questões e os interesses de conflito para que consigam identificar soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

A técnica da mediação é indicada nos casos em que exista uma relação anterior e permanente entre os interessados. Como bem ressalta Tartuce (2015a), a vantagem dessa técnica é permitir, se as partes assim desejarem, a continuidade da relação em uma perspectiva de futuro. Tal método se insere na noção de justiça coexistencial e possui um estímulo à cultura de paz.

4. A RELAÇÃO ENTRE O NOVO CPC E A LEI DE MEDIAÇÃO.

O novo CPC (Lei 13.105/2015), promulgado em 16/03/2015, publicado em 17/03/2015 e com entrada em vigor em 18/03/2016, trouxe profundas inovações quanto ao tema da mediação, não sendo, no entanto, o único diploma normativo a tratar do assunto. Em 26/06/2015 foi promulgada a Lei 13.140/2015, denominada Lei de Mediação, a qual dispôs sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, tendo sido publicada no Diário Oficial em 29/06/2015, com entrada em vigor em 30/12/2015.

Verifica-se que, quanto à mediação extrajudicial, não há que se falar em incompatibilidade entre o NCPC e a Lei 13.140/15, primeiro porque tal assunto é tratado exclusivamente na Lei de Mediação e segundo porque o artigo 175 do novo CPC afirma que as disposições relativas aos mediadores e conciliadores judiciais não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica.

Por outro lado, no que se refere à mediação judicial, existem no ordenamento jurídico duas leis, vigentes e eficazes, tratando sobre o mesmo assunto: o novo CPC e a Lei de Mediação. Poder-se-ia pensar que tais normas complementam uma à outra, porém, conforme explica Tartuce (2015b), apesar da existência de dispositivos semelhantes, há também diferenças marcantes.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e os chamados métodos clássicos de solução de antinomias elencam regras que ajudam a saber qual das normas em conflito deve prevalecer, conforme se verá a seguir.

4.1 Métodos clássicos de solução de antinomias.

Para que tenha validade e eficácia, a lei passa por três fases: as de elaboração, promulgação e publicação, após a qual vem o prazo de vacância (TARTUCE, 2016, p. 5). Segundo Farias e Rosenthal (2016, p. 133), sob o ponto de vista formal, a lei nasce com a sua promulgação, no entanto, só começa a vigorar após ser publicada em Diário Oficial. É a partir da vigência que a norma adquire força obrigatória e vinculante, ou seja, vincula o comportamento geral e abstrato das pessoas.

Pode acontecer que o termo inicial de vigência de uma norma recaia em data posterior ao de sua publicação, nesse caso, está-se diante do denominado prazo de *vacatio legis*, aquele compreendido entre a data de publicação e o início da vigência da norma jurídica. Durante o referido prazo, a norma já existe, porém ainda não é obrigatória. Por já existir, toda e qualquer alteração de uma norma legal em período de *vacatio legis* deve se operar por meio de uma lei nova (FARIAS; ROSENTHAL, 2016, p. 135).

O Decreto-lei nº 4.657/42, denominado Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ou LINDB, elenca, dentre outros conteúdos, regras quanto à vigência das leis, ajudando o intérprete a saber qual norma aplicar. Tartuce (2016, p. 1-2) refere-se a tal lei como uma norma jurídica que visa a regulamentar outras normas.

Em decorrência do princípio da continuidade, elencado no artigo 2º da LINDB, tem-se que, como regra, uma lei vige até que outra venha a lhe revogar, expressa ou tacitamente. A revogação é gênero que elenca duas espécies, a ab-rogação, quando a norma anterior é totalmente suprimida pela posterior, e a derrogação, quando apenas parte do texto legal anterior é tornado sem efeito pela lei nova. Fala-se em revogação expressa, quando há menção direta à revogação de lei anterior, ou tácita, hipótese em que a lei

nova apresenta-se incompatível, no todo ou em parte, com as disposições constantes da lei anterior que tratava sobre o mesmo assunto (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 136).

O artigo 2º, § 1º da LINDB define as três hipóteses em que uma lei posterior revogará a lei anterior: quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível, ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. No primeiro caso a revogação é expressa, pois a norma posterior declara expressamente a revogação. Nas duas últimas situações a revogação é tácita, seja por causa da incompatibilidade ou da inteira nova regulamentação.

Por sua vez o § 2º do artigo 2º da LINDB traz uma situação em que não haverá revogação ou modificação da lei anterior por parte da lei posterior: quando a lei nova estabelecer disposições gerais ou especiais a par das já existentes. De fato, quando a lei mais recente traz determinações, sejam gerais ou especiais, que se harmonizam com as já existentes, não há que se falar em revogação.

Quando se está diante de uma declaração expressa de revogação, não há maiores dificuldades ao aplicador do direito, pois a própria lei posterior define com precisão em quais pontos revoga a lei anterior. A revogação tácita, por outro lado, demanda que o jurista analise ambas as leis para que encontre em que aspectos há incompatibilidade.

Bobbio (1997, p. 85) expõe que a incompatibilidade entre duas normas ocorre em três casos: quando uma norma obriga e a outra proíbe, quando uma obriga fazer e a outra permite não fazer, ou, ainda, no momento em que uma proíbe fazer e a outra permite fazer. Quando se está diante de duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e que tenham o mesmo âmbito de validade, tem-se o que se chama de antinomia jurídica.

O ordenamento jurídico tende a se constituir em sistema, razão pela qual o intérprete dirige-se à eliminação de antinomias, consideradas um defeito do ordenamento. Quando duas normas que não podem ser ambas aplicadas aparecem, a solução para tal problema reside na exclusão de uma das normas. Para saber qual norma deve ser eliminada do ordenamento é que existem os critérios para a solução de antinomias (BOBBIO, 1997, p. 91).

Nem todas as antinomias são solucionáveis a partir de tais critérios, por isso que Bobbio (1997, p. 92) divide as antinomias em aparentes, aquelas que são solúveis, e as reais, que não podem ser resolvidas devido à falta de um critério a ser aplicado ou à existência de conflito entre os critérios dados.

Bobbio (1997, p. 92) elenca três critérios para a solução das antinomias: cronológico, hierárquico e da especialidade.

Segundo o critério cronológico, entre duas normas incompatíveis deve prevalecer a norma posterior. Pensar de forma contrária impediria o progresso jurídico e a adaptação do direito às exigências sociais que surgem no decorrer do tempo. Além disso, presume-se que quando o legislador edita uma lei ele não o faz sem utilidade ou finalidade, razão pela qual a norma mais recente prepondera (BOBBIO, 1997, p. 92-93).

O critério hierárquico, por sua vez, orienta que a norma superior, em virtude da maior força de seu poder normativo, revoga a inferior. As normas do ordenamento jurídico são colocadas em planos de hierarquia diferentes, e uma norma inferior hierarquicamente não tem o condão de estabelecer uma regulamentação que se oponha com sucesso à de uma norma superior (BOBBIO, 1997, p. 93).

Por fim, a lei especial predomina sobre a lei geral. Tal critério de solução de antinomia possui o seu fundamento de validade no princípio da isonomia, pois, ao fazer prevalecer a especialidade de uma lei, as pessoas que pertencem a categorias distintas são tratadas de forma diferente, podendo, assim, dar a cada um o que é seu. Quando se aplica tal critério, a norma geral não é totalmente eliminada, mas tão somente nas partes em que seja incompatível com a lei especial, fala-se, então, em derrogação (BOBBIO, 1997, p. 95-97).

Quando o conflito de normas abrange apenas um dos critérios de solução de antinomias, fala-se em antinomia de 1º grau. Será de 2º grau quando envolver dois ou mais critérios (GONÇALVES, 2010, p. 68).

Bobbio (1997, p. 107-110), ao tratar das antinomias de 2º grau, explica que, diante de um conflito entre o critério hierárquico e o cronológico, prevalece o hierárquico. Quando se conflita o critério cronológico com o da especialidade, deve-se dar preferência à lei especial, pois uma lei geral posterior não tira do caminho uma lei anterior especial. Por fim, entre critério hierárquico e o da especialidade, a solução dependerá do intérprete conforme as circunstâncias do caso concreto.

O critério da hierarquia, portanto, é o mais forte de todos, tendo em vista decorrer da própria importância que se dá à posição do Texto Constitucional, sendo o critério da especialidade de força intermediária e o cronológico o mais fraco (TARTUCE, 2005).

Apesar da força intermediária do critério da especialidade, ao entrar em conflito com o hierárquico, discute-se se este deve mesmo prevalecer. Isso ocorre porque a especialidade também tem previsão cons-

titucional, retirando o seu fundamento de validade no princípio da isonomia. Ao confrontar tais critérios, está-se diante, então, de uma antinomia real (TARTUCE, 2005).

Tartuce (2005) explica que, diante de uma antinomia real, a solução pode ser dada pelo Poder Legislativo, ao editar uma terceira norma dizendo qual das leis em conflito deve ser aplicada, ou pelo Judiciário, quando o juiz escolherá qual norma utilizar valendo-se do princípio máximo de justiça.

Em resumo, tem-se que lei posterior prepondera sobre lei anterior, lei superior sobre inferior e especial sobre geral. Além disso, o critério hierárquico prevalece sobre os demais, exceto quando se confronta com o critério da especialidade, situação na qual se está diante de uma antinomia real.

4.2 Métodos clássicos de solução de antinomias aplicados ao novo CPC e à lei de mediação.

Diante do conflito entre o novo CPC e a Lei de Mediação, observa-se que nenhuma das normas declarou expressamente qualquer revogação entre uma e outra.

Sucedendo-se, então, à análise de ocorrência ou não de revogação tácita. Para Fernanda Tartuce (2015b), a ocorrência ou não de tal fenômeno passa por um exame das disposições das leis anterior e posterior, de forma a verificar eventuais incompatibilidades.

Partindo-se do pressuposto de que o novo CPC e a Lei de Mediação apresentam contradições em relação a determinados conteúdos, e que tal conflito é uma antinomia aparente (TARTUCE, 2015b), os critérios hierárquico, cronológico e da especialidade lhes podem ser aplicados.

O critério hierárquico em nada contribui para a solução do problema, tendo em vista que tanto o novo CPC quanto a Lei de Mediação ocupam o mesmo patamar (TARTUCE, 2015b). Segundo Mazzola (2015, p. 217), ambas são leis ordinárias, aprovadas pela maioria dos parlamentares de cada casa do Congresso, tendo sido regularmente sancionadas pela Presidente. Passa-se ao próximo critério.

Tomando por referência a data de promulgação, a Lei 13.140/15 é posterior. Quando se escolhe a data de início da vigência, a Lei 13.105/15 entrou em vigor aproximadamente três meses após a Lei de Mediação. Surge então a dúvida: para a aplicação do critério cronológico, deve-se levar em conta a data de promulgação ou de vigência?

O Supremo Tribunal Federal, no HC nº 72.435/SP, julgado em 12/09/1995, decidiu que o termo em que se verifica a posterioridade de uma norma é a data de sua promulgação, ou seja, do momento em que passa a existir, sendo então possível que uma lei revogue outra que ainda esteja em *vacatio legis* (MAZZOLA, 2015, p. 213-214).

Mazzola (2015, p. 213) explica que o caso decidido pela suprema Corte tratava-se de um conflito entre o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei dos Crimes Hediondos. Ambos os diplomas normativos tratavam do crime de estupro e de atentado violento ao pudor, no entanto, cada qual atribuía penas diferentes para os mesmos delitos.

O ECA foi promulgado em 13/07/1990, mas só entraria em vigor em outubro daquele mesmo ano. Já a Lei de Crimes Hediondos foi promulgada em 25/07/1990, com início de vigência em 26/07/1990 (MAZZOLA, 2015, p. 213).

O STF, no HC nº 72.435/SP, decidiu que não há qualquer óbice que impeça a revogação de determinada lei por outra, ainda que a superveniência desta última tenha formalmente ocorrido durante o prazo de *vacatio legis* da primeira, devendo o marco determinante da posterioridade ser a data de promulgação. Com isso chegou-se à conclusão de que a Lei de Crimes Hediondos, por ter sido promulgada posteriormente, prevaleceu sobre o ECA e o derogou tacitamente.

Aplicando-se tal entendimento ao conflito entre o novo CPC e a Lei de Mediação, conclui-se que a Lei de Mediação, promulgada posteriormente, o teria derogado tacitamente naquilo que lhe foi incompatível. Tal derogação teria acontecido, inclusive, antes mesmo do novo Código de Processo Civil entrar em vigor.

Por fim, dado que o critério cronológico é o mais fraco de todos (TARTUCE, 2005), cumpre analisar também o critério da especialidade, afinal, caso haja conflito entre os referidos parâmetros, este prevalecerá.

Para Mazzola (2015, p. 218), a Lei de Mediação é especial em relação ao novo CPC por tratar do tema com maior aprofundamento, de forma direta e com maior alcance. Tartuce (2015b) também considera a Lei 13.140/15 como especial e acrescenta que tal norma, por regular com detalhes a sequência de atos a ser observada na mediação judicial, faz com que o novo CPC tenha uma aplicação subsidiária quanto ao referido assunto.

Apesar da opinião de tais autores, tanto o novo CPC quanto a Lei de Mediação podem ser considerados especiais em relação a determinados assuntos, pois, conforme explica Bobbio (1997, p. 96), uma

lei especial é aquela que anula uma lei geral ou que simplesmente regulamenta de forma diferente parte de uma norma.

A Lei de Mediação não anulou o novo CPC por completo, até porque só se mostrou incompatível com esse último em pontos específicos. O fato de o legislador ter, em tão curto espaço de tempo, editado dois diplomas normativos tão parelhos e que tratam do mesmo assunto fez com que, quanto a alguns temas, notadamente no que se refere ao procedimento de mediação, houvesse uma regulamentação mais pormenorizada por parte da Lei 13.140/15, entretanto, conforme menciona Tartuce (2015b), nas ações de família e nas possessórias, foi o novo Código Processual quem ofereceu um maior detalhamento.

Diante do exposto, verifica-se que a Lei de Mediação, embora triunfe quanto ao critério cronológico por ser mais recente, não é especial em relação a todos os assuntos tratados no novo CPC sobre mediação. Cabe ao intérprete, portanto, procurar em quais assuntos cada lei é mais específica e, com isso, definir onde houve revogação tácita.

Tais métodos clássicos de solução de antinomias podem não se mostrar como as ferramentas mais adequadas diante do conflito entre normas tão parelhas, vide, por exemplo, a dificuldade em se definir qual dessas leis é especial. Uma solução alternativa será analisada a seguir, trata-se da teoria do diálogo das fontes, que busca harmonizar os diplomas normativos em conflito para que se aproveite ao máximo o que cada norma tem de melhor a oferecer.

5. A TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES COMO SOLUÇÃO ALTERNATIVA À INCOMPATIBILIDADE ENTRE O NOVO CPC E A LEI DE MEDIAÇÃO.

A teoria do diálogo das fontes, desenvolvida na Alemanha por Erik Jayme e trazida ao Brasil por Cláudia Lima Marques, valoriza a complementariedade das normas jurídicas, buscando, assim, substituir e superar os critérios clássicos de solução das antinomias jurídicas (TARTUCE; NEVES, 2014).

O direito contemporâneo se apresenta como um sistema plural e complexo, no qual cada vez mais se legisla sobre temas convergentes. Isso faz com que o intérprete tenha que buscar uma solução mais fluida e mais flexível para a resolução de antinomias, de forma a harmonizar e coordenar as normas do ordenamento jurídico em vez de excluí-las (MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2010, p. 30-31).

Segundo Marques, Benjamin e Miragem (2010, p. 31-32), o diálogo das fontes propõe uma relação maleável e eficaz entre as normas em conflito no sistema, ou seja, a superação dos paradigmas é substituída pela sua convivência. Isso significa que normas com campos de aplicação diferentes ou por vezes convergentes, que seriam a princípio incompatíveis, conseguem coexistir harmoniosamente graças a um diálogo no qual se busca alcançar a finalidade revelada em ambas.

A expressão "diálogo" advém do fato de que as normas em conflito irradiam influências recíprocas, o que pode resultar na aplicação simultânea e coordenada de ambas as leis, ou até mesmo de apenas uma delas, desde que vise a complementar a finalidade da outra (MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2010, p. 32-33).

Para Marques, Benjamin e Miragem (2010, p. 61-62), a vantagem de se utilizar o diálogo das fontes está em dar utilidade às leis novas e antigas, preservando o objetivo de ambas, e com isso eliminar as lacunas do ordenamento. Ademais, não há qualquer óbice a que se utilize tal teoria em várias áreas e disciplinas jurídicas onde os direitos fundamentais e princípios constitucionais permitam a aplicação coexistente e lógica das normas conflitantes.

TARTUCE (2015b) considera que o diálogo das fontes pode ser uma solução adequada para os conflitos existentes entre o novo CPC e a Lei de Mediação, pois ambos os diplomas normativos "dispõem de princípios comuns, sendo seus pilares a autonomia da vontade, a imparcialidade, a confidencialidade, a oralidade e a informalidade".

De fato, conforme explicam Marques, Benjamin e Miragem (2010, p. 36), "a convergência de princípios é vista hoje como um fato bastante positivo para a co-habitação (ou diálogo) das leis novas e antigas no mesmo sistema jurídico". Há, portanto, uma convergência de princípios entre o novo CPC e a Lei de Mediação, sendo tal afinidade o caminho para o diálogo entre as fontes.

Em vez de se excluir a aplicação de uma ou outra norma, há uma subsunção concomitante entre o novo CPC e a Lei de Mediação, de forma que, diante das incompatibilidades, a conclusão alcançada seja aquela que mais se harmonize com os princípios da mediação (TARTUCE, 2015b).

Segundo Takahashi (2016, p. 28) o minissistema brasileiro de métodos consensuais de solução judicial de conflitos, composto pelo novo CPC, Lei de Mediação e Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça têm como norma interpretativa fundamental o artigo 3º do novo Código Processual, devendo o intérprete, em caso de dúvida, escolher a aplicação que melhor promova a solução consensual da divergência.

Seguindo tal linha de raciocínio, pode-se dizer que o diálogo das fontes traz uma orientação em sentido semelhante, pois não exclui por completo as disposições de determinada norma, mas sim se busca aproveitar o que cada uma tem de melhor a oferecer. Para saber qual a melhor solução a uma incompatibilidade entre o novo CPC e a Lei de Mediação deve-se analisar os princípios balizadores da mediação e com isso escolher a resposta que mais se aproxime de tais premissas.

6. CONCLUSÃO

A mediação é uma técnica na qual as partes conseguem, por conta própria, chegar à solução do litígio, gerando alternativas a um Judiciário demasiadamente lento. Além da celeridade, a resolução de um problema feita pelas próprias partes possui maior efetividade, o que constitui grande vantagem.

Desde o ano de 2010, com o advento da Resolução nº 125 do CNJ, que regulou programas de incentivo à autocomposição de litígios, os métodos de solução consensual de conflitos, notadamente a mediação, vêm ganhando destaque no ordenamento jurídico brasileiro. Em 2015, dois importantes diplomas normativos vieram a tratar do assunto trazendo profundas inovações: o novo Código de Processo Civil e a Lei de Mediação.

Tanto o novo CPC quanto a Lei 13.140/15 trataram da mediação judicial. Por mais que, em geral, ambas as normas agreguem conteúdo compatível entre si, existem alguns assuntos específicos em que houve contradições.

A incompatibilidade entre tais normas gera uma situação antinômica que demanda a aplicação dos critérios clássicos de solução de antinomias. O critério hierárquico em nada interfere na análise, tendo em vista que ambas as normas estão no mesmo patamar. A Lei de Mediação, por ter sido promulgada posteriormente, prevalece quanto ao critério cronológico. Por fim, ao se utilizar o critério da especialidade, verifica-se que ambos os diplomas tratam do assunto de forma especial quanto a temas específicos. A Lei de Mediação dá mais ênfase ao procedimento, já o novo CPC prevê detalhes para a aplicação da mediação nas ações de família e nas possessórias. Pelos métodos clássicos, caberá então ao intérprete analisar as duas leis e verificar em que partes cada uma foi especial, sabendo assim qual norma prevalecerá.

Solução alternativa aos métodos clássicos, a teoria do diálogo das fontes propõe uma harmonização entre as normas conflitantes, de modo que, entre duas leis a princípio inconciliáveis, não haja mais a exclusão de uma delas, mas sim uma solução que compreenda a essência e a finalidade emanada pelos diplomas em embate.

O diálogo das fontes pode perfeitamente servir como ferramenta para solucionar um conflito entre o novo CPC e a Lei de Mediação, até porque ambas as normas se orientam nos mesmos princípios, como, por exemplo, a autonomia da vontade, a oralidade, a imparcialidade e a eficiência. É justamente tal convergência de fundamentos que permite se extrair uma resposta a partir da convivência coerente entre as leis.

Ao se basear nos princípios da mediação, a solução escolhida, seja extraída de qual norma for, sempre será a que melhor proporciona às partes, principais interessadas em resolver seus problemas por consenso, o maior grau de satisfação e efetividade.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BRASIL. CNJ. Resolução nº 125, de 29 de nov. 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

_____. Lei nº 5.869, de 8 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 jan. 1973.

_____. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 9 set. 1942.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

_____. Lei 13.140, de de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 29 jun. 2015.

_____. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 26 jul. 1990.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 jul. 1990.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 72.435/SP. Relator: MELLO, Celso de. Julgado em: 12 set. 1995. Publicado no DJe nº 152 em: 14 ago. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=600713>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: parte geral e LINDB. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 1: parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARQUES, Claudia Lima.; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM; Bruno. Comentários ao Código de defesa do consumidor. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MAZZOLA, Marcelo. Mediação e direito intertemporal: duas leis em vacância e um convite à compatibilização. Revista de Arbitragem e Mediação. vol. 46. ano 12. p. 209-225. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2015.

TAKAHASHI, Bruno. De novo, os meios consensuais no novo cpc. Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia: Mediação e conciliação. ed. 23 - Verão 2016. p. 24-33. São Paulo: OAB-SP, 2016. Disponível em: <https://issuu.com/esa_oabsp/docs/revista_cienti_fica_esaoabsp_ed_23/1>. Acesso em: 28 jun. 2016.

TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. 2. ed. rev. atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015a. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6721-5/>> . Acesso em: 29 jun. 2016.

_____. Interação entre novo CPC e lei de mediação: primeiras reflexões. Portal processual, 2015b. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/interacao-entre-novo-cpc-e-lei-de-mediacao-primeiras-reflexoes/>>. Acesso em: 7 jun. 2016.

_____. Comentários aos artigos 165 a 175. In: Teresa Arruda Alvim Wambier; Fredie Didier Jr.; Eduardo Talamini; Bruno Dantas. (Org.). Breves Comentários ao Código de Processo Civil. 1. ed. v. 1. p. 520-543. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015c.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito do consumidor: direito material e processual. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

_____. Breve estudo das antinomias ou lacunas de conflito. Revista Jus Navigandi. ano 10. n. 879. Teresina: 29 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7585>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

MEDIAÇÃO DE CONFLITOS: O ACESSO À JUSTIÇA A PARTIR DA ASSISTÊNCIA JURÍDICA UNIVERSITÁRIA

MEDIATION OF CONFLICTS: ACCESS TO JUSTICE BY THE UNIVERSITY LEGAL COUNSEL

Gárdia Rodrigues Silva¹⁰⁸

RESUMO: Neste texto, é apresentado um olhar sobre um dos mecanismos de acesso à justiça alçado à pauta das agendas sociojurídicas contemporâneas: a mediação de conflitos. Para tanto, esse olhar é construído a partir de um viés teórico, que recai sobre a análise de algumas condições que avigoram a emergência desse instrumento na cultura jurídica, a exemplo dos novos contornos conferidos ao acesso à justiça; das novas relações estabelecidas entre indivíduo, sociedade e conflito; dos novos repertórios discursivos que vão dos textos normativos aos currículos; e de um viés mais empírico, que recai sobre a análise dos contornos da prática de mediação no Núcleo de Prática Jurídica, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal de Alagoas (NPJ/FDA/UFAL), mais especificamente, junto ao Escritório Modelo de Assistência Jurídica (EMAJ).

Palavras-chave: Acesso à Justiça; Mediação de Conflito; Núcleo de Prática Jurídica.

ABSTRACT: In this work, its purpose is to present a view of one of the mechanisms of access to justice embodied on the agenda of socio-legal contemporary schedules: conflict mediation. To that end, this glance is built from a more theoretical bias, which lies on the analysis of some conditions that engendered the exigency of this instrument in the legal culture, like the new contours of access to justice; the new relations established between the individual, society and conflict; new discursive repertoires ranging from normative texts curricula, as well as an empirical bias, which lies on the analysis of the practice of mediation contours with the Núcleo de Prática Jurídica, from the Law School of the Federal University of Alagoas (NPJ/FDA/UFAL), more specifically, along with the Escritório Modelo de Assistência Jurídica (EMAJ).

Keywords: Access to Justice; Conflict Mediation; Núcleo de Prática Jurídica.

1. INTRODUÇÃO

[...] os cidadãos de menores recursos tendem a conhecer pior os seus direitos e, portanto, a ter mais dificuldades em reconhecer um problema que os afeta como sendo problema jurídico; [...] mesmo reconhecendo o problema como jurídico, como violação de um direito, é necessário que a pessoa se disponha a interpor a ação. Os dados mostram que os indivíduos das classes mais baixas hesitam muito mais que os outros em recorrer aos tribunais mesmo quando reconhecem estar perante um problema legal; [...] quanto mais baixo é o estrato socioeconômico do cidadão, menos provável é que conheça advogado ou que tenha amigos que conheçam advogados, menos provável é que saiba onde, como e quando pode contratar o advogado, e maior é a distância geográfica entre o lugar onde vive e a zona da cidade onde se encontram os escritórios de advocacia e os tribunais (SANTOS, 1989, p. 49).

Em um país marcadamente heterogêneo e profundamente desigual como o Brasil, dificuldades de acesso a uma série de direitos perpassam a experiência histórica nacional. No estudo em tela, a atenção é voltada para um desses direitos: o acesso à justiça. O excerto em destaque, de Boaventura de Sousa Santos, aponta alguns entraves para a reivindicação de direitos e/ou a solução de litígios perante as instâncias judiciais. Quando reivindicados, o vultuoso número de processos, o excessivo formalismo das práticas forenses e a morosidade processual são outros obstáculos que circunscrevem a tramitação de uma ação judicial. Nos tempos contemporâneos, para a construção de outro cenário, voltado à redução da judicialização dos conflitos e à democratização do acesso à justiça, algumas mudanças são consubstanciadas na/pela cultura jurídica.

Com efeito, transformações sociais, econômicas, políticas e culturais ensejam redefinições de contextos e conceitos. Para acompanhar as novas tessituras, novos delineamentos são tecidos pelo Direito e, por conseguinte, novos eixos temáticos são consolidados, assim como novas hierarquias valorativas são instauradas. Das transformações ocorridas durante os últimos anos, o recrudescimento dos movimentos em defesa dos direitos humanos e em defesa do acesso à justiça merece realce. Dessas lutas político-culturais, advém uma reflexão crítica sobre a estrutura jurídica vigente, e a ideia de um Direito mais plural, presente de diferentes formas em diferentes espaços, é difundida.

A partir da imbricação entre Sociologia e Direito, os operadores jurídicos buscam tecer abordagens mais críticas do Direito, "identificando os pressupostos ideológicos da dogmática jurídica implícitos na cultura 'técnica' dos operadores dos códigos, colocando em novos termos o conceito de 'juridicidade', re-

108 Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS); Especialista em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU); Mestre em Sociologia pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL); Doutoranda em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF); Advogada Orientadora do Núcleo de Prática Jurídica, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal de Alagoas (UFAL); Membro do Laboratório Fluminense de Estudos Processuais (LAFEP), mais especificamente da linha de pesquisa Acesso à Justiça. E-mail: gardia@folha.com.br

tomando a discussão em torno do pluralismo jurídico" (FARIA; CAMPILONGO, 1991, p. 25-26). Para atenuar o descompasso entre os repertórios legais e a realidade brasileira ou, em palavras outras, para aproximar o Direito do cenário histórico-social em que se insere, um novo olhar é conferido para os contornos do acesso à justiça e, notadamente, para o emprego dos meios alternativos para o tratamento de conflitos.

Em face da densidade teórica e empírica alcançada pelo tema, neste texto, tem-se como propósito, em um contexto mais amplo, analisar algumas condições que avigoram a emergência desse novo eixo temático, a exemplo dos novos contornos conferidos ao acesso à justiça; das novas relações estabelecidas entre indivíduo, sociedade e conflito; dos novos repertórios discursivos que vão dos textos normativos aos currículos e, em um contexto mais específico, analisar alguns desdobramentos da prática de mediação extrajudicial em uma localidade periférica do país, mais especificamente, em um recorte de Maceió, cidade que figura no rol das capitais brasileiras que apresentam os piores Índices de Desenvolvimento Humano (IDH), de acordo com indicadores do Atlas do Desenvolvimento Humano, concebido pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD).

Para tanto, em um primeiro momento, o texto contempla um viés mais teórico, com os marcos teóricos-conceituais relativos ao estudo e às condições acima mencionadas; em um segundo momento, o texto contempla um viés mais empírico, com alguns resultados alcançados na pesquisa até o presente momento, a partir do trabalho de campo realizado junto ao Escritório Modelo de Assistência Jurídica, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas (EMAJ/FDA/UFAL), aqui considerado como um "caso particular do possível", isto é, como uma possibilidade para tratar do tema em um universo de configurações possíveis (BACHELARD, 1991). A segunda seção foi construída por meio de observação participante e a partir de dados coletados de fontes primárias e secundárias sobre o contexto estudado – Maceió/AL, o espaço – EMAJ, e a prática – mediação de conflitos.

2. CONTORNOS DO ACESSO À JUSTIÇA: DELINEAMENTOS

Ao longo dos anos 1960 e seguintes, importantes estudos voltaram a atenção para o acesso à justiça e seus desdobramentos. O relatório do Projeto de Florença, consubstanciado no livro *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective*, sob os auspícios de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, é uma referência para o movimento em comento. A obra *Acesso à Justiça*, publicada no Brasil já nos anos finais de 1980, traz uma compilação das investigações realizadas pelos autores sobre o funcionamento de sistemas judiciários de alguns países, como, Itália, França, Espanha, Portugal, Estados Unidos, entre outros e, nessa direção, trata desde a evolução do conceito de acesso à justiça, até os obstáculos e as soluções para alcançar tal direito.

Depreende-se que de uma perspectiva de acesso formal, o referido conceito passa a ser acolhido a partir de uma perspectiva de acesso material, e é apontado como o "requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos" (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 5). Para superar obstáculos econômicos, organizacionais e procedimentais, Cappelletti e Garth apresentam algumas soluções ou "ondas renovatórias", a saber, a criação da assistência judiciária gratuita, com a extensão de serviços jurídicos àqueles desprovidos de recursos para custeá-los; a inclusão de interesses difusos como objetos de proteção jurídica; o acesso à justiça efetivo, com a reforma dos modelos em voga.

É de registrar-se que o Brasil não está no rol de países investigados por Cappelletti e Garth. Em uma releitura do tema, a partir de uma experiência brasileira, os estudos empíricos de Boaventura de Sousa Santos, realizados em uma comunidade do Rio de Janeiro, com o nome fictício de Pasárgada, acrescentam obstáculos sociais e culturais ao acesso à justiça. Em *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica* (1988), Santos desvela uma realidade que, diante do distanciamento entre as instituições e a sociedade, abarca a adoção de outros procedimentos para a resolução de conflitos, distintos dos procedimentos estatais.

Outros estudos críticos também realçam a necessidade de problematizar a relação entre Direito e justiça na contextura brasileira, entre eles, destacam-se os de Roberto Lyra Filho. Nessa direção, a concepção de acesso à justiça adotada nestes escritos é um amálgama desses textos e contextos, em outras palavras, trata-se de uma concepção ampla, de um direito não adstrito ao acesso aos órgãos judiciários, eis que abrange equivalentes jurisdicionais adequados ao tratamento de conflitos, e revela um sentido axiológico em consonância com uma ordem jurídica justa.

3. INDIVÍDUO, SOCIEDADE E CONFLITO: A MEDIAÇÃO

No rol dos mecanismos alternativos, a mediação, paulatinamente, vem sendo considerada um eixo estratégico para o tratamento de conflitos, e dessa prática decorrem transformações relevantes para a so-

cidade. É a partir do conflito que desponta a possibilidade de uma construção continuada da dimensão subjetiva do indivíduo. Como aponta Norbert Elias (1994, p. LXVII-LXVIII), os indivíduos existem em configurações, e constituem, de um modo ou de outro, teias de interdependência, redes de inter-relações: "o entrelaçamento das dependências dos homens entre si, suas interdependências são o que os ligam uns aos outros. [...] a sociedade é o próprio entrelaçamento das interdependências formadas pelos indivíduos".

Interdependências e entrelaçamentos perpassam essas configurações, tecidas por uma trama de interações, por um conjunto de possibilidades de relações, do qual faz parte o conflito. Para Elias (1986; 1994), o conflito é inerente às relações sociais, e essas relações estão em constante processo de construção e reconstrução. Na mesma direção, Georg Simmel (1983) assinala que a sociedade é o produto das interações entre os indivíduos. O autor vale-se do conceito de sociação para designar as formas e/ou modos pelos quais os indivíduos se relacionam. Essas interações sociais e relações de interdependência não reverberam apenas uma convergência de interesses entre aqueles envolvidos, mas também relações de conflito. Nesses moldes, "se toda interação entre os homens é uma sociação, o conflito [...] deve certamente ser considerado uma sociação" (SIMMEL, 1983, p. 122).

Na contemporaneidade, Luís Alberto Warat (2001) acompanha esses posicionamentos ao referir que os indivíduos são interdependentes e a sociedade é o produto desses vínculos. A mediação tem como propósito a aproximação das pessoas interessadas no tratamento do conflito, aqui entendido como conjunto de condições psicológicas, culturais e sociais que promovem um embate de atitudes e interesses no relacionamento entre indivíduos. Cabe destacar que outra visão do conflito, mais positiva, como algo que é inerente à condição humana, confere suporte à mediação. A dicotomia vencedor/perdedor da demanda é substituída pela busca de uma composição consensual no formato vencedor/vencedor, mediante um processo em que a cada parte é conferida a possibilidade de exposição de seus interesses e de suas necessidades.

Sob o viés formal, o acesso à justiça é assegurado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; sob o viés material, instrumentos alternativos à prestação jurisdicional pelo Estado figuram, cada vez mais, como importantes meios para alcançá-lo. Com o advento da mediação, diante da "cultura da sentença" (WATANABE, 2007), marcada pela judicialização dos conflitos, elevado número de demandas, recursos humanos insuficientes, falta de celeridade processual, dificuldade de ingresso em juízo por pessoas desassistidas, entre outros demarcadores, busca-se uma "cultura da pacificação social", fundada em uma ferramenta mais célere, menos dispendiosa e mais humana para o alcance da justiça.

De acordo com Warat (2001), a mediação é um processo de reconstrução simbólica do conflito, no qual as partes, auxiliadas por um mediador, podem elucidar as diferenças mediante uma reinterpretação do conflito. Para Humberto Dalla Bernardina de Pinho (2010), para que haja mediação é necessário que coexistam três elementos essenciais: partes em conflito, contraposição de interesses e um terceiro neutro para auxiliá-las. Trata-se de um trabalho artesanal (PINHO, 2010), e ao mediador compete assistir, de forma imparcial e não autoritária, às partes no tocante ao redimensionamento do conflito: "chamar, para o lugar das transferências, o outro ou os outros envolvidos no conflito, tentando que cada um, olhando-se a partir do olhar do outro, possa transformar-se, reencontrando-se em suas pulsões de vida" (WARAT, 2001, p. 86).

Águida Arruda Barbosa (2010) ressalta que a mediação é um "instrumento à concretização dos ideais de distribuição de justiça, privilegiando as diferenças, pelo acolhimento e reconhecimento do conflito em sua mais ampla concepção". É possível inferir que essa prática é voltada para a autonomia, para a possibilidade de emancipação do indivíduo, e para o exercício da cidadania. Dito de outro modo, os indivíduos colocam em prática a "capacidade de administrar as diferenças do desejo e do saber" (WARAT, 1998, p. 37) e "tomam a palavra – tornando-se capazes de volver os olhos para o futuro – em lugar de aprisionar o olhar no passado – e, assim, passam a narrar os projetos para uma nova fase da vida" (BARBOSA, 2010).

4. REPERTÓRIOS DISCURSIVOS: DOS TEXTOS NORMATIVOS AOS CURRÍCULOS

Instituições, manifestações e movimentos sociais; disputas, interesses e jogos de poder; relações com o Estado, tomadas de posição e formações discursivas, são algumas nuances que atravessam o campo jurídico. A partir dos delineamentos traçados por Pierre Bourdieu (1996; 1998), o campo aqui é entendido como um espaço atravessado por forças, ao cingir os indivíduos nele inseridos, e um espaço de lutas, no qual os indivíduos atuam consoante as suas posições, mantendo ou modificando sua estrutura. Como corolário de tal entendimento, práticas e discursos jurídicos podem ser tomados como produtos desse campo, perpassado por relações de forças que o estruturam e por uma lógica que demarca os espaços possíveis do Direito (BOURDIEU, 1989).

Para falar em acesso à justiça é preciso falar em uma reconfiguração do campo jurídico, com redefinições de institutos e categorias processuais, e reformulações de conceitos e currículos. Inovações nos textos normativos, trazidos tanto pela Resolução n.º 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), pelo novo Código de Processo Civil – Lei n.º 13.105/2015, assim como pela Lei de Mediação e Arbitragem – Lei n.º 13.140/2015, e inovações no entendimento de alguns termos, a exemplo da noção de conflito, conformam uma nova formação discursiva (FOUCAULT, 1997). Essas novas leituras são determinadas no tempo e no espaço, mais especificamente, em uma dada época – nos tempos contemporâneos, e para uma dada área – o campo jurídico, exercendo uma função enunciativa e promovendo mudanças na balança de poder (ELIAS, 1994).¹⁰⁹

Acompanhando essa conjuntura, o currículo ocupa uma posição estratégica nas reestruturações e reformas educacionais. Isso porque nele se concentram e se desdobram as lutas em torno dos nexos entre “saber, poder e identidade” (SILVA, 2010a; 2010b, p. 10). O currículo autoriza certos grupos de especialistas e desautoriza outros; inclui certos saberes e exclui outros; fabrica os objetos epistemológicos de que fala, e produz os sujeitos aos quais fala (LATOURETTE, 2001). Em resposta às demandas contemporâneas, novas matrizes curriculares dos Cursos de Graduação em Direito são instituídas por Instituições de Educação Superior, nos termos da Resolução CNE/CES nº 09/2004 e alterações posteriores, editadas pelo Ministério da Educação.

Considerando o estudo proposto, é de registrar-se que a Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas (FDA-UFAL), em consonância com o Art. 7º in verbis, dessa Resolução, incorporou ao currículo não somente disciplinas e um Núcleo de Prática Jurídica (NPJ), mas disciplinas e um NPJ voltados para o emprego de meios alternativos para o tratamento de conflitos. O NPJ, juntamente com o Tribunal de Justiça de Alagoas (TJ-AL), abriga a segunda maior atividade de extensão da Universidade: o Fórum Universitário/Escritório Modelo de Assistência Jurídica (EMAJ).

Nesse sentido, o Escritório Modelo faz parte das disciplinas obrigatórias Estágio de Prática Jurídica – Escritório Modelo I e Escritório Modelo II, correspondentes ao 9º e 10º períodos, assim como Estágio de Prática Jurídica – Mediação, correspondente ao 7º período. A partir da prática discente, sob os auspícios de docentes e advogados orientadores, e com ênfase na mediação de conflitos, é prestada assistência, anualmente, a milhares de pessoas hipossuficientes, residentes nas imediações do campus, uma das regiões mais periféricas e vulneráveis da cidade de Maceió, e que conta com mais de 200 mil habitantes.

5. UM OLHAR SOBRE A EXPERIÊNCIA DO NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA

5.1 Do contexto: Maceió - AL

Conforme indicadores do Atlas do Desenvolvimento Humano no Brasil (2013), delineado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), Maceió figura no rol das capitais brasileiras que apresentam os piores Índices de Desenvolvimento Humano (IDH), índice esse aferido a partir da medição da renda, do nível educacional e da longevidade. Com uma estimativa de 1.013.773 habitantes, distribuídos em uma área de quase 510 Km², consoante dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2015), nessa localidade do país, quase 40% da população é vulnerável à pobreza, ou seja, parte significativa da população auferia renda domiciliar per capita igual ou inferior a R\$ 255,00 (duzentos e cinquenta e cinco reais).

Dados do Censo (2010) revelam que aproximadamente 5% da população vivia em situação de extrema pobreza, ou seja, auferia renda domiciliar per capita de até R\$ 70,00 (setenta reais) no ano correspondente ao levantamento. “Na análise do PIB per capita, principal proxy de riqueza utilizada para comparar economias, do ponto de vista macroeconômico, verificou-se que Maceió é uma capital pobre, mesmo comparando-a dentro do Nordeste” (IPEA, 2013, p. 38). Em cotejo com as demais capitais nordestinas, Maceió apresenta um dos piores índices no tocante à proporção da população que vive abaixo da linha da pobreza, a saber, 15,2%, índice esse aferido a partir do indicador proporção de pobres, que é razão entre o número de pessoas pobres e o total da população.

Em relação à insuficiência média de renda, indicador de pobreza que revela a quantia média a ser conferida a cada indivíduo em situação de pobreza para erradicar tal estado, o valor mensal correspondia aproximadamente a R\$ 49,03 (quarenta e nove reais e três centavos), em 2009, apenas com Aracaju e João Pessoa com maiores valores. Considerando outro indicador de pobreza – o FGT, desenvolvido por Foster, Greer e Thorbecke, que verifica a extensão e a intensidade da pobreza, Maceió ocupa o segundo lugar em termos de pobreza extrema, com índice de 0,0059, apenas com João Pessoa à frente, com índice de 0,0085 (IPEA, 2013).

¹⁰⁹ Trata-se de uma possibilidade de empoderamento do indivíduo (SEM 2000), mediante a participação real e simbólica no tratamento de conflitos.

Elevados índices de concentração de renda e desigualdade também demarcam esse contexto. Em Alagoas, tem-se, de um lado, 1% da população mais rica (30 mil pessoas), com 28,4% da renda e, de outro, 50% da população mais pobre (1,5 milhões de pessoas), com somente 14% da renda. O Índice de Gini, coeficiente que indica a desigualdade, com variações de 0 (zero), quando não há desigualdade, a 1 (um), quando a desigualdade é máxima, correspondia a 0,576 em 2009, na cidade de Maceió (IPEA, 2013).

A capital alagoana também apresenta altas taxas de analfabetismo, desemprego e violência, baixa qualidade do sistema educacional, condições precárias de serviços de saúde, baixa cobertura de serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, entre outros condicionantes (IPEA, 2013). Ainda, de acordo com indicadores do Atlas de Acesso à Justiça no Brasil (2014), delineado pela Secretaria de Reforma do Judiciário, junto ao Ministério da Justiça, Alagoas ocupa uma das piores posições no ranking nacional em relação ao acesso à justiça: de 27 posições, o referido estado ocupa a 24ª posição, considerada a ponderação entre as dimensões institucionais (operadores e unidades) e socioeconômicas (população e IDH).

5.2 Do espaço: Escritório Modelo de Assistência Jurídica

Diante dessa realidade, percebe-se que o Escritório Modelo, seja pelo alcance geográfico – o escritório está localizado em uma área periférica e vulnerável da cidade; seja pela assistência jurídica gratuita – não há custos; seja pelo serviço jurídico prestado – em média, 50 pessoas são atendidas por dia, engendra uma possibilidade de acesso à justiça. O Escritório Modelo foi criado em 1997 e passou a ter instalações próprias a partir de 2001. Esse espaço faz parte do Fórum Universitário Professor José Cavalcanti Manso, que abriga, por sua vez, a 26ª Vara Cível (Família) e o 8º Juizado Especial Cível e Criminal (Relações de Consumo), da Comarca de Maceió.

Em consonância com essa abrangência, Alimentos, Execução de Alimentos, Divórcio, Regulamentação de Visita, Investigação de Paternidade, União Estável, União Homoafetiva, Tutela, Curatela, Guarda, Alvará, Ações relativas a Relações de Consumo, são alguns dos conflitos tratados pelo Escritório Modelo. Os critérios para atendimento são a hipossuficiência e a residência em um dos bairros correspondentes à jurisdição territorial da 26ª Vara Cível/Família e do 8º Juizado Especial Cível e Criminal, ou seja, em um dos bairros adjacentes ao campus da UFAL.

Merece registro que esse espaço conta com uma equipe multidisciplinar de discentes/estagiários, docentes, advogados, assistentes sociais, psicólogos, assistentes em administração, bolsistas e prestadores de serviços voluntários. A assistência jurídica é prestada, sobretudo, a partir da prática discente e, a cada semestre, aproximadamente 150 discentes atuam no Escritório Modelo. Depreende-se que, para além do viés pedagógico/curricular, esse espaço também apresenta um viés social, com a possibilidade de contribuir concretamente com a realidade local, através da democratização do acesso à justiça e a prestação de serviços à população economicamente vulnerável.

5.3 Da prática: mediação de conflitos

Em um primeiro momento, a partir do atendimento, é realizada uma triagem do caso apresentado ao discente. Após analisados os contornos do conflito, é identificado pelo discente se cabe a mediação ou se é necessária a intervenção do Poder Judiciário. Se passível de mediação, o mecanismo é apresentado ao assistido através de breve explicação. Caso aceito, é marcada uma sessão de mediação e é enviada uma solicitação de comparecimento para a outra parte. Essa solicitação, na maioria dos casos, é entregue em mãos pelo próprio assistido.

É de registrar-se que esta pesquisa está em andamento e até o presente momento foram recolhidos dados referentes ao ano de 2014. Em uma mensuração inicial, foram analisados os números de estagiários, atendimentos, mediações, ajuizamento de ações, entre outros dados referentes aos serviços prestados e aos contornos das demandas. Esses números foram alcançados a partir de documentos constantes nos arquivos do Escritório Modelo, principalmente fichas de atendimento, termos de acordo e petições iniciais. As demais considerações são tecidas a partir de observação participante neste NPJ.

Conforme mostram os dados da tabela que segue, em 2014, foram realizados 3.771 atendimentos e, desses atendimentos, adveio a marcação de 511 mediações. Depreende-se que 332 casos mediados lograram êxito quanto ao tratamento dos conflitos, consubstanciados em termos de acordo. Em relação aos casos restantes, 46 restaram frustrados e em 133 não foram realizadas mediações por motivo de não comparecimento de alguma das partes. A partir do mapeamento dos casos, de acordo com os dados dos gráficos a seguir, em relação ao número total de mediações, cerca de 65% referem-se a questões familiares, que versam, principalmente, sobre alimentos e divórcio consensual (outros casos referem-se à guarda, à regulamentação do direito de visita e ao reconhecimento de paternidade). Outros 35% correspondem ao pagamento de dívidas e a obrigações de fazer.

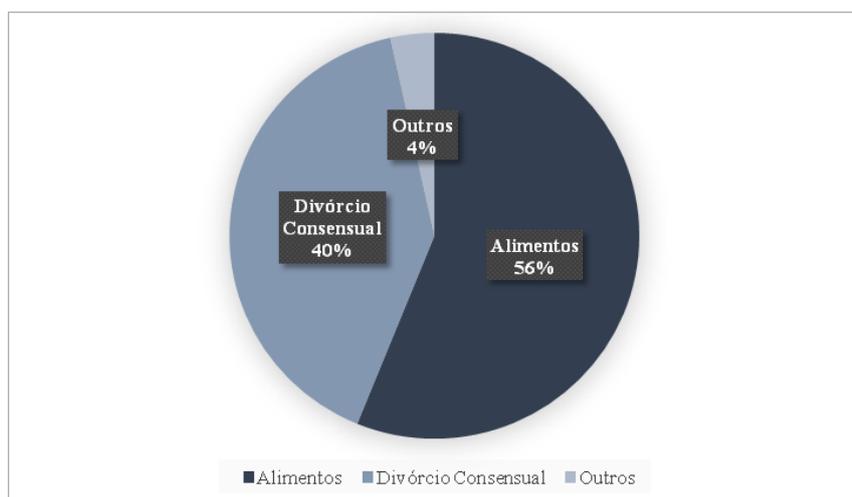
Dos demais atendimentos, adveio o ajuizamento de ações: 600 ações perante a 26ª Vara Cível/Família, e 774 ações perante o 8º Juizado Especial Cível e Criminal, já os números restantes, correspondem a informações sobre processos em tramitação, informações de outra natureza e encaminhamento para outros órgãos. Ao cotejar os números de mediações realizadas e ações ajuizadas, percebe-se que os primeiros ainda são mais baixos do que os últimos. Entretanto, merece realce o elevado número de mediações realizadas com êxito: mais de 80% dos casos.

TABELA 1. EMAJ EM NÚMEROS: 2014

| Indicadores | Números Totais | Números Fragmentados | | |
|--------------|----------------|----------------------|------------|------------|
| Estagiários | 142 | — | | |
| Atendimentos | 3.771 | — | | |
| Mediações | 551 | Positivas | Frustradas | Ausências |
| | | 332 | 46 | 133 |
| Ações | 1.374 | 26ª Vara Cível | | 8º Juizado |
| | | 600 | | 774 |

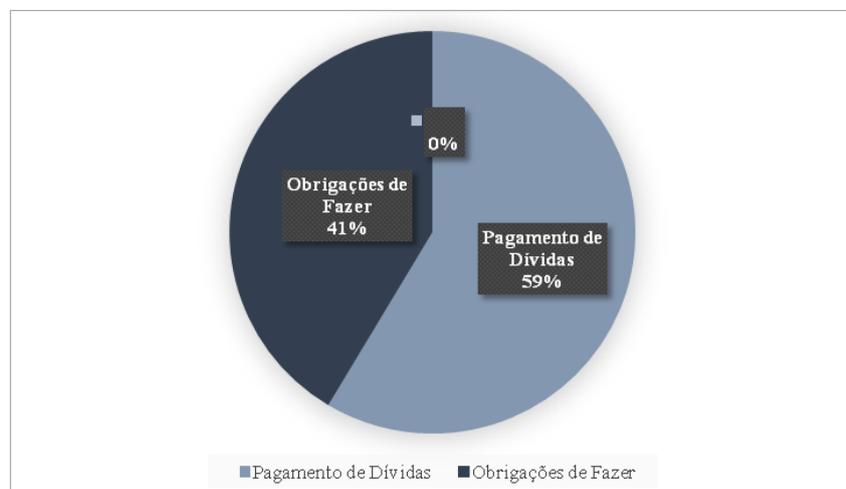
Fonte: Elaboração da Autora, 2015.

GRÁFICO 1. ACORDOS EXTRAJUDICIAIS: DIREITO DE FAMÍLIA



Fonte: Elaboração da Autora, 2015.

GRÁFICO 2. ACORDOS EXTRAJUDICIAIS: OUTROS



Fonte: Elaboração da Autora, 2015.

É possível dizer que a mediação extrajudicial não só aproxima a Universidade da sociedade e vice-versa, mas também acompanha as especificidades e as necessidades locais. Com a realização dessa pesquisa, foi constatado que o elevado número de processos extintos, ajuizados pelo Escritório Modelo, está diretamente relacionado a questões que envolvem a localização das partes (problemas relativos a endereço). Considerando que, conforme já mencionado, a solicitação de comparecimento para a sessão de mediação, na maioria dos casos, é entregue pessoalmente pelo próprio assistido, essa barreira, de per si, já resta eliminada.

Outrossim, na mediação, os novos contornos conferidos à noção de conflito, traçados por um enfoque mais positivo, forjam a busca da construção do consenso pelos envolvidos no dissídio, não como partes ex-adversa, mas sim complementares, com responsabilidades compartilhadas e solidárias, considerados os fatores psicológicos, culturais e sociais atinentes ao contexto. Sendo assim, com a prática de mediação, foi observado que há maior possibilidade de desfecho para os conflitos e cumprimento dos acordos firmados nas sessões. Essas informações corroboram a importância e a efetividade de métodos adequados para o tratamento de conflitos que não exigem intervenção judicial.

Nesse viés, o problema é exposto e interesses e motivações são colocados em pauta e ponderados. A partir disso, o olhar é direcionado para as possíveis soluções, sem quaisquer imposições e/ou determinações. O mediador tão somente auxilia no tocante à compreensão das pretensões de uma e de outra parte e à construção do diálogo, e vale-se, principalmente, conforme observado nas sessões, das técnicas e/ou ferramentas de mediação que contemplam escuta ativa, *checkout*, indagação, silêncio, revisão, condensação, entre outras. Às partes, é possibilitada uma participação ativa na composição da solução, na tomada das decisões e no desfecho dos conflitos. Em palavras outras, é possibilitada a gerência sobre seus conflitos.¹¹⁰ Percebe-se que, ao viabilizar o resgate da responsabilização e da autoria das partes, com a mediação, a vontade deixa de ser do legislador ou do Estado-Juiz para o caso concreto, e passa a ser a vontade dos interessados. De uma aplicação vertical de um direito já pré-constituído, tem-se a construção de uma decisão horizontal.

Decisões, alinhavadas de forma negociada, com a conjunção de esforços e anseios, resultam em um empoderamento dos indivíduos. Para além disso, nota-se que essas decisões favorecem a continuidade das relações e um estreitamento dos laços, especialmente familiares. Além disso, considerando os ganhos e os comprometimentos recíprocos, as decisões nesse formato adquirem maior legitimidade, maior possibilidade de cumprimento, maior celeridade e, com isso, maior efetividade. Para romper com a cultura do litígio e o ajuizamento de ações desnecessárias, a mediação figura como uma opção adequada para o tratamento de conflitos. Nas palavras de Warat, "em termos de autonomia, cidadania, democracia e direitos humanos, a mediação pode ser vista como a sua melhor forma de realização" (WARAT, 2004).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dadas as singularidades do processo de modernização do Brasil, a devida atenção ao acesso à justiça só começa a ser concedida na atualidade. Acompanhar a configuração contemporânea das demandas sociojurídicas exige a adoção de uma nova postura em relação ao aludido tema. É preciso desmistificar a justiça, e valer-se de formas alternativas para o tratamento de conflitos. Instituições, manifestações e movimentos sociais; disputas, interesses e jogos de poder; relações com o Estado, tomadas de posição e formações discursivas, são algumas nuances que atravessam o campo jurídico.

O emprego do mecanismo em relevo, dotado de méritos próprios, pode ser visto como mais uma possibilidade de produzir mudanças sociais e subjetivas significativas, sobretudo, no que concerne às lacunas ou limitações estruturais do Poder Judiciário. Para os conflitos mediáveis, outros mecanismos de tratamento podem apontar soluções mais efetivas para o caso concreto. Dado que o acesso à justiça não é adstrito à inafastabilidade do Poder Judiciário e/ou à assistência jurídica, a mediação vem ocupando, cada vez mais, importante espaço na composição de litígios, eis que mediante esse procedimento, valores caros à efetivação dos direitos subjetivos restam resguardados.

110 Tal postura enseja uma série de desdobramentos para os indivíduos, entre elas: (1) consciência dos próprios comportamentos; (2) consciência das próprias reações ante as emoções; (3) conhecimento dos interesses pessoais; (4) conhecimento de suas crenças, valores, e atributos particulares; (5) reconhecimento da necessidade do outro; (6) criação de disponibilidade para acolhimento, compreensão das manifestações do outro; (7) aceitação de que existem diferentes percepções a respeito dos mesmos fatos e situações; (8) compreensão de que o conflito é inerente ao relacionamento interpessoal; (9) aceitação (não necessariamente concordância) da existência de inúmeras opções para o atendimento dos diferentes interesses; (10) compreensão de que na relação interpessoal a satisfação do interesse de cada um depende do atendimento do interesse do outro; (11) compreensão de que, em um conflito, cada uma das partes possui responsabilidades por seu desenvolvimento e pelas possíveis soluções; (12) reconhecimento de que é possível deixar de enfrentar o outro para que, num modelo cooperativo, seja possível uma união para o enfrentamento do problema (FIORELLI, 2004).

REFERÊNCIAS

- BACHELARD, Gaston. A Filosofia do Não – Filosofia do Novo Espírito Científico. Tradução de Joaquim José M. Ramos. 5ª ed. Lisboa: Presença, 1991.
- BARBOSA, Águida Arruda. Mediação Familiar: Instrumento para a Reforma do Judiciário. In: JÚNIOR, Marcos Ehrhardt; ALVES, Leonardo Barreto Moreira (Orgs.). Leituras Complementares: Direito das Famílias. Salvador: JusPodivm, 2010.
- BOURDIEU, Pierre. A economia das trocas simbólicas. São Paulo: Perspectiva, 1998.
- _____. Razões Práticas: Sobre a Teoria da Ação. Campinas: Papirus, 1996.
- _____. O poder simbólico. Rio de Janeiro: Bertrand do Brasil, 1989.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.
- ELIAS, Norbert. O Processo Civilizador. Uma História dos Costumes. Vol. I. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.
- _____. Introdução à Sociologia. Lisboa: Edições Setenta, 1986.
- FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. A Sociologia Jurídica no Brasil. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- FIORELLI, José Osmir. Psicologia na mediação. São Paulo: LTR, 2004.
- FOUCAULT, Michel. O Poder Simbólico. 2ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.
- _____. A arqueologia do saber. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.
- LATOUR, Bruno. A esperança de Pandora: ensaios sobre a realidade dos estudos científicos. São Paulo: EDUSC, 2001.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos. In: PRADO, Geraldo (Org.). Acesso à Justiça: efetividade do processo. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.
- SANTOS. Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. In: FARIA, José (Org.). Direito e Justiça: A função social do Judiciário. São Paulo: Ática, 1989.
- _____. O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. São Paulo: Cia das Letras, 2000.
- SILVA, Tomaz Tadeu da. Documentos de identidade: uma introdução às teorias do currículo. 3. ed., 1. reimp. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010a.
- _____. O currículo como fetiche: a poética e a política do texto curricular. 1. ed., 4. reimp. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010b.
- SIMMEL, Georg. Sociologia. São Paulo: Ática, 1983.
- WARAT, Luís Alberto. O Ofício do Mediador. Florianópolis: Fundação Boêmios, 2001
- _____. Em nome do acordo. A mediação no Direito. Buenos Aires: Angra Impresiones, 1998.
- WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). A reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 1996.
- 7.1 Sítios eletrônicos consultados
- <http://www.atlasbrasil.org.br/2013/> Acesso em Março de 2016.
- <http://www.ibge.gov.br/home/> Acesso em Março de 2016.
- http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2335/1/Livro_Economica_de_Maceiodiagn%C3%B3stico_e_propostas_para_constru%C3%A7%C3%A3o_de_uma_nova_realidade.pdf Acesso em Março de 2016.

MEDIAÇÃO JUDICIAL: UMA NOVA MODALIDADE DE ACESSO À JUSTIÇA NO PODER JUDICIÁRIO

JUDICIAL MEDIATION: A NEW ACCESS TO JUSTICE MODE IN JUDICIARY

Karla Mendonça Andrade¹¹¹

Lílian Virgínia Carneiro Gondim¹¹²

Maria do Carmo Barros¹¹³

RESUMO: Se for considerar a questão histórica do Brasil, percebe-se que o acesso à justiça é uma garantia constitucional, sendo fundamental nos sistemas para assegurar o direito das pessoas. Entretanto, a resolução de conflitos por meio da tutela jurisdicional além de demorar pela morosidade do Poder Judiciário impede uma pacificação do conflito de forma amena, através do diálogo. Afinal, sabe-se que por trás de um conflito aparente, existe um conflito real que não é explorado no âmbito judicial. Percebe-se que pela via judicial, sempre um ganha ou perde. O que se analisa é somente a questão jurídica. E diante da demanda processual não há condições de se analisar mais a fundo o conflito. É mediante a esse estudo que a mediação facilitará o auxílio ao acesso à justiça no judiciário.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Mediação. Poder Judiciário.

ABSTRACT: If consider the historical question of Brazil, it is clear that access to justice is a constitutional guarantee, is fundamental in the systems to ensure the right people. However, the resolution of conflicts through judicial protection as well as take the slow pace of the judiciary prevents pacification of the conflict mildly through dialogue. After all, it is known that behind an apparent conflict, there is a real conflict that is not explored in the judicial sphere. Percebe is that through the courts, always a win or lose. What is analyzed is only the legal issue. And before the procedural demand no position to further analyze the conflict. It is through this study that mediation will facilitate aid to access to justice in the judiciary.

Keywords: Access to Justice. Mediation. Judicial Power.

INTRODUÇÃO

Levando-se em consideração a questão histórica do Brasil, percebe-se que o acesso à justiça é uma garantia constitucional, sendo fundamental nos sistemas para assegurar o direito das pessoas. Entretanto, a resolução de conflitos por meio da tutela jurisdicional, além de demorar pela morosidade do Poder Judiciário impede uma pacificação do conflito de forma amena, através do diálogo.

Afinal, sabe-se que, por trás de um conflito aparente, existe um conflito real que não é explorado no âmbito judicial. Percebe-se que, pela via judicial, sempre um das partes ganha ou perde, pois o que se analisa é somente a questão jurídica. Isto porque, diante da demanda processual, não há condições de se analisar mais a fundo o conflito.

Sendo assim, observando-se o contexto atual da atual sociedade, a mediação surge como um instrumento facilitador na resolução de conflito abrindo mão do direito puramente positivo, o que possibilita que as partes compreendam o litígio e elas mesmas decidam a controvérsia. Desta forma, além de desafogar o Poder Judiciário, encontra-se uma forma alternativa e humanizada de solucionar tanto o conflito jurídico como emocional.

A mediação tem como meta a aproximação das partes, ou seja, preocupação está mais no reatamento entre aqueles que se encontram em conflito. Diante disso, este meio vem se apresentando como uma forma enérgica no auxílio da relação conflitante em que, através do mediador, tem-se uma figura auxiliar na construção de acordo elaborado pelas próprias partes com soluções satisfatórias e adequadas.

A partir disto, nota-se que a mediação funciona como um aliado ao Poder Judiciário e, ao lado dele, forma um mecanismo de fortalecimento de atender o propósito maior entre as lides: a justiça. Justamente por essa visão, o Conselho Nacional de Justiça tem criado uma forma de proteção legal, por acreditar que esse novo meio, além de mais célere, facilita o término dos conflitos.

Entende-se que nos dias atuais o Poder Judiciário decorre de grandes mudanças históricas. Observa-se que é fato identificar que o ato de julgar mencionava uma função punitiva, visão essa decorrente do código de Hamurabi, valendo ressaltar que a construção das leis mencionavam um caráter não humano.

111 Advogada. Mediadora e Conciliadora do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania do Fórum Clovis Bevilacqua/TJ-CE. E-mail: karla.mandrade@hotmail.com

112 Mestranda em Planejamento e Políticas Públicas pela Universidade Estadual do Ceará-UECE. Pós-Graduada em Direito de Família, Registros Público e Sucessões pela UECE. Mediadora Judicial do Centro Judiciário de Soluções de Conflitos e Cidadania do Fórum Clóvis Bevilacqua/TJ-CE. E-mail: lvcgondim@gmail.com

113 Advogada. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Conselheira do Conselho Consultivo OAB Jovem. Secretária geral da Comissão de Mediação, Conciliação e Arbitragem, e membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/CE. Assessora Técnica Jurídica da Secretaria Regional VI da Prefeitura Municipal de Fortaleza/CE. Mediadora e conciliadora. E-mail: mariabarros_advce@hotmail.com.

Em decorrência dessa evolução depara-se com as legislações advindas de vários costumes de povos com suas culturas e ideologias diversificadas, porém o caráter de castigar e configurar vítima e culpado sempre se derivavam de legislações severas.

Uma das maiores legislações ocorridas na história das quais temos aplicações de semelhanças em códigos de algumas nações é a legislação romana. A organização das leis de países ocidentais foram decorrentes dessa legislação romana a qual se percebe demonstrada no código civil, código penal, empresarial brasileiro.

Vale salientar que diante de guerras e mudanças sociais foi possível notar que as legislações acompanharam aspectos morais e sentimentos de frustrações das pessoas decorrentes de grandes catástrofes como as guerras mundiais. Assim, os conjuntos de nações resolveram então organizar interesses humanos visando obter respeito e igualdade entre todos os povos reconhecidos no mundo.

Um dos expoentes modernos mais relevantes, seguramente, é a Declaração de Virgínia, proclamada em 1776, nos Estados Unidos, seguida das declarações francesas do período das revoluções, em especial, as "dclaration des droits del`homme et du cytoyen", em 1789, e a "déclaration des droiits de l`homme", em 1795. (SERRA,1977).

Esses documentos, em maior ou menor escala, são os alicerces de uma concepção moral e jurídica dos direitos humanos preservados nos mais diversos tratados e pactos internacionais sobre essa temática. Dentre esses estudos sobre o " histórico dos direitos humanos", há uma tendência em afirmar que a consciência clara e universal de tais direitos é própria dos tempos modernos (SERRA,1977).

Foi em decorrência da Declaração universal dos Direitos Humanos que se pode observar que os valores humanos foram restabelecidos como princípios fundamentais, os quais se encontram na Constituição Federal do Brasil. Com isso foi visto também um diferencial com relação às reações entre entendimentos das pessoas como preconceitos, conflitos de diversas ramificações como trabalho, família, instituições dentre outros.

Dessa forma, a Lei foi acompanhando as mudanças sociais para melhor se adequar aos regimentos e ordem que deveria haver em cada nação. Porém, nem todos cumprem obrigações e deveres. Decorrente do número elevado de processos encontrados no poder judiciário brasileiro que estão em andamento para serem julgados e que tanto o Ministério da Justiça como o CNJ se sensibilizaram e procuraram efetivar como políticas públicas ou como meios alternativos de soluções de conflitos.

Com os métodos consensuais existem a negociação, arbitragem, conciliação e mediação. Nas relações sociais existem duas distintas situações: as que se apresentam harmônicas e as que se conflitam.

A primeira é a regra, pois a sociedade segue naturalmente sua caminhada e as pessoas de forma geral procuram portar-se com moderação dentro dos parâmetros de sensatez e bom senso, mantendo o respeito aos direitos e procurando atender às justas pretensões, ou, como diria Thomas Hobbes, dando cumprimento ao contrato social.

O conflito é a exceção e ocorre quando o almejado consenso não é atingido. Pode perpetuar-se ou ser resolvido. Se resolvido, restabelece-se a harmonia. Resulta da percepção da divergência de interesses, é um fator pessoal, psicológico e social, que deságua no direito apenas por opção política da organização social, variando essa intervenção do Estado conforme variam todos os demais fatores históricos, políticos e geográficos.

A mediação é, em via de regra, um procedimento extrajudicial, e, normalmente, ocorre após uma tentativa negocial sem a obtenção de êxito ou até mesmo quando resta bloqueada a via negocial, mas, neste caso, sempre precede o início de uma etapa jurisdicional. Embora contrariando a regra, pode ocorrer após a judicialização do litígio, quando as partes resolvem retroceder em suas posições e tentar, a via conciliatória.

Em 2010 Ministério da Justiça, Conselho Nacional de Justiça junto com os tribunais decidiram colocar o viés da mediação como uma política pública na qual auxiliaria diversos processos judiciais para encontrar soluções mais céleres.

Tanto o instituto da mediação quanto o da conciliação fazem parte da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse, instituída pelo Conselho Nacional de Justiça por intermédio da Resolução 125 de 29 de novembro de 2010. Seus pressupostos estimulam soluções adequadas, em múltiplas portas, mesmo antes do ajuizamento das demandas, e de forma preventiva. Tal política pretende consolidar, no Brasil, uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de conflitos.

Nesse diapasão, pretende-se desenvolver estudo sobre o assunto, de modo a servir para uma melhor compreensão para a sociedade sobre a importância da mediação como um meio humanizado na resolução de conflitos.

A RESOLUÇÃO 125 DO CNJ: O CONDÃO DE UM NOVO PARADIGMA

Ainda que bastante recente, a citada resolução já tem o condão de instigar seu enfrentamento com contrapontos críticos quanto ao formato de sua instituição, bem como aos resultados aí preconizados. Mauro Heringer (online, 2012) desenvolveu estudos sobre o tema quando da elaboração de sua tese de mestrado profissional em Poder Judiciário, ministrado pela FGV, e assim expõe seu entendimento:

[...]no bojo do modelo teórico/programático da resolução n. 125/2010 do CNJ, há clara indicação de adoção de novos paradigmas de funcionamento e operação para Tribunais e Juízes, criando-se novas atividades laborais a serem incorporadas e desenvolvidas que não guardam sentido, prima face, com o que se considera ser o papel institucional/jurisdicional do Estado/Judiciário. Mais do que a criação de uma nova atividade laboral, o Conselho Nacional de Justiça inova no sentido de determinar uma atuação institucional inexistente na cultura e organização de trabalho dos Tribunais e Juízes.

Não obstante acalentar uma visão positiva dos institutos da conciliação e da mediação, entende-se como mecanismos que devem ser utilizados a par da estrutura do Poder Judicial, cuja capacidade há muito foi excedida, e pondera que a resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça que cria a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses no âmbito do Poder Judiciário é insuficiente para resolver os problemas de congestionamento e morosidade da Justiça brasileira, isso porque, o modelo que o CNJ propõe para combater o problema da morosidade é restrito e está "contaminado" pela ideia do monopólio da jurisdição ou por uma espécie similar que traz para o âmbito do judiciário uma nova atividade de trabalho, a qual é relacionada com a solução do conflito pré-processual e que deveria fazer parte de uma política pública geral e não restrita a um ente de poder.

Se o monopólio faz sentido para o Poder Judiciário e para a jurisdição, isso não significa que tem que ser aplicado às políticas públicas, pois, as políticas públicas demandam soluções que ultrapassam o modelo do monopólio". Dessa forma, a medida ora em questão, a saber, a Resolução 125/2010, não atenderá aos pressupostos para os quais foi instituída, por tratar-se de ônus que gera novos esforços públicos que concorrerão com os atuais modelos existentes. Ao invés de melhorá-los, relegá-los-á à sina de "estar fadado a uma eterna letargia ou mesmo falência propondo-se nova saída, uma nova esperança ao antigo problema, o excesso de litígios e a pouca resposta para os mesmos.

A par de aplausos e críticas, para efetivar o preconizado na referida Resolução têm sido executadas diversas ações de capacitação de agentes, programas de ações e informações, tudo em conformidade com as diretrizes do CNJ, entre as quais estão as expostas na Apresentação da Secretaria de Reforma do Judiciário. A estrutura física a ser disponibilizada para a realização dos objetivos idealizados segue ao que fora disciplinado no art. 7º da Resolução 125/2010 do CNJ:

Art. 7º Os Tribunais deverão criar, no prazo de 30 dias, Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área, com as seguintes atribuições, entre outras: IV – instalar Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania que concentrarão a realização das sessões de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, dos órgãos por eles abrangidos; Parágrafo único. A criação dos Núcleos e sua composição deverão ser informadas ao Conselho Nacional de Justiça.

Vale respaldar que com a utilização da mediação em processos se torna mais eficaz a visão do judiciário mais humano no qual ocorre com grande relevância práticas dos princípios humanos decorrentes da Constituição brasileira.

Com essa nova visão de um poder judiciário humanizado, configura-se assim, uma sensibilidade social ao que se refere a assuntos que decorrem do acesso à justiça. A mediação como política pública vincula o liame entre a cidadania e efetivação do direito das pessoas na seara de um poder público julgador.

Em busca de solucionar a problemática ora apresentada, em relação aos aspectos metodológicos, as hipóteses levantadas por este trabalho são investigadas através de pesquisa bibliográfica mediante referências teóricas embasadas em livros, publicações especializadas, artigos, revistas e dados oficiais publicados na Internet, que abordem direta ou indiretamente o tema em análise. Quanto ao tipo de pesquisa esta é pura, tendo em vista que sua única finalidade consiste na ampliação dos conhecimentos, proporcionando, assim, uma nova posição acerca do assunto. Segundo a abordagem é qualitativa, pois obterá dados descritivos mediante contato direto ou interativo com a situação de estudo, buscando entender o fenômeno estudado, segundo a perspectiva do ordenamento jurídico. Quanto aos objetivos, a pesquisa é descritiva, posto que buscará definir, explicar e esclarecer o problema apresentado, analisando os fenômenos sem manipulá-los. É ainda exploratória, pois objetiva aperfeiçoar as ideias, buscando maiores informações sobre o tema.

Desde o princípio de sua vida, o homem luta diariamente pela sua subsistência. Ele compõe uma família, na qual exerce uma importante função referente ao desenvolvimento social. Vale ressaltar que o ser humano presente na sociedade convive com diversos conflitos, sejam eles intrapessoais, interpessoais,

dentre outros. É importante observar que os conflitos fazem parte do desenvolvimento humano. Dessa forma entende-se que:

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. (FONKERT, 1999, p. 170).

Devido a esse entendimento é possível afirmar que o homem é formado por constantes modificações, podendo ser estas positivas ou negativas. Torna-se uma mudança negativa quando a pessoa tenta resolver o conflito com o uso de brigas ou discussões. Torna-se positiva quando o sujeito soluciona o conflito com o amadurecimento diante da queda de obstáculo que o mesmo enfrenta

O homem convivendo com os seus conflitos e na angústia de resolvê-lo, sempre buscou um auxílio como forma de proteção para resguardar seus direitos. O Estado viabilizou para o ser humano o Poder Judiciário como solução real e justa de decisão para os seus problemas. De acordo com Watanabe (2003, p. 56):

Quando se trata de solução adequada aos conflitos de interesses, insisto em que o preceito constitucional que assegura o acesso à Justiça, mas se assegura o acesso para obter uma solução adequada aos conflitos, solução tempestiva que esteja bem adequada ao tipo de conflito que está sendo levado ao Judiciário.

A mediação de conflitos vem desde as civilizações antigas. Sua prática era feita entre os povos de diferentes culturas há milhares de anos e ainda hoje se faz presente na sociedade. O vocábulo "mediação", origina-se da palavra latina *mediato* ou *meditationis*, que significa "mediação" ou "intervenção com que se busca produzir um acordo", ou ainda "processo pacífico de acerto de conflitos, cuja solução é sugerida, não imposta às partes" (MOORE, 1998, p. 47).

A mediação apresenta um importante desempenho na busca da paz social, na prevenção e solução de conflitos em uma comunidade. Considera-se o incentivo a participação de seus moradores na vida social, orientando-os a uma reflexão coletiva e a conviverem de forma pacífica, para que possa resgatar valores sociais no conhecimento de seus direitos e deveres. De acordo com Warat, (1999, p. 15) "mediação é uma forma de resolução de conflitos sociais e jurídicos; uma forma na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal".

Mediação é um método não adversarial em que um terceiro imparcial auxilia as partes conflitantes a melhor entender seus reais litígios, a buscar seus interesses, identificar suas necessidades e valores, por meio de um diálogo, o que resultará na escolha das melhores soluções. Assim, segundo Sales e Andrade (2011, p. 44):

Mediação não é um processo impositivo e o mediador não tem poder de decisão. As partes é que decidirão todos os aspectos do problema, sem intervenção do mediador, no sentido de induzir as respostas ou as decisões, mantendo a autonomia e controle das decisões relacionadas ao conflito. O mediador facilita a comunicação, estimula o diálogo, auxilia na resolução de conflitos, mas não os decide.

Entende-se que a mediação de conflitos é um procedimento, que visa auxiliar aquelas pessoas que se encontram diante de problemas, os quais produzem entendimentos que viabilizam uma real solução. Diante disso, a mediação se utiliza como um instrumento pacificador que colaborará como elo, ao formalizar uma construção de entendimentos e necessidades dos conflitantes em meio ao conflito.

A MEDIAÇÃO NO ÂMBITO JUDICIAL

Contudo, apesar do Código de Processo Civil prever a autocomposição em vários dispositivos legais, não há no Brasil nem em outros países como Portugal, Argentina, Canadá, e Estados Unidos uma regulamentação legal para a prática da Mediação de Conflitos (MELLO; BAPTISTA, 2011). Nesse contexto, segundo Bortolli (2007), a primeira proposta legislativa sobre a implementação da mediação no ordenamento judiciário brasileiro foi oriundo da Deputada Federal Zulaiê Cobra Ribeiro, através do Projeto de Lei nº 4.827/98 que atualmente tramita no Congresso Nacional e que define a mediação como "atividade exercida por terceira pessoa, que escolhida ou aceita pelas partes interessadas, a escuta e orienta com o propósito de lhes permitir que, de modo consensual, previnam ou solucionem conflitos".

Na sequência, em 2003 houve uma audiência pública realizada pela Secretaria da Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, cujo tema era a Mediação e outros meios de solução pacífica de conflitos e que resultou do Projeto de Lei nº 94/02 que regula as práticas da mediação de conflitos bem como os cursos de formação e capacitação de mediadores (OLIVEIRA, 2010).

Nesse sentido, Junqueira (2012) aduz que, com o intuito de acompanhar as necessidades sociais e buscar diminuir as demandas judiciais de forma mais resolutiva, o CNJ junto com os Tribunais de Justiça decidiram colocar o viés da mediação como uma política pública na qual auxiliaria diversos processos judiciais para encontrar soluções mais céleres. Assim,

Tanto o instituto da mediação quanto o da conciliação fazem parte da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse, instituída pelo Conselho Nacional de Justiça por intermédio da Resolução 125 de 29 de novembro de 2010. Seus pressupostos estimulam soluções adequadas, em múltiplas portas, mesmo antes do ajuizamento das demandas e de forma preventiva. Tal política pretende consolidar, no Brasil, uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de conflitos (MEGUER; COSTA, 2014, online).

Apesar de muito recente, a mencionada Resolução já tem o poder de incitar seu enfrentamento com contrapontos críticos quanto ao formato de sua instituição, bem como aos resultados nele preconizados. Heringer (2012, online) desenvolveu estudos sobre o tema quando da elaboração de sua dissertação de mestrado profissional em Poder Judiciário, ministrado pela FGV, e assim expõe seu entendimento:

[...] no bojo do modelo teórico/programático da resolução n. 125/2010 do CNJ, há clara indicação de adoção de novos paradigmas de funcionamento e operação para Tribunais e Juízes, criando-se novas atividades laborais a serem incorporadas e desenvolvidas que não guardam sentido, *prima facie*, com o que se considera ser o papel institucional/jurisdicional do Estado/Judiciário. Mais do que a criação de uma nova atividade laboral, o Conselho Nacional de Justiça inova no sentido de determinar uma atuação institucional inexistente na cultura e organização de trabalho dos Tribunais e Juízes.

De acordo com Meguer e Costa (2014, online) "para efetivar o preconizado na referida Resolução têm sido executadas diversas ações de capacitação de agentes, programas de ações e informações, tudo em conformidade com as diretrizes do CNJ". A estrutura física a ser disponibilizada para a realização dos objetivos idealizados segue ao que fora disciplinado no art. 7º da Resolução 125/2010 do CNJ:

Art. 7º: Os Tribunais deverão criar, no prazo de 30 dias, Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área, com as seguintes atribuições, entre outras: IV – instalar Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania que concentrarão a realização das sessões de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, dos órgãos por eles abrangidos; Parágrafo único. A criação dos Núcleos e sua composição deverão ser informadas ao Conselho Nacional de Justiça.

Para Mello e Baptista (2011), com a formação de mediadores, através do curso de mediação, o Judiciário terá grande ganho, uma vez que reunirá indivíduos com diversos conhecimentos sobre direito e cidadania para auxiliar na resolução pacífica de conflitos. Com isso atuará como meio de inclusão social fortalecendo o Judiciário, através da promoção do diálogo e a restauração das relações entre os indivíduos. (SALES; ANDRADE, 2011).

Dessa forma, apesar de ainda não ter se convertido formalmente em Lei, a prática da mediação no âmbito judicial tem se mostrado tão eficaz que é evidente o incentivo desse meio de solução de conflitos demonstrado no projeto de Lei nº 166/2010 do novo Código de Processo Civil que, além de fazer diversas referências ao mediador, prevê especificamente essa figura na condição de auxiliar da Justiça:

CAPÍTULO III DOS AUXILIARES DA JUSTIÇA Art. 119. São auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições são determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o mediador e o conciliador judicial.

Portanto, ao entender que a finalidade do trabalho realizado pelos métodos consensuais pode registrar a real aplicação da satisfação de interesses entre as pessoas envolvidas no conflito, o interesse e desejo de ambas as partes torna visível que a resolução entre os mesmos ocorre pela construção de um denominador comum. Dessa forma, o Poder Judiciário segue a corrente de que a técnica da mediação se pauta, portanto "em uma mudança no paradigma e numa nova forma de pensar as relações humanas, gerada pela evolução do pensamento jurídico, decorrente de uma reavaliação e priorização do que seja realmente importante para os jurisdicionados." (MELLO; BAPTISTA, 2011, p. 18).

CONCLUSÃO

Acredita-se que com as alterações provenientes de uma visão mais humanitária que vem inserindo princípios humanos, ampliação do acesso à justiça e inovação do trâmite processual em diversas ações, pode-se elencar a mediação como um dos mecanismos que facilita e aproxima o meio social do poder judiciário. Decorrente das expectativas dos tribunais de justiça do país, a mediação como um método consensual complementa o exercício da função jurisdicional na possibilidade de resoluções de lides que necessitam desse procedimento específico utilizado para auxiliar à pacificação de conflitos.

Para Perelman (2005, p. 38), "justiça é o que há de mais primitivo na alma humana, de mais fundamental na sociedade, de mais sagrado entre as noções e o que as massas reclamam hoje com mais ardor". Já para Ross (2000, p. 98) é "o princípio mais elevado do direito, a ideia específica do direito que está refletida em maior ou menor grau de clareza ou distorção em todas as leis positivas e é a medida de sua correção". O acesso à justiça é um direito fundamental e como tal tem como escopo permitir a eficiência e um sistema jurídico que busque realmente garantir direitos.

Ainda de acordo com Cappelletti e Bryant (1988), o acesso à justiça apresenta-se sob três prismas: assistência jurídica aos pobres, representação de direito difuso e o novo enfoque do acesso à justiça. No primeiro prisma, o que se busca é a assistência judiciária gratuita aos hipossuficientes. No segundo, a coletivização das demandas e o último, utilizar outros métodos para processar o conflito de forma adequada ou até prevenir disputas na sociedade. Através desses prismas, não só há garantia do acesso permitindo que as pessoas entrem com suas ações, como também apresenta uma visão positiva nesse sentido.

Para Gomes Neto (2008, p. 134) o acesso à justiça "enquanto direito humano fundamental, inerente aos povos deve ser objeto de preocupação do Estado". Com isso, o objetivo do acesso à justiça é garantir os direitos e garantias fundamentais, através da tutela jurisdicional do Estado de acordo com o inciso XXXV, do art. 5º da Constituição Federal de 1988: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Constata-se que a mediação é um meio de transformação social permitindo uma nova forma de efetivação dos direitos fundamentais. Ao trabalhar em parceria com o Poder Judiciário, alberga o direito fundamental dos indivíduos consagrado no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal em que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", pois contribui para a efetivação do Estado Democrático de Direito e representa um grande aliado à sociedade com atuação crescente em todo mundo.

REFERÊNCIAS

- ASSMAR, Gabriela. Legislação Brasileira no que tange à Mediação de Conflitos. Mediare. Base de Dados. Disponível em: <http://www.mediare.com.br>. Acesso em: 12 mai. 2012.
- BRANCHER, Leoberto. Manual de Práticas Restaurativas, PNUD, 2006. Disponível em: < <http://www.justica21.org.br/j21.pdf> >. Acesso em: 12 de maio de 2012.
- BRASIL. Constituição (1988), Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.
- CARVALHO, Raphael Franco Castelo Branco. A mediação de conflitos na atuação do ministério público do estado do ceará. Originalmente apresentada comonografia de graduação, Universidade Federal do Ceará, 2011.
- MENDONÇA, Ângela Hara Buonomo. Mediação Comunitária. Uma ferramenta de acesso à justiça? Tese de Mestrado em História Política e Bens Culturais da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2006.
- MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ. Disponível em: <http://www.pgj.ce.br>. Acesso em: 20 mai 2012.
- _____. Programa dos núcleos de mediação comunitária. Disponível em: <http://www.mp.ce.gov.br/nespeciais/nucleomed/quemsomos.asp>>. Acesso em: 10 de Março de 2012.
- _____. Regimento Interno do Programa dos Núcleos de Mediação Comunitária do Ministério Público do Estado do Ceará. Disponível em: < http://www.pgj.ce.gov.br/nespeciais/nucleomed/pdf/regimento_interno.pdf >. Acesso em e maio de 2012.
- MOORE, Christopher W. O processo de mediação. 2 ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.
- MOREIRA, Sandra Mara Vale. A mediação como instrumento de inclusão social, 2003.
- NASCIMENTO, V.C. Mediação comunitária como meio de efetivação da democracia participativa. Âmbito Jurídico. Rio Grande, p. 2 a 9, 2006.
- SALES, Lília Maia de Moraes. Mediare: um guia prático para mediadores. 3. ed., ver., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: GZ. 2010.
- _____. A mediação comunitária: instrumento de democratização da justiça. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/.../files/miguel%20reale%201.pdf> . Acesso em: 12 mai. 2012.
- SALES, Lília Maia de Moraes.; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto.; ALENCAR, Emanuela Cardoso Onofre de. A mediação como meio democrático de acesso à justiça, inclusão e pacificação social - a experiência do projeto casa de mediação comunitária da parangaba. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/.../files/miguel%20reale%201.pdf> . Acesso em: 14 mai. 2016

MEDIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: VIA JURISDICIONAL COMO MODALIDADE RESIDUAL

MEDIATION OF CONFLICTS: ACCESS TO JUSTICE BY THE UNIVERSITY LEGAL COUNSEL

Juliane Nagafuji de Souza Costa¹¹⁴

Gabriela dos Santos Paixão¹¹⁵

RESUMO: O presente trabalho objetiva avaliar a mediação como sendo um dos meios alternativos de resolução de conflitos frente às alterações legislativas trazidas pelo novo Código de Processo Civil. O Direito Processual Civil contemporâneo apresenta-se sob um novo sistema jurídico. Inicialmente, pela Resolução n.º 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que representou um marco de revigoração da legitimação do Poder Judiciário perante a sociedade brasileira, ou ao menos suscitou a necessidade de uma reestruturação de nossa cultura jurídica. E, na mesma tônica, as alterações legislativas do processo, que visam adentrar na órbita da composição amigável, como forma alternativa da prestação jurisdicional e resultado do processo, e, principalmente entrega do direito pleiteado, reforçando a temática o novo Código de Processo Civil.

Palavras-chave: Mediação. Jurisdição. Autocomposição. Reestruturação.

ABSTRACT: This study aims to evaluate the mediation as an alternative mean of conflict resolution according to the legislative changes introduced by the new Civil Procedure Code. The contemporary Civil Procedure Law is presented by a new legal system. Initially, according to the Resolution 125/2010 of the National Council of Justice, which represented a landmark of strengthening legitimacy of the Judiciary before the Brazilian society, or at least raised the need a restructuring of our legal culture. In the same tonic, the legislative process changes, which aim to enter the orbit of amicable settlement as an alternative form of judicial assistance and outcome of the process, and mainly delivery of the claimed right, reinforcing the theme the new Civil Procedure Code.

Keywords: Mediation. Jurisdiction. Negotiation. Restructuring.

1 INTRODUÇÃO

Perante o crescimento da sociedade e o aumento do número de conflitos, o Estado passou a ter a função de promover a pacificação social. Porém, mesmo o sistema estatal - Poder Judiciário - não tem conseguido alcançar tal objetivo. Frente a isso, os meios alternativos de resolução de conflitos têm sido cada vez mais postos à disposição da sociedade, visando a composição das lides.

Desde o anteprojeto do novo Código de Processo Civil (NCPC) havia a promessa de estímulo aos meios alternativos de resolução de conflitos, sendo esta, inclusive, uma das grandes vertentes trazidas, juntamente com o sistema de precedentes e a possibilidade de transformação de ações individuais em coletivas, esta última vetada na parte final de aprovação do novo Diploma Processual.

Como escopo a ser alcançado, destaca-se o melhor atendimento aos interesses dos indivíduos a partir do reconhecimento das limitações do Poder Judiciário para distribuir a prestação jurisdicional em tempo e condições razoáveis. As partes podem, assim, encontrar vantagens, como uma saída mais apropriada e rápida para seu problema.

Há também benefícios ao Poder Judiciário, pois além de aumentar a sua credibilidade para com a sociedade, a opção por tais meios é uma forma de aliviar seu imenso acervo de processos.

Essa maior abrangência na proteção de direitos é conhecida como "modelo de processo multipor-tas", expressão calcada por um professor da Universidade de Harvard, em 1976, justamente para concretizar a noção de que há mais de uma possibilidade para a solução de conflitos.

Ressalta-se que, como a base do trabalho é o novo CPC, o enfoque principal será com relação à mediação, tema versado no novo diploma legal, recebendo clara aceitação como forma legítima de solução de conflitos.

2 JURISDIÇÃO

A vida em sociedade é regulada por normas que disciplinam os atos das pessoas a fim de padronizar as ações aceitas e as reprovadas, determinando direitos e obrigações. Tais normas são elaboradas pelo Estado, pela função, denominada por Cintra, Grinover e Dinamarco (2014, p. 37), como ordenadora: "isto

114 Graduanda em Direito pela Universidade do Oeste Paulista. E-mail: julianenagafuji@gmail.com

115 Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito da Alta Paulista. E-mail: gabrielapaixao_@hotmail.com

é, de coordenação dos interesses que se manifestam na vida social, de modo a organizar a cooperação entre pessoas e compor os conflitos que se verificarem entre seus membros”.

O Estado possui, além da função ordenadora de estatuir direitos e deveres, a função de impor à sociedade o cumprimento de tais normas, chamada de função jurisdicional. Afinal, se o descumprimento delas não acarretasse uma sanção, não haveria razão de ser, e o desequilíbrio social se faria instalado, conforme dispõe Theodoro Jr.:

Mas, não basta traçar a norma de conduta. O equilíbrio e o desenvolvimento sociais só ocorrem se a observância das regras jurídicas fizer-se obrigatória. Assim, o Estado não apenas cuida de elaborar as leis, mas, especificamente, institui meios de imposição coativa do comando expresso na norma. (THEODORO JR., 2014, p. 113)

Ainda segundo Theodoro Jr. (2014, p. 258), a jurisdição é o poder de formular e fazer atuar a regra jurídica concreta que disciplina determinada situação jurídica, tratando-se, assim, da função do Estado de declarar e realizar, de forma prática, a vontade da lei diante de uma situação jurídica controvertida. Sobre o mesmo instituto dispõe Didier Jr.:

função atribuída a terceiro imparcial (a) de realizar o Direito de modo imperativo (b) e criativo (c), reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas (d) concretamente deduzidas (e), em decisão insuscetível de controle externo (f) e com aptidão para tornar-se indiscutível. (DIDIER JR., 2012, p. 95)

Entende o Estado que a Justiça não deve ser feita pelas próprias mãos, que os conflitos devem ser submetidos ao julgamento de autoridade competente e imparcial. Constata-se isso pela declaração da Constituição Federal de 1988, de que todos têm direito ao devido processo legal, ao contraditório e ao duplo grau de jurisdição.

3 MEDIAÇÃO: MEIO ALTERNATIVO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

A mediação constitui uma das formas de solucionar conflitos, pela qual a necessidade de ingressar na esfera processual pode ser descartada. Temos a mediação como um instrumento de viabilizar a celeridade na resolução da lide, evitando uma longa e demorada análise de mérito pelo processo judicial.

Destarte, tornara-se, no atual cenário do país, a opção do legislador ante à morosidade do Poder Judiciário, à grande burocratização existente, à deficiência do patrocínio gratuito conferido pela Constituição Federal, ao elevado grau de litigiosidade, próprio das sociedades modernas e aos elevados custos.

Ou seja, o Estado não tem conseguido cumprir sua função de modo satisfatório, logo os meios alternativos de resolução de conflitos aparecem como uma maneira eficaz de reivindicar rapidez e acesso à justiça.

Nesse diapasão, temos a mediação como forma de composição de conflito em que somente as partes têm o poder de decidir sobre a lide, ou seja, configura uma modalidade de solução da controvérsia em que prevalece a autonomia da vontade das partes. Perfaz-se na elaboração de um acordo em que uma das partes deve abrir mão de parcela, ou da totalidade, de seu interesse a fim de solucionar a contenda.

Sobre o tema, dispõe Figueiredo (2015) que, como processo estruturado, a mediação oferece um ambiente de diálogo inclusivo, estimulando as partes a expressarem e escutarem os diversos pontos de vista, assim como a pluralidade de interesses, necessidades, possibilidades e preocupações. Enseja, assim, novos entendimentos e a construção de alternativas para a composição do litígio, sendo o diálogo o principal instrumento que move as partes de suas posições para a coautoria das soluções.

Transcende-se, dessa forma, a disputa conflituosa, transformando o contexto adversarial em colaborativo, estimulando e vitalizando a comunicação entre os indivíduos em conflito de modo a proporcionar o que a jurisdição estatal certamente não consegue: a celeridade e o restabelecimento da relação social entre as partes.

Para Didier Jr., a mediação

é uma técnica não-estatal de solução de conflitos, pela qual um terceiro se coloca entre os contendores e tenta conduzi-los à solução auto composta. O mediador é um profissional qualificado que tenta fazer com que os próprios litigantes descubram as causas do problema e tentem removê-las. Trata-se de técnica para catalisar a autocomposição. (DIDIER JR, 2009, p. 78)

Segundo Cintra, Grinover e Dinamarco (2014, p. 47), a mediação

assemelha-se à conciliação: os interessados utilizam a intermediação de um terceiro, particular, para chegarem à pacificação de seu conflito. Distingue-se dela somente porque a conciliação busca sobretudo o acordo entre as partes, enquanto a mediação trabalha conflito, surgindo o acordo como mera consequência. (CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO, 2014, p. 47)

Desde 2010 a Resolução nº. 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) reconhece que o encaminhamento adequado das causas a meios consensuais configura política pública, ou seja, a via alternativa de composição de conflitos deve ser sempre buscada.

A mediação teve um bom impulso, nos últimos anos, por iniciativa de centros de mediação e de profissionais independentes. Os tribunais incentivaram a conciliação judicial mediante iniciativas nacionais e locais. Concelho Nacional de Justiça criou uma política de institucionalização de meios adequados de solução de conflitos pela mediação e conciliação judiciais, por intermédio da res. n. 125/2010. (CINTRA, GRINOVER, DÍNAMARCO, 2014, p. 47).

Mais recentemente, o NCPC trouxe de forma mais concreta a aplicação dos institutos da mediação e conciliação. Conforme Marcato (2016), basta uma comparação entre o diploma de 1973 com o de 2015, para constatar que a atual legislação intensificou a utilização da conciliação, e trouxe todo um regramento próprio para a mediação, inexistente no diploma anterior.

O mediador atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, e auxiliará os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito de modo que elas possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprias soluções consensuais.

Explica ainda Fernanda Tartuce:

A mediação geralmente é indicada como sendo de uso preferencial em casos nos quais há um liame anterior ao conflito entre os indivíduos; como eles têm um histórico conjunto, podem precisar se manifestar em diversas oportunidades para esclarecerem o passado e definirem o futuro.

(...)

Vale lembrar que o mediador não induz as pessoas a um acordo, mas busca facilitar o diálogo para que elas possam encontrar formas proveitosas de relacionamento e equacionamento de controvérsias. (TARTUCE, 2016, p. 11 e 12)

4 MEDIAÇÃO A PARTIR DO NOVO CPC E DA LEI Nº 13.140/2015

O novo Código de Processo Civil trouxe consigo o marco de consagração da mediação, reforçando a importância outrora revelada por meio da Resolução nº. 125/2010 do CNJ, acarretando na evidente legitimação do instituto como um instrumento a ser incentivado pela corrente jurídica brasileira, conforme o artigo 3º, §3º, do NCPC, que dispõe: "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".

A abordagem do novo Diploma Legal direciona os operadores do direito à primazia da tentativa de transação entre as partes em conflito para que se evite o início de um processo ou mesmo para cessar sua continuidade, se já iniciado.

O advento do NCPC deu ensejo à elaboração de uma lei específica que disciplinasse a mediação entre particulares e a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, sendo esta a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.

Em harmonia com o Código de Processo Civil, a lei supracitada traz o conceito de mediação no parágrafo único de seu artigo 1º, dispondo que: "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".

No tocante às disposições do NCPC correlatas aos meios alternativos de solução de conflitos, temos o comando legal para que os tribunais criem centros judiciários de solução de conflitos, bem como a incumbência de desenvolverem programas que auxiliem e estimulem a autocomposição.

Ao delinear a mediação, o Código pontua a propriedade e a finalidade do instituto em seu artigo 165, § 3º, dispondo que o mediador atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, confiando-lhe o papel de auxiliar aos interessados a compreenderem as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções de forma consensual, a fim de gerar benefícios mútuos.

Cumprido consolidar a ideia de que há princípios que balizam a mediação, assim como todo ramo do Direito. Àquele que se valha desta alternativa de solução de conflitos, e o que venha a atuar como mediador, cabe a ciência de que a mediação é informada pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada, conforme ensina o NCPC em seu artigo 166, caput. Somam-se a estes os princípios da boa-fé, da isonomia e da busca do consenso, trazidos pela Lei nº 13.140/2015.

Faz-se necessário, ainda, analisar os bens jurídicos que podem ser negociados a partir de tal instituto. A Lei de Mediação Brasileira reconhece, no art. 3º, que pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre: a) direitos disponíveis; ou b) direitos indisponíveis que admitam transação (relativamente indisponíveis). Ressalta a lei que o consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público. Explica Fernanda Tartuce (2016) que “estão excluídos do espectro de abrangência da mediação os conflitos relativos a direitos absolutamente indisponíveis em relação aos quais nem mesmo a lei permite transação”. Sobre tais direitos, explicam Cintra, Grinover e Dinamarco:

A primeira grande divisão feita de acordo com a natureza dos conflitos a serem dirimidos é a que se estabelece em relação a direitos e interesses suscetíveis ou insuscetíveis de disposição pelas partes (disponíveis ou indisponíveis). São indisponíveis o direito à liberdade pessoal, o direito de punir, pertencente exclusivamente ao Estado (*jus puniendi*), certas relações de direito de família ou envolvendo o Estado etc. São em princípio disponíveis os demais direitos e interesses não penais, incluindo-se nesse conceito a grande maioria das relações jurídicas não regidas pelo direito penal (ou seja, regidas pelo direito civil, comercial, administrativo, tributário, trabalhista). (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2014, p. 31)

5 MODALIDADES DE MEDIAÇÃO

Para que a mediação possa atingir sua precípua finalidade – solucionar conflitos sociais – tem-se, de acordo com a Lei de Mediação, tanto a modalidade judicial quanto a extrajudicial, ou seja, se o conflito chegar a atingir o âmbito do Poder Judiciário estar-se-á diante da mediação judicial, logo, se o litígio se limitar à esfera dos particulares, não tendo eles buscado o amparo jurisdicional, ter-se-á, portanto, a figura da mediação extrajudicial.

Com base no texto legal, é possível pontuar aspectos que diferem as modalidades de mediação. Fiel ao texto do Código de Processo Civil, a Lei nº 13.140 de 2015 traça as características da mediação judicial, reproduzindo de forma mais abrangente a ideia da normal geral, sendo que em seu artigo 24 a Lei direciona aos tribunais a incumbência de criar centros judiciários de solução consensual de conflitos, para que sejam realizadas audiências de mediação de forma pré-processual ou processual.

Dando prosseguimento, é válido mencionar que, como símbolo da importância dirigida ao instituto em epígrafe, o NCPC trouxe a opção de o autor manifestar interesse pela realização ou não de audiência de mediação, como sendo um dos requisitos da petição inicial. O procedimento da audiência de mediação é trazido pelo Novo Código e pela Lei de Mediação, sendo relevante mencionar que atendendo a petição aos requisitos, e não sendo caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de mediação.

A audiência de mediação judicial não será realizada se ambas as partes expressamente manifestarem desinteresse na composição consensual e no caso da questão litigiosa não admitir a autocomposição, nos termos do artigo 334, parágrafo 4º, incisos I e II do NCPC. Havendo a audiência de mediação e resultando em acordo, os autos serão remetidos ao juiz, que determinará o arquivamento do processo. Se requerido pelas partes, o juiz homologará o acordo, por sentença, e o termo final da mediação.

Em contrapartida, a mediação extrajudicial ganha forma quando os particulares, não se valendo da via jurisdicional para tratar de seus interesses, decidem pelo procedimento da mediação, alternativa que será fruto de cláusula contratual em que as partes tenham se comprometido a resolver qualquer impasse pertinente ao contrato por intermédio de um mediador previamente designado por eles, procedendo então à reunião de mediação.

Tanto na modalidade judicial como na extrajudicial temos a figura do mediador, que é um gestor de conflitos, cabendo a ele promover o equilíbrio entre os litigantes. O profissional deve permitir que as partes sejam protagonistas da solução da contenda, mantendo-se de forma neutra e imparcial, não obstante, “o mediador não se refugia na confortável neutralidade para escapar da árdua missão de equilibrar” (FIORELLI, FIORELLI e MALHADAS JUNIOR, 2008, p. 150).

Ainda nas palavras de Fiorelli, Fiorelli e Malhadas Junior, (2008, p. 150) “se o profissional pretende aconselhar, escolher os melhores caminhos para os mediandos, indicar-lhes as mais perfeitas opções, então... não pratica mediação. O mediador não decide e não assume responsabilidades pelas partes”.

Como disposição comum para ambas as formas de mediação, temos que o papel do mediador, conforme o §1º do artigo 4º da Lei de Mediação, é conduzir o procedimento de comunicação entre as partes, buscando o entendimento e o consenso e facilitando a resolução do conflito.

Sobre o mediador extrajudicial, acrescenta a Lei em seu artigo 9º que:

Poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se.

Disciplina também acerca do mediador judicial no artigo 11, segundo o qual:

Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.

Conforme Tartuce (2015) as partes podem eleger o mediador ou a câmara privada de mediação, sendo que aquele designado poderá ou não estar cadastrado junto ao tribunal. Não havendo acordo quanto à eleição do mediador, proceder-se-á à distribuição dentre os cadastrados no registro do tribunal. Neste caso, não estará a escolha sujeita à prévia aceitação das partes – artigo 25 da Lei de Mediação. A despeito, aplicam-se ao mediador as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz.

6 CONCLUSÃO: VIA JURISDICIONAL COMO MODALIDADE RESIDUAL

Ao constatar o interesse do legislador para que o NCPC abarcasse o instituto da mediação, apenas torna-se possível reforçar a legitimidade desta via alternativa e compreender o objetivo de ter sido colocada à disposição dos interessados. O Poder Judiciário brasileiro está desgastado e necessita aparelhar-se de recursos para que a máquina jurisdicional consiga funcionar de forma satisfatória e promover a efetividade.

Compreende-se que a função de pacificar a sociedade foi atribuída ao Estado e que este há muito a exerce de forma una na constância da jurisdição, porém, como explica Pinho e Paumgarten (2015) o desgaste da ideia de exclusividade estatal na composição de conflitos tem sido reforçado, na medida em que se evidenciam as vantagens de métodos compositivos mais consensuais e menos adversariais para a resolução dos conflitos. É argumento favorável aos meios extrajudiciais a qualidade da resolução do conflito, pois as técnicas possibilitam maior envolvimento das partes no desenvolvimento do processo de análise do problema, proporcionando maior efetividade à solução.

Quando o Estado está agindo para dar fim ao litígio ele exerce o seu papel heterônomo, caracterizando, pois, a heretocomposição, ou seja, a decisão do conflito está na responsabilidade de um terceiro imparcial que tem a função de dizer o direito. De outro lado, quando tratamos da mediação temos a autocomposição, onde o que ganha espaço é unicamente a autonomia da vontade das partes, tendo a figura do terceiro imparcial – o mediador – apenas o papel de facilitar o diálogo entre os transigentes.

Haja vista o escopo da jurisdição de promover a pacificação social através da resposta jurisdicional às demandas entregues ao Poder do Estado, o sistema necessita de um suporte para que opere de forma favorável. A mediação insurge como o fulcro, a opção primeira para auxiliar o Judiciário, desafogando-o e permitindo que, antes mesmo de bater às suas portas, os indivíduos possam solucionar suas pretensões extraprocessualmente.

A mediação, portanto, é a aliada do Poder Judiciário que coopera na incessante busca pela pacificação social. Ferramenta promissora de transformação e reestruturação do sistema jurídico brasileiro, para modificar o cenário do Judiciário adjetivado pela morosidade, a fim de que este ostente a imagem de um organismo vivo que atua a serviço da coletividade.

Insta frisar que ao permitir a inserção de mecanismos extraprocessuais – não ignorando a possibilidade de esses meios serem endoprocessuais – para auxiliar na função pacificadora, de nenhuma forma estaria sucedendo à usurpação do monopólio estatal da jurisdição ou à abdicação dos poderes concedidos ao Estado. A autocomposição é uma forma legítima de solucionar conflitos sociais, sendo veementemente reconhecida e estimulada pela comunidade jurídica. Nas palavras de Cintra, Grinover e Dinamarco (2014, p. 49): “a autocomposição é instrumento precipuamente voltado à pacificação social, mais que a própria sentença, pois lida com todo o conflito existente entre as partes em sua vida real e não apenas com a parcela de conflito levada a juízo”.

Deste modo, o legislador quis a subsidiariedade da jurisdição ante à possibilidade de mediação, ou conciliação, caso contrário não teria previsto tais modalidades no artigo 3º do novo Diploma Processual, conforme já disposto. A jurisdição, dentro do idealizado sistema multiportas, é somente mais uma opção ofertada pelo legislador para a resolução da contenda, juntamente com a arbitragem e os meios de autocomposição.

É uma forma de reservar ao Judiciário as matérias que realmente necessitam dele para serem resolvidas, quais sejam as que tratam de direitos absolutamente indisponíveis, deixando que as pessoas

assumam maior responsabilidade sobre seus conflitos, chamando para si o encargo de resolvê-los. Este é o entendimento de Souza e Pimentel (2015), ou seja, de que é necessário respeitar a importância dos Tribunais, deixando para eles a solução das questões que de fato não foram passíveis de solução pelos próprios protagonistas.

Da mesma forma entendem Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

Trata-se de previsão que visa a estimular a solução consensual dos litígios, (art. 3º, §2.º), concedendo à autonomia privada um espaço de maior destaque no procedimento. Além disso, constitui manifestação de uma tendência mundial de abrir o procedimento comum para os meios alternativos de solução de disputas, tornando a solução judicial uma espécie de ultima ratio para a composição dos litígios. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015, p. 216)

Não desconsiderando o princípio da inafastabilidade da jurisdição, concernente ao direito constitucional de apreciação pelo Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direitos, temos a mediação como opção primeira, além de mais eficaz, ao restabelecimento do convívio social e à composição das disputas, e, ante ao atual descrédito do Poder Judiciário, coloca-o como via residual para a concretização da justiça.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha. A Mediação no Novo Código de Processo Civil. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Editoras Gen e Forense, 2015.

BRASIL. Presidência da República. Lei 13.140, de 26 de Junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 20 de mai. de 2016.

BRASIL. Presidência da República. Lei 13.105 de 16 de Março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 21 de mai. de 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>>. Acesso em: 15 de jun. de 2016.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrine. DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 30. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. Volume 1. 14. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2012.

DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Volume 1. 11. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2009.

FIGUEIREDO, Marcela Rodrigues Souza. Considerações prático-teóricas da atuação dos assessores jurídicos na mediação. In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (coords.). A Mediação no Novo Código de Processo Civil. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Editoras Gen e Forense, 2015.

FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Olivé. Mediação e solução de conflitos: teoria prática. 1. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

MARCATO, Ana Cândida Menezes. A promessa de um sistema multiportas e a inclusão da mediação no Novo Código de Processo Civil. Revista Científica Virtual, São Paulo, Volume 23, p. 15-22, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. O novo processo civil. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NERY, Nelson Júnior. Código de Processo Civil Comentado. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1997.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Os desafios para a integração entre sistema jurisdicional e a mediação a partir do novo Código de Processo Civil. Quais as perspectivas para a justiça brasileira? In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (coords.). A Mediação no Novo Código de Processo Civil. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Editoras Gen e Forense, 2015.

SOUZA, Mariana Freitas de; PIMENTEL, Wilson. O novo CPC e a sua dose de regulamentação dos mecanismos alternativos de solução de disputas. In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA,

Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (coords.). A Mediação no Novo Código de Processo Civil. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Editoras Gen e Forense, 2015.

TARTUCE, Fernanda. Opção por mediação e conciliação. Revista Científica Virtual, São Paulo. Volume 23, p. 7-13, 2016.

TARTUCE, Fernanda. Mediação nos Conflitos Cíveis. 2. ed. São Paulo: Editoras Gen e Método, 2015.

TARTUCE, Fernanda. Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos. In Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Org.: Freire, Alexandre; Medina, José Miguel Garcia; Didier Jr, Fredie; Dantas, Bruno; Nunes, Dierle; Miranda de Oliveira, Pedro (no prelo). Disponível em <www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora>. Acesso em 29 de jun. de 2016.

THEODORO JÚNIOR, H. Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. Volume 1. 55. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014

WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. Curso Avançado de Processo Civil. Volume 1. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MEDIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

MEDIATION IN THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE

Maria Gorete Costa Nogueira Leal¹¹⁶

RESUMO: No Brasil, ainda prevalece a cultura da litigiosidade e da solução por meio da judicialização. Na tentativa de alteração desse panorama, o novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015 (CPC/2015), surge como uma mudança de paradigma ao introduzir a mediação como etapa inicial do procedimento comum nas hipóteses em que se afigura como método adequado pelos critérios indicados no próprio código (art. 165, §§ 2º e 3º). A mediação, instituto ainda pouco conhecido no Ordenamento Jurídico pátrio, foi regulada de forma pioneira pelo CPC/2015, apresentando-se, assim, como uma possibilidade de enfrentamento do conflito de modo adequado, efetivo e tempestivo, fomentando, com o protagonismo e a coautoria dos próprios interessados, a autocomposição na solução de seus desentendimentos.

Palavras-chave: Litigiosidade. Judicialização. Autocomposição. Mediação. Conflito.

ABSTRACT: In Brazil, the culture of litigation and solution by judicialization prevails. In an attempt to change this scenario, the new Civil Procedure Code, Law 13,105/2015 (CPC / 2015), emerges as a paradigm shift to introduce mediation as the first step of the common procedure in cases where it appears as an appropriate method, following criteria set out in the code itself (art. 165, §§ 2º and 3º). The mediation, a still little known institute in our legal system, was regulated in a pioneering way by CPC / 2015, presenting thus a possibility of addressing the conflict in a proper way, fostering, with the involvement and co-authored by the interested parties themselves, self regulation, in order to solve their own disagreements.

Keywords: Litigation. Legalization. Self regulation. Mediation. Conflict.

INTRODUÇÃO

O aumento das demandas judiciais decorrentes da facilitação do acesso à justiça, trazido pela Constituição Federal de 1988, aliado a outros fatores, impôs à comunidade jurídica a busca pela adoção de novas formas de enfrentamento dos conflitos sociais como alternativa ao excesso de judicialização hoje enfrentado por todos os Tribunais do país. Este caminho acabou por levar os estudiosos do Direito a encontrar novos mecanismos de resolução de conflitos, com ênfase em métodos consensuais, a exemplo da mediação.

Vistos por muitos como forma adequada de solução de conflitos, estes institutos são acolhidos pelo novo Código de Processo Civil (CPC/2015) não apenas como instrumentos efetivos de agilização dos litígios postos a exame perante o Poder Judiciário, mas também de pacificação social e de prevenção de litígios, contribuindo de forma significativa para melhorar a qualidade das relações humanas, porque evitam o acirramento da controvérsia.

Destaque-se que os referidos institutos de pacificação social podem ser implementados no curso do processo (endoprocessual) ou mesmo antes do ajuizamento das demandas (pré-processual), evitando, assim, que os envolvidos suportem o custo temporal, financeiro e emocional de um processo judicial.

Importante ressaltar que a mediação chega a nosso ordenamento jurídico e na nossa prática profissional como uma mudança de paradigma, isto é, se distanciando de um sistema que há anos estimula a judicialização dos conflitos como única saída possível para alcançar a pacificação de interesses, migrando em direção a uma nova forma, cuja essência é o estímulo à solução consensual, negociada e alcançada pelos próprios contendores a partir da ajuda do mediador.

Grife-se que o sucesso da autocomposição muito dependerá da perícia e da habilidade do mediador, profissional preparado especialmente para estimular o diálogo e o entendimento entre as partes.

DO COMANDO CONSTITUCIONAL

A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, fez incluir na Carta Magna de 1988, como direito fundamental do jurisdicionado, a razoável duração do processo, com os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII).¹¹⁷ Prevalece, na doutrina mais abalizada, que, de forma implícita, entre estes meios, está a mediação.

¹¹⁶ Advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Ceará, Pós-graduada em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera Uniderp – SP, Pós-graduada em Direito Administrativo pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR, MBA em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas – FGV, Membro associado do IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família, Membro Colaborador da Comissão Especial de Mediação, Conciliação e Arbitragem da OAB-CE. E-mail: goreteleal@hotmail.com

¹¹⁷ 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: [...] LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação

O comando constitucional, apesar de dirigido também ao juiz, tem como principal destinatário o legislador, impondo-lhe a tarefa de aperfeiçoar a legislação processual com o escopo de assegurar uma efetiva prestação jurisdicional. É certo que a previsão constitucional do direito a uma prestação jurisdicional tempestiva, justa e adequada, contribui para reforçar a preocupação com o conteúdo, a forma e a qualidade do acesso à justiça.

Em observância ao comando constitucional, o CPC/2015, além de consignar o Princípio da razoável duração do processo, como completude indispensável, inova, estabelecendo dois novos princípios: o Princípio da primazia da decisão de mérito, ao determinar, como prioridade, a solução integral do mérito, e o Princípio da efetividade do processo, com a previsão da atividade satisfativa, ou seja, a entrega do bem da vida, de forma justa, para quem detém o direito (Art. 4º).¹¹⁸

Nesse sentido, leciona Didier Júnior (2002, p. 28) que: "a simples garantia formal do dever do Estado de prestar a Justiça não é suficiente, sendo necessária uma prestação estatal rápida, efetiva e adequada."

Dentro dessa perspectiva, o CPC/2015, visando dar concretude ao comando constitucional, acabou sendo uma espécie de estuário de diversos projetos de lei de reformulação da justiça brasileira nos últimos anos. Com efeito, tudo o que se estava sendo discutindo no Congresso Nacional, há mais de 20 anos, no sentido de mudar a justiça, foi sendo colocado no CPC/2015, e.g. o Projeto de Lei de mediação e conciliação. Diante da demora em sua tramitação, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) resolveu em 2010 editar a Resolução 125/10, disciplinando-as como políticas públicas e estabelecendo as funções do mediador e do conciliador.

Inspirado na referida Resolução, que já disciplinava os institutos no âmbito administrativo do Poder Judiciário, o CPC/2015, com aplicabilidade cogente em todo o território nacional, implementou a ideia original de mediação e conciliação, sendo objeto de capítulo próprio, com onze artigos (arts. 165/175), regulamentando, ademais, as funções dos mediadores e conciliadores e colocando-os expressamente como auxiliares da justiça (Art. 149).¹¹⁹

O INCENTIVO À MEDIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O texto do CPC/2015, aprovado pelo Poder Legislativo, dá um destaque especial à Mediação, prevenindo e disciplinando sua aplicação em várias oportunidades.

Por limitação de tempo e espaço, não serão analisados em detalhes todos os dispositivos atinentes à matéria, porém, serão abordadas e analisadas as inovadoras previsões que possam ensejar maiores reflexos.

A localização dos dispositivos é bem variada, a revelar a apropriada percepção de que a mediação tem potencial para lidar com controvérsias, não apenas no começo da abordagem do conflito, mas em qualquer momento. Com efeito, desde que haja disposição dos envolvidos, o tratamento consensual é sempre possível: ainda que escolhida inicialmente a via contenciosa, as partes podem, com base em sua autonomia, decidir buscar saídas conjuntas.

Inicialmente, vale destacar que o impulso ao consenso já é previsto entre nós no Código de Ética do Advogado, sendo dever deste "estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios" e "aconselhar o cliente a não ingressar em aventura judicial":

Art. 2º. O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce.

Parágrafo único. São deveres do advogado:

[...];

VI - estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios;

VII - aconselhar o cliente a não ingressar em aventura judicial;

Vale ressaltar que, no que se refere à mediação, o CPC/2015 avançou significativamente em relação ao Código de 1973. Realmente, enquanto o diploma normativo precedente não trazia qualquer previsão sobre a mediação – embora tratasse da conciliação em dez artigos –, o diploma recém-sancionado menciona expressamente a mediação em 39 oportunidades diferentes.

¹¹⁸ Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

¹¹⁹ Art. 149. São auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, o mediador, o conciliador judicial, o partidor, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias.

Na versão analisada do CPC/2015, o fomento à mediação aparece, logo nos primeiros artigos. Já no art. 2º,¹²⁰ após aduzir que o processo começa por iniciativa das partes, consagrando o Princípio da Inércia, o legislador ressalva a existência de exceções previstas em lei, inovando, assim, o Ordenamento Jurídico pátrio, com o Princípio do Autoregramento do Processo, in fine.

Por sua vez, topograficamente localizado no Capítulo I, Livro I da Parte Geral, o caput do Art. 3º¹²¹ enuncia o Princípio da inafastabilidade da jurisdição e, logo em seguida, no §2º,¹²² consagrando a Resolução 125/10 do CNJ, preconiza a solução consensual do conflito como política pública nacional a ser promovida pelo Estado, alçando, desse modo, a autocomposição como princípio fundamental.

Finalmente, pela leitura do §3º¹²³, do artigo supra mencionado, verifica-se que todo o CPC/2015 é estruturado no sentido de incentivar a autocomposição, ao determinar a mediação e a conciliação como primeiro ato do processo e o dever dos juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público de estimular a sua aplicação.

A simples leitura da norma processual supra mencionada permite concluir que o CPC/2015 reconhece natureza jurídica jurisdicional aos mecanismos autocompositivos, ou seja, a mediação e a conciliação tanto poderão ser ofertadas extrajudicialmente como no curso dos processos judiciais, o que é possível pela incorporação das técnicas de pacificação de conflitos.

Sem olvidar que, no processo judicial, as partes ficam dispensadas do pagamento das custas processuais, se a transação ocorrer antes da sentença, na forma do § 3º, do Art. 90.¹²⁴

A conclusão é reforçada pela inclusão dos mediadores e conciliadores judiciais entre os auxiliares da Justiça, nos termos do Art. 149¹²⁵ do CPC/2015. Dentro do Capítulo III, o diploma destina uma seção inteira, composta por onze artigos, para o regramento das atividades dos mediadores e conciliadores judiciais.

Na condição de auxiliares da Justiça, os mediadores deverão ser remunerados pelos trabalhos desempenhados (Art. 169).¹²⁶ A regulamentação do abono variável e das jornadas de trabalho foi atribuída aos Tribunais, que observarão para este fim os parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça.

Liberdade e autonomia, aliás, são valores essenciais aos institutos em foco. É imperioso relembrar que durante a sessão consensual não se atua segundo a lógica de julgamento formal, em que há imposição de resultado pela autoridade estatal: antes, a lógica conciliatória demanda o reconhecimento da dignidade e da inclusão de todos, rechaçando condutas autoritárias por força do respeito recíproco que deve pautar a atuação dos participantes.

Leciona Tartuce (2013) que a experiência revela que infelizmente alguns juízes, ao encontrarem óbices ao consenso, buscam removê-los fazendo prognósticos ameaçadores.

Na atividade conciliatória, o juiz não pode ser autor de intimidação, infundindo temor às partes de que preste jurisdição. O consentimento para a celebração dos pactos deve ser, obviamente, livre de vícios. O poder do magistrado não deve ser usado para forçar ou intimidar as partes, sob pena de gravíssimo comprometimento da liberdade negocial dos litigantes e da isenção do julgador (TARTUCE, 2013b, p.19).

Essa situação, infelizmente tão recorrente, precisa mudar: ela compromete negativamente a credibilidade do Poder Judiciário e gera desconfiças em relação à utilidade e à vantagem de se valer dos meios consensuais.

120 Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.

121 Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

122 § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

123 § 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.

124 Art. 90. Proferida sentença com fundamento em desistência, em renúncia ou em reconhecimento do pedido, as despesas e os honorários serão pagos pela parte que desistiu, renunciou ou reconheceu.
[...];

§ 3º Se a transação ocorrer antes da sentença, as partes ficam dispensadas do pagamento das custas processuais remanescentes, se houver.

125 Art. 149. São auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, o mediador, o conciliador judicial, o partidor, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias.

126 Art. 169. Ressalvada a hipótese do art. 167, § 6º, o conciliador e o mediador receberão pelo seu trabalho remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça.

CONSAGRAÇÃO DOS PRINCÍPIOS QUE REGEM A MEDIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A atuação dos mediadores deverá ser pautada pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada (Art. 166).¹²⁷

Independência: A atuação de mediadores deve se dar de forma livre e autônoma, sem qualquer forma de subordinação, influência ou pressão com relação às partes envolvidas na disputa;

Imparcialidade: A atuação de mediadores deve se dar com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, de maneira que valores pessoais não interfiram na atividade. Mediadores devem atuar de maneira equidistante e livre de quaisquer comprometimentos, sejam de que ordem forem, com relação às partes envolvidas na disputa, e jamais devem aceitar qualquer espécie de favor ou presente;

Autonomia da vontade: A atuação dos mediadores deve respeitar os diferentes pontos de vista das partes, permitindo-lhes a liberdade para chegar a suas próprias decisões, voluntárias e não coercitivas, em todo e qualquer momento do processo, sendo-lhes facultadas, inclusive, a desistência e a interrupção da mediação e da conciliação a qualquer momento, se assim lhes aprouver;

Confidencialidade, estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes. Além disso, o mediador, assim como os membros de sua equipe, não poderá divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da mediação;

Oralidade: o processo é oral, e a estrutura de comunicação é aberta e flexível. A preocupação na mediação é a de que as partes compreendam as visões e perspectivas umas das outras, mesmo sem necessariamente concordar, e que seus interesses sejam discutidos, para que opções possam ser exploradas sem comprometimento, até que um acordo seja alcançado;

Informalidade: é um processo informal, construído pelas próprias partes com ajuda do mediador, em que aquelas devem focar mais seus interesses e possíveis soluções para o problema do que em formalmente expor e convencer umas às outras sobre suas posições jurídicas;

Decisão informada: o jurisdicionado deve estar plenamente informado, não apenas quanto ao contexto fático e jurídico, mas também quanto às consequências de suas decisões.

Pontua-se, por fim, que é admitida legalmente a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição (§ 3º),¹²⁸ bem como a definição de regras procedimentais, conforme a livre autonomia dos interessado (§4º).¹²⁹

CONCEITO LEGAL DE MEDIADOR:

O legislador, no CPC/2015, utilizando-se do método de interpretação autêntica, resolveu encampar um conceito legal de mediador, e o fez no Art. 165, § 3º.¹³⁰

O mediador é um terceiro neutro e imparcial, estranho ao conflito, que, revestido de conhecimento técnico e, contando com a confiança das partes, orienta e facilita a comunicação, levando os conflitantes a construir, de forma consensual, a melhor solução para seus problemas, visando à pacificação social.

A mediação é, portanto, uma técnica mais sutil, recomendada, preferencialmente, nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes. O mediador não pode ser proativo, não pode fazer propostas de acordo, deve funcionar como um catalisador do diálogo, ou seja, alguém que escuta ativamente as partes e facilita a comunicação, para que elas próprias possam construir uma solução consensual que gere benefícios mútuos. Scipilliti (2004, p. 317) leciona que:

Mediação é uma extensão do processo de negociação. As partes envolvidas numa disputa ou num outro conflito, quando não chegam a um acordo, utilizam uma terceira pessoa, neutra e imparcial, para auxiliá-las na busca de uma conclusão aceitável por ambos. Diferentemente de um juiz ou de um árbitro, que têm como função a aplicação de normas para a produção de uma decisão vinculante,

127 Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

128 § 3º Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.

129 § 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.

130 Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

[...];

§ 2º 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 concilitem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

o mediador apenas ajuda as partes a chegarem a um acordo explorando seus interesses. Uma das principais características da mediação é a obtenção do resultado pelas próprias partes.

Na mediação, o mediador tem que ser mais discreto, conquistar a confiança e, utilizando-se de técnicas e linguagem apropriadas, buscar auxiliar os interessados a compreenderem as questões controversas, os interesses reais e os sentimentos envolvidos, incentivando o restabelecimento da comunicação entre os conflitantes, levando-os a buscarem uma solução pautada no consenso. Ruiz (2005, p. 75) refere que:

A mediação, vista como método ou procedimento alternativo não tem a finalidade de afastar a utilização do processo judicial e, tampouco, pretende-se enfocá-la como concorrente do instrumento da jurisdição. A mediação deve ser incentivada e utilizada ao lado processo, funcionando como verdadeiro filtro. Somente quando as partes não se compõem por si sós, aí sim, deverá utilizar-se do processo. A intenção não é privatizar a justiça. Não se pretende utilizar a mediação como algo que venha competir com o processo judicial, até mesmo porque, em determinados tipos de conflitos de interesse, dada a sua natureza, e, também, em virtude da ordem pública, a jurisdição funcionará como jurisdição necessária. Não se deve olvidar, ainda, que o juiz, no exercício da jurisdição conta com o poder de imperium, ou seja, poderá utilizar-se da coação para cumprir os comandos judiciais. Ademais, tem-se ciência de que os meios alternativos de solução dos conflitos de interesse não solucionarão todos os problemas. Mas por que se pensa assim, então? Basicamente dois fatores justificam o manejo da mediação, quais sejam: 1) possibilitará amenizar a crise porque passa o processo e, conseqüentemente, o Poder Judiciário, e 2) a solução é encontrada pelas próprias partes, ainda que sejam auxiliadas nesse sentido, e com a vantagem de ser uma solução não adversarial, alcançando-se para as partes a verdadeira justiça.

Uma das principais razões para escolher a mediação como meio de resolução de controvérsias é o alto grau de flexibilidade e de adaptação que pode oferecer às partes, observando-se as circunstâncias específicas do caso concreto.

Segundo estudos apresentados por especialistas, são inúmeros os benefícios e vantagens que podem ser alcançados pela mediação, tais como: redução do desgaste emocional e do custo financeiro; construção de soluções adequadas às reais necessidades e possibilidades dos interessados; maior satisfação dos interessados envolvidos; maior rapidez na solução de conflitos, quer pessoais, familiares ou de negócios; desburocratização na solução de conflitos, uma vez que impera a informalidade nas sessões de mediação; possibilidade da solução do litígio por profissional escolhido pelos interessados, conforme a natureza da questão e a garantia de privacidade e sigilo.

Dos Mediadores

Os mediadores serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional.

Efetivado o registro, que poderá ser precedido de concurso público, o tribunal remeterá ao diretor do foro da comarca, seção ou subseção judiciária onde atuará o mediador os dados necessários para que seu nome passe a constar da respectiva lista, a ser observada na distribuição alternada e aleatória, respeitado o princípio da igualdade dentro da mesma área de atuação profissional.

Além disso, os mediadores deverão ter uma capacitação mínima para o desempenho de suas atividades por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça, para poder requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal.

No cadastro de mediadores, constarão todos os dados relevantes para a sua atuação, tais como o número de processos de que participou, o sucesso ou insucesso da atividade, a matéria sobre a qual versou a controvérsia, bem como outros dados que o tribunal julgar relevantes, sendo tais dados classificados sistematicamente pelo tribunal, que os publicará, ao menos anualmente, para conhecimento da população e para fins estatísticos e de avaliação da mediação.

O tribunal poderá optar pela criação de quadro próprio de mediadores, a ser preenchido por concurso público de provas e títulos. O mediador receberá pelo seu trabalho remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça, salvo se integrante de quadro próprio do tribunal.

Ainda, a mediação pode ser realizadas como trabalho voluntário, observada a legislação pertinente e a regulamentação do tribunal, devendo estes determinar o percentual de audiências não remuneradas que deverão ser suportadas pelas câmaras privadas de conciliação e mediação, com o fim de atender aos processos em que deferida gratuidade da justiça, como contrapartida de seu credenciamento.

Uma vez cadastrados, os mediadores judiciais, se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções, tendo tal previsão o escopo de evitar os efeitos

colaterais advindos das vantagens que a proximidade dos mediadores com o juízo pode lhes trazer, em relação aos demais advogados. Além disso, o mediador fica impedido, pelo prazo de 1 (um) ano, contado do término da última audiência em que atuou, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes.

Por serem auxiliares da justiça, nos termos do inciso II do Art. 148¹³¹ do CPC/2015, aos mediadores são aplicáveis as causas de impedimento e suspeição dispostas nos arts. 144¹³² e 145,¹³³ respectivamente.

No caso de impedimento, o mediador comunicará imediatamente, de preferência por meio eletrônico, e devolverá os autos ao juiz do processo ou ao coordenador do centro judiciário de solução de conflitos, devendo este realizar nova distribuição. E se a causa de impedimento for apurada quando já iniciado o procedimento, a atividade será interrompida, lavrando-se ata com relatório do ocorrido e solicitação de distribuição para novo mediador.

Caso haja impossibilidade temporária do exercício da função, o mediador informará o fato ao centro, preferencialmente por meio eletrônico, para que, durante o período em que perdurar a impossibilidade, não haja novas distribuições.

Em regra, caberá às partes escolher o mediador que poderá ou não estar cadastrado no tribunal, até mesmo em observância ao princípio da autonomia da vontade. Ainda, haverá a designação de mais de um mediador sempre que recomendável. Porém, inexistindo acordo quanto à escolha do mediador, haverá distribuição entre aqueles cadastrados no registro do tribunal, observada a respectiva formação.

O CPC/2015 traz duas hipóteses de exclusão dos mediadores jamais aplicada aos demais auxiliares da justiça: 1) Agir com dolo ou culpa na condução da mediação sob sua responsabilidade ou violar qualquer dos deveres de sigilo, divulgando ou depondo acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou mediação; e 2) Atuar em procedimento de mediação, apesar de impedido ou suspeito. Tais casos de exclusão serão apurados em processo administrativo.

Por fim, o CPC/2015 ainda traz que o mediador possa ser afastado temporariamente de suas funções por até 180 dias caso o juiz do processo ou o juiz coordenador do centro de conciliação e mediação verifique atuação inadequada, devendo o fato imediatamente ao tribunal para instauração do respectivo processo administrativo.

Audiência de mediação

Preenchidos os requisitos essenciais da petição inicial, não sendo o caso de improcedência liminar do pedido, deverá o juiz, antes de determinar a citação do réu para, querendo, contestar ou reconvir, designar audiência de conciliação ou de mediação (Art. 334).¹³⁴ Segundo o CPC/2015, a audiência somente não será realizada: i) se ambas as partes manifestarem, expressamente, não existir interesse na composição consensual ii) em se tratando de direitos indisponíveis e que não admitam transação (§ 4º).¹³⁵

O novo diploma processual exige que o autor indique, já na petição inicial, se deseja ou não levar o conflito à mediação ou conciliação. No mesmo sentido, fixa que o réu deverá manifestar seu desinteresse em participar da audiência em até 10 dias antes da data da audiência (§ 5º).¹³⁶

Por fim, o não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça, apenado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado (Art. 334).

131 Art. 148. Aplicam-se os motivos de impedimento e de suspeição: I - ao membro do Ministério Público; II - aos auxiliares da justiça; III - aos demais sujeitos imparciais do processo.

132 Art. 144. Há impedimento do juiz, sendo-lhe vedado exercer suas funções no processo: I - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como membro do Ministério Público ou prestou depoimento como testemunha; II - de que conheceu em outro grau de jurisdição, tendo proferido decisão; III - quando nele estiver postulando, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive; IV - quando for parte no processo ele próprio, seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive; V - quando for sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídica parte no processo; VI - quando for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de qualquer das partes; VII - em que figure como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou decorrente de contrato de prestação de serviços; VIII - em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório; IX - quando promover ação contra a parte ou seu advogado.

133 Art. 145. Há suspeição do juiz: I - amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados; II - que receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, que aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou que subministrar meios para atender às despesas do litígio; III - quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive; IV - interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes.

134 Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência..

135 § 4º A audiência não será realizada: I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; II - quando não se admitir a autocomposição.

136 § 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.

Além da regra geral, o CPC/2015 prevê dois casos de obrigatoriedade absoluta da audiência de mediação, dispondo que o encaminhamento do processo para o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) independe da concordância prévia das partes.

O primeiro caso diz respeito às ações de família. Em razão das peculiaridades e da complexidade dos relacionamentos familiares, o CPC/2015 preceitua que todos os esforços deverão ser empreendidos para que o conflito seja solucionado consensualmente, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas do conhecimento para a mediação (Art. 694).¹³⁷ Dispõe, ademais, que o magistrado poderá suspender o processo, a requerimento das partes, a fim de que estas participem de mediação extrajudicial ou de atendimento multidisciplinar (parágrafo único do Art. 694).¹³⁸

A segunda hipótese são os litígios coletivos envolvendo a posse de imóveis. Quando o esbulho ou a turbação alegada na petição inicial houver ocorrido há mais de ano e dia, o juiz deverá, antes mesmo de avaliar o pedido de liminar, designar audiência de mediação. O Ministério Público será necessariamente intimado para esta audiência, assim como a Defensoria Pública, se alguma parte for beneficiária de gratuidade da justiça (Art. 565, §2º).¹³⁹

CONCLUSÃO

O Novo Código de Processo Civil (CPC/2015) positiva, de forma muito objetiva, onde e quando será aplicada a mediação, cabendo aos operadores do direito se adaptarem aos novos tempos e participarem de forma efetiva na busca da pacificação social, única forma de obtermos a melhor atuação do Poder Judiciário e uma prestação jurisdicional mais efetiva.

Para que a via consensual possa prosperar em amplos termos, os operadores do Direito precisarão se abrir a novas concepções; para que a mediação possa se revelar um proveitoso meio de abordagem de controvérsias, será preciso entender a diferenciada concepção que ela encerra.

Além de servir como elemento para antecipar o final da demanda judicial, a mediação se mostra como instrumento efetivo de pacificação social e de prevenção de litígios, contribuindo de forma significativa para reduzir a quantidade de ações judiciais e melhorar a qualidade das relações humanas, porque evitam o acirramento da controvérsia. A abordagem da autocomposição evita a lógica contenciosa de vencedores e vencidos e visa a propiciar um ambiente favorável à geração de soluções criativas e resultados satisfatórios.

Como se percebe, é de suma importância o conhecimento dos protagonistas das controvérsias e de seus operadores jurídicos sobre as possibilidades consensuais para que a mediação prospere entre nós. O CPC/2015 enfrenta o tema em diversos dispositivos.

A diferenciação entre mediação e conciliação, bem exposta no CPC/2015, precisa ser estudada e compreendida pelos sujeitos do processo com maior profundidade. O estímulo aos meios adequados de solução do conflito deve ser dosado para evitar abusos fomentadores de intimidação e comprometimento do consenso genuíno.

A previsão de que o cadastramento como mediador gera óbice à atividade advocatícia no juízo da inscrição merece ser revista, sob pena de inibir a consolidação de bons e diversificados quadros de mediadores.

Espera-se que, com o advento do CPC/2015, a atenção dos operadores e dos gestores da Justiça seja focada na gestão dos conflitos com qualidade; a mediação têm tudo para, nesse contexto, ser uma valiosa ferramenta para dar voz e vez a protagonistas de conflitos dispostos a investir produtivamente em um novo roteiro para suas histórias.

137 Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.

138 Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.

139 Art. 565. No litígio coletivo pela posse de imóvel, quando o esbulho ou a turbação afirmado na petição inicial houver ocorrido há mais de ano e dia, o juiz, antes de apreciar o pedido de concessão da medida liminar, deverá designar audiência de mediação, a realizar-se em até 30 (trinta) dias, que observará o disposto nos §§ 2º e 4º.

[...];

§ 2º O Ministério Público será intimado para comparecer à audiência, e a Defensoria Pública será intimada sempre que houver parte beneficiária de gratuidade da justiça.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Novo Código de Processo Civil Anotado. Porto Alegre: OAB RS, 2015.

CAMBI, Eduardo; FARINELLI, Alisson. Conciliação e mediação no novo Código de Processo Civil (PLS 166/2010). In: Revista de Processo, São Paulo, RT, v. 36, n. 194, p. 277-305, abr. 2011.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário. In: Revista de Processo, São Paulo, RT, ano 27, n. 108, out./dez., 2002.

RUIZ, Ivan Aparecido. A mediação e o Direito de Família. Revista de Arbitragem e Mediação: RArb, São Paulo, RT, v. 2, n. 6, p. 75-105, jul./set. 2005.

SCRIPILLITI, Marcos Scarcela Portela. CAETANO, José Fernando Caetano. Aspectos relevantes da mediação. In: Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, RT, ano 1, n. 1, p. 317-331, jan./abr., 2004.

TARTUCE, Fernanda. Mediação no novo CPC: questionamentos reflexivos. In: Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil. Salvador: JusPodivm, 2013a.

TARTUCE, Fernanda. Conciliação e Poder Judiciário. 2013. Disponível em <http://www.fernandatartuce.com.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=43&Itemid=56&limitstart=10>. Acesso em: 13 fev. 2013b.

O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A MEDIAÇÃO COMO MEIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE AND MEDIATION AS A MEANS OF RESOLVING CONFLICTS

Dayane Nayara da Silva Alves ¹⁴⁰

Sócrates Costa Oliveira ¹⁴¹

Gustavo Henrique de Aguiar Pinheiro¹⁴²

RESUMO: A mediação de conflitos ganha enorme visibilidade no ordenamento jurídico, tornando-se o foco para dirimir demandas conflituosas, por ser uma medida capaz de solucionar as lides de forma pacífica e consensual, resolvendo efetivamente o problema da alta demanda no Judiciário, que encontra-se esgotado. A justiça tem fornecido respostas aos conflitos de forma lenta, e por muitas vezes ineficiente quando não considera os aspectos mais íntimos na resolução de uma demanda a fim de resolver o real problema da forma mais efetiva. Sob o contexto de um Poder Judiciário com uma alta carga de processos, a mediação tem sido buscada por litigantes a fim de resolver conflitos em relações continuadas, caso comum no Direito de Família, pois é percebida como uma forma potencialmente eficiente e célere na resolução de situações conflituosas, fornecendo às partes um poder ativo da composição da solução mais justa e menos onerosa para ambos. A mediação, portanto, volta-se apenas para os conflitos que versam sobre os direitos disponíveis, uma vez que nesses as partes podem livremente convencionar a resolução mais conveniente, promovendo o diálogo, o acordo e a paz social, buscando manter a continuidade das relações de forma pacífica, com consequências positivas que inexistem nas sentenças judiciais.

Palavra-chave: Mediação. Autocomposição. Solução Extrajudicial.

ABSTRACT: The conflict mediation gained enormous visibility in the legal system, making it the focus to resolve conflicting demands, as a measure capable of solving the litigations in a peaceful and consensual manner, effectively solving the high demand of the problem in the judiciary, lying exhausted. Justice has provided responses to conflicts slowly, and often inefficient when it considers the most intimate aspects in the resolution of a demand to solve the real problem more effectively. Under the context of a judicial branch with a high load processes, mediation has been sought out by litigants to resolve conflicts in continuing relations, common case in family law as it is perceived as a potentially efficient and expeditious way to resolve conflict situations by providing the parties an active power of the composition of fairer and less costly solution for both. Mediation therefore back only to the conflicts that deal with the rights available, since these parties are free to agree on the most convenient resolution, promoting dialogue, agreement and social peace, seeking to maintain the continuity of relations peacefully with positive effects that do not exist in judicial decisions.

Keyword: Mediation. Autocomposição. Extrajudicial solution.

INTRODUÇÃO

O novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor em 18 março de 2016, prestigiou a mediação como um método de solução de conflitos, estabeleceu que o Estado deve promover, na medida do possível, a solução consensual dos conflitos. Definiu também que 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.

O novo CPC deste modo atribuiu aos seus dispositivos uma maior harmonia com o texto constitucional, que, logo no seu preâmbulo, apregoa a solução pacífica das lides em todos os níveis. Desta feita, a mediação e a conciliação são citadas em vários trechos do novo Código, bem como o novo diploma processual determinou aos tribunais que criassem centros de conciliação e de mediação e desde logo elencou algumas normas quanto à sua coordenação e funcionamento.

Com o decorrer dos anos, os institutos da Conciliação e Mediação têm sido destacados como vitoriosos e fundamentais instrumentos para solução célere e pacífica dos conflitos, em se tratando de direitos disponíveis, seja na área judicial, seja na via extrajudicial. Tendo em vista o crescente volume de causas que são submetidas ao Poder Judiciário, este não mais consegue solucioná-las de forma célere, como aguarda a sociedade.

140 Graduanda em Direito Universidade de Fortaleza; Pesquisadora Pavic do Grupo de Pesquisa em Direito do Trabalho da UNIFOR; Pesquisadora do NEI/UNIFOR parceira da fundação FUNAG-UNB; Estagiária do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

141 Graduando em Direito na Universidade de Fortaleza; Pesquisador do grupo de Pesquisa em Direito do Trabalho da UNIFOR; Estagiário na Freitas&Melo Advogados associados.

142 Assessor de Desembargador TJ/CE; Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará; Especialista em Direito processual Civil Unifor; Especialista em Saúde Mental pela Universidade Estadual do Ceará.

A lei determina de forma direta o papel do conciliador e do mediador, uma vez que os dois institutos não se confundem. O conciliador tem a função de sugerir uma solução e operará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes. O mediador, por sua vez, ficará responsável essencialmente em buscar restaurar o diálogo entre as partes, para que posteriormente o conflito em si possa ser tratado, atuando este nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes.

A audiência de conciliação ou de mediação poderá ocorrer em duas sessões ou mais, desde que não ultrapasse dois meses da data de realização da primeira sessão, e desde que imprescindíveis à composição das partes, será designada pelo magistrado.

O Novo Código de Processo Civil prevê ainda, que antes de julgar um processo o magistrado tem a obrigação de realizar a audiência de conciliação ou mediação. Nota-se que o objetivo é de estimular os institutos, ressalta-se que haverá aplicação de multa diante do não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência.

Embora haja bastante esperança com a redução de demandas no Judiciário, o novo Código de Processo Civil não pode, de forma isolada, resolver o problema do abarrotamento do judiciário; devem ser adotadas várias outras medidas para diminuir o número das demandas processuais.

Nesse sentido, importa destacar a opinião do Ministro Ricardo Lewandowski, Presidente do Supremo Tribunal Federal, proferida no evento promovido pelo Instituto dos Advogados de São Paulo, em novembro de 2014: "Temos que sair de uma cultura de litigiosidade e ir para uma cultura de pacificação. E isso será feito pela promoção de meios alternativos de solução de controvérsias, como a conciliação, a mediação e a arbitragem [...]".

O povo brasileiro precisa de um Poder Judiciário ágil, eficaz e em conformidade com o Judiciário das grandes economias mundiais. Muitas vezes as demandas judiciais são descabidas e a conciliação ou a mediação possuem o poder de colocar fim a uma longa demanda, cabendo a cada um fazer sua parte.

INSTITUTO DA MEDIAÇÃO E SEUS BENEFÍCIOS

A mediação é um meio extrajudicial de resolução de conflitos, e com o advento do novo Código de Processo Civil passou também a ser um meio judicial. É utilizado para solucionar ou prevenir situações litigiosas ou de impasse na comunicação ou nas negociações acerca das suas demandas. É a oportunidade para que as partes discutam, questionem e contestem os seus conflitos abertamente, com fins de solução consensual entre si.

Convém colacionar posicionamento de Cássio Scarpinella: "É cediço que nos últimos anos a Conciliação e a Mediação têm se mostrado importantes instrumentos para a solução pacífica e rápida de conflitos, seja na esfera judicial ou na esfera extrajudicial." (2015, p.105).

A mediação de conflitos encontra-se indiretamente prevista na Constituição Federal de 1988 que, em seu preambulo estabelece:

[...] um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias. (grifo nosso).

O Instituto pode ser utilizado para qualquer tipo de litígio decorrente das relações de direitos disponíveis, inclusive os de Direito da Família, ressalta-se que esta é a área do Direito onde a mediação obtém excelentes resultados. Nesta área, é comumente preferida a mediação ao invés da disputa judicial, principalmente quando envolve os filhos dos litigantes.

A Mediação objetiva a restauração do diálogo e a manutenção do futuro relacionamento, restabelecendo a convivência amistosa e estimulando a percepção da necessidade de um bom acordo entre os envolvidos.

Convém destacar o que assegura a autora Lilia Maia de Moraes Sales: "Dentre os seus princípios fundamentais apresenta liberdade das partes, não-competitividade, poder de decisão dos indivíduos, participação de terceiro imparcial, competência do mediador, informalidade do processo e confidencialidade no processo." (2003, p.132)

As partes mesmo que já tenham acionado a justiça, e veem-se motivadas a buscar uma alternativa consensual de solução de conflitos, podem suspender seu processo judicial, ou paralelo a ele, tentar uma solução mais econômica e eficaz por meio da mediação.

Por se tratar de um processo totalmente conduzido ao acordo, a Mediação traz vantagens às partes que se utilizam desse processo. Este Instituto oferece muito mais tempo para a mitigação quando comparado aos típicos 15 ou 30 minutos para se discutir o futuro em uma audiência. Quando procedida com

sucesso, a mediação reduz o desgaste emocional e o custo financeiro, pois não há nela um lado vencedor ou perdedor, ambos os lados obtêm vantagens.

Para corroborar tal entendimento aduz o pensamento de Scarpinela:

Além disso, há outras vantagens alcançadas pela mediação e conciliação, como a redução do desgaste emocional e do custo financeiro, soluções adequadas às reais necessidades dos interessados, desburocratização das soluções dos conflitos, dentre outras. (2015,p.112)

A durabilidade do processo da mediação dependerá do tipo e da persistência dos conflitos, da complexidade dos temas e do relacionamento entre as partes. Em um processo de mediação, objetiva-se que após a primeira sessão chamada de pré-mediação, possa-se concluir o processo em no máximo seis sessões.

Na fase da pré-mediação é estabelecido a quantidade de encontros, e essa quantidade poderá ser reduzida se estiver ocorrendo dificuldades de chegarem a um acordo. Deve ser encerrada a mediação, encaminhando as partes se assim desejarem, para outro processo, como da conciliação. Bem como pode-se reduzir os encontros se os envolvidos no conflito estiverem predispostos a realizar o acordo imediatamente.

A mediação se diferencia das outras técnicas de composição de conflitos ao buscar as reais causas da demanda para dirimir a angústia dos envolvidos. Ela permite que as partes tomem contato com diferentes aspectos da lide, respondendo a si mesmas e ao mediador perguntas relevantes sobre os motivos da discussão e o que cada um deseja obter. Fator que não é buscado nos processos perante o Judiciário.

Para ressaltar tal afirmação colaciona-se entendimento de Maria Berenice Dias:

Faltam instrumentos ao judiciário para lidar com a esfera afetiva e psicológica dos afetos e desejos e com a esfera psicossocial (papéis e funções) dos vínculos desfeitos. Nesta sede é que a mediação pode dar sua melhor contribuição, pois vem resgatar o indivíduo e suas responsabilidades. Ajuda a entender o sentido dos direitos e deveres em nível legal e sua tradução para a esfera das relações familiares. À medida que estas ficam mais claras para as partes também se clarificam para o Estado, assim como as responsabilidades deste para com os indivíduos. (2013, p.62)

Prossegue a autora afirmando que:

As pessoas, por meio da mediação, têm a oportunidade de distinguir o lado emocional e o lado econômico da situação. A mediação serve para diminuir o descompasso entre o nível jurídico da distribuição de direitos e deveres, o nível sócio-psicológico dos papéis e funções, bem como o desequilíbrio econômico e psicológico dos afetos. Contribuindo para a conscientização do par, resta facilitada a execução dos acertos finais, diminuindo a distância entre a sentença e o que é negociado entre as partes. (2013, p.63)

Como visto o instituto da mediação fortalece a cultura da paz social, uma vez que abarca o dialogo entre as partes, permitindo uma boa administração de ambos com a lide em tela.

O INSTITUTO DA MEDIAÇÃO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A grande expectativa é que a mediação reduza a quantidade de processos que se arrastam na Justiça há muitos anos, e desta feita desafogue a máquina judiciária.

Cabe destacar a institucionalização da mediação em processos judiciais pelo aludido diploma, objetivando dar celeridade à resolução dos conflitos.

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão instituir câmaras de mediação e conciliação, com as mesmas atribuições no âmbito administrativo.

Cabe aqui destacar o entendimento sobre o assunto da Ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ellen Gracie:

[...] a maior dificuldade será empregar a mediação na administração pública. Pelo novo CPC, os entes públicos devem instalar câmaras de conciliação e arbitragem. O problema é que a administração não costuma autorizar seus procuradores a transacionar direitos, nem mesmo para resolver a questão na esfera extrajudicial. (2014,p.30).

Para a Ex-Presidente do STF tudo isso requer uma mudança de pensamento por parte dos operadores do Direito, sobretudo dos advogados, tendo em vista a resistência por parte de muitos a esses institutos.

Para corroborar o pensamento acima ressalta destacar entendimento do autor Gustavo Henrique de Aguiar Pinheiro:

[...] Quando afirmamos que a mediação é uma forma de solução de conflitos logo deparamos com a primeira dificuldade ligada ao preconceito: a palavra conflito, que evoca nas pessoas de forma geral, e principalmente nos juristas, uma ideia negativa.' (2003,p.65)

Os métodos introduzidos oficialmente pelo novo Código de Processo Civil trarão uma nova era no Poder Judiciário Brasileiro, democratizando-o a fim de garantir uma melhor prestação estatal para o cidadão do Brasil.

Tais institutos trazem um leque de benefícios que a aponta como uma solução para o esgotamento Judiciário, conforme destacamos: a celeridade processual; a constante participação das partes; a construção de uma decisão conjunta entre os envolvidos; a desjudicialização de causas que demandam extensas negociações; o amparo extrajudicial simples e acessível ao cidadão comum; a sentença homologada e com validade de título executivo judicial; a facilitação de comunicação entre as partes; a negociação de decisão conjunta; a possibilidade de interferência do Poder Judiciário em casos de procedimentos incorretos.

Uma das principais benesses oriundas da mediação é a latente possibilidade de que se conciliados a reconstrução dos laços sociais entre as partes litigantes se torna possível, outrora, jamais possíveis de serem estabelecidos com o método usual causando uma sentença por juiz.

A celeridade, também é outra vantagem, uma vez que dispensa o rito inicial de um processo judicial, onde as partes conflitantes elaboram provas, e esperam uma sentença no intuito de obter o seu direito, e muitas das vezes essa decisão, torna-se é inconformismo da parte que sentiu-se lesado com tal sentença.

Deste modo, percebe-se que a mediação judicial e extrajudicial tornará os desgastantes processos judiciais uma via não principal, trazendo uma cultura do dialogo ao invés do litígio, cada vez mais buscando desestimular as pessoas a procurarem o Poder Judiciário para dizer o seu direito, e desta feita, uma das partes saírem inconformadas.

O novel Código de Processo Civil está inovando a forma de pensar da sociedade, sobretudo a mentalidade jurídica, uma vez que busca desmitificar a ideia de que o litígio é o melhor caminho, com esse novo pensamento, acredita-se que se evitará acionar a máquina judiciária na busca de solução de conflitos.

CONCLUSÕES

A mediação mostra-se fundamental para o equilíbrio da justiça nas demandas judiciais, fornecendo fôlego ao Judiciário, para que este possa direcionar uma maior atenção aos conflitos que sejam incabíveis de resolução consensual.

O Estado possui nesse Instituto um meio eficaz de resolução dos litígios nos direitos disponíveis, uma vez que é da essência da mediação a busca pelo motivo real que originou o conflito, onde o mediador busca através dele direcionar as partes litigantes a acordarem uma resolução satisfatória para ambos. Uma vez que os conflitos submetidos à mediação são aqueles decorrentes de relações continuadas, a exemplo de conflitos familiares.

A mediação é bem-vinda ao contexto de uma justiça lenta, com alta carga de processos para solucionar, e que, portanto as demandas não possuem, em muitos casos a atenção que necessitam. Ocorre também, que nos processos judiciais não há uma preocupação em buscar o real problema e a sua origem, para solucioná-lo da forma mais eficiente.

Uma vez que diferentes formas de conflitos encontram meios apropriados a solucioná-los, estes possuem uma maior probabilidade de não reincidir sobre as mesmas partes com os mesmos motivos, pois expõe-se as razões dos mesmos e direcionam as partes a convencionar de forma satisfatória e harmônica, não existindo um derrotado, ao se ter em vista que o ganho fora mútuo. Tal resolução proporciona aos envolvidos uma possibilidade de convivência, com menores chances de conflitos.

A mediação é um meio apropriado no auxílio da justiça, fornecendo em muitos casos uma resposta célere à uma sociedade que possui uma crescente tendência de judicialização dos seus conflitos, deixando para o Poder Judiciário as lides que versem sobre os direitos indisponíveis, ou aqueles que resultem no insucesso na autocomposição.

O novo Código de Processo Civil por reconhecer a importância da autocomposição, trouxe como necessária a tentativa de mediação dos conflitos entre as partes litigantes antes do seguimento do processo, em virtude de o Poder Público já perceber que o instituto é potencialmente eficaz na solução satisfatória das demandas postas à justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Substitutivo aos Projetos que tratam do Código de Processo Civil (texto preliminar). Relator - Geral: Deputado Paulo Teixeira. 20 de março de 2013. Disponível em: Acesso em: 27 de Junho de 2016.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Código de Processo Civil: anteprojeto 166/2010 / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010a. Disponível em: Acesso em: 28 de Junho de 2016.

BRASIL. Constituição Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 26 de Jun. 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella – Novo Código de Processo Civil anotado/Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2015.

CNJ. Movimento conciliação mediação. 2014. Disponível em: Acesso em: 28 Jun. 2016.

CALMON, Petronio. Fundamentos da Mediação e da Conciliação. Distrito Federal: Editora Gazeta Jurídica, 2013.

DIAS, Maria Berenice; GROENINGA, Giselle. A mediação no confronto entre direitos e deveres. São Paulo. Revista do Advogado, n. 62, mar. 2001

MEDINA, José Miguel Garcia. Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PINHEIRO, Gustavo Henrique de Aguiar. Estudos sobre a mediação e Arbitragem. 2003. São Paulo. Editora ABC. 2003

PEREIRA, Clovis Brasil. Conciliação e Mediação no Novo CPC. 2015. Disponível em: Acesso em: 25 set. 2015.

SALES. Moraes Maia Lilia. Estudos sobre a mediação e Arbitragem. 2003. São Paulo. Editora ABC. 2003

O TRATAMENTO ADEQUADO PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E A MEDIAÇÃO JUDICIAL CONSOANTE A LEGISLAÇÃO VIGENTE

THE APPROPRIATE TREATMENT FOR CONFLICT RESOLUTION AND MEDIATION PROCEEDINGS ACCORDING TO THE LEGISLATION IN FORCE

Jéser Abilio de Souza¹⁴³

RESUMO: O conflito é um fenômeno natural e inerente às relações humanas. Ele surge de uma percepção de expectativas, valores e interesses incompatíveis. E apesar dos seres humanos, regularmente, encará-lo de forma negativa, é possível obter resultados positivos mediante a utilização de processos construtivos que visam proporcionar um tratamento adequado para o conflito. Todavia, a sociedade brasileira se encontra acomodada no comportamento de direcionar suas controvérsias ao Judiciário. Com efeito, o Judiciário não tem conseguido garantir mais a efetividade dos seus serviços e a satisfação aos seus usuários, pois se instalou, profundamente em nosso país, a cultura da sentença. Em face disso, o Conselho Nacional de Justiça estabeleceu uma Política Nacional em Resolução Adequada de Conflitos, por meio da Resolução n. 125/2010, com o fito de promover o devido tratamento adequado dos conflitos e mudar a realidade e a cultura brasileira para a pacificação social. A mediação é um dos mecanismos de autocomposição para solucionar e prevenir conflitos, bem como ajudar na fomentação da pacificação social. Este artigo, portanto, possui o objetivo de analisar o novo acesso à Justiça, em particular, a mediação, que, inclusive, conquistou uma Lei específica, além de se encontrar inserida no Novo Código de Processo Civil. Palavras-chave: Conflito. Tratamento adequado dos conflitos. Novo acesso à Justiça. Autocomposição. Mediação.

ABSTRACT: The conflict is a natural phenomenon and it is inherent to human relations. It arises from a perception of expectations, values and compatible interests. And although human beings face it in a negative way regularly, it is possible to obtain positive results using the constructive processes, aiming to provide a proper treatment to the conflict. However, the Brazilian society is apathetic in the behavior of directing its controversies to the Judiciary. With effect, the Judiciary has not being successful to guarantee more effectiveness on its services and satisfaction to its users, since the culture of the verdict is deeply established in our country. This being said, the National Justice Council established a National Politic in Proper Resolution of Conflicts, through the Resolution # 125/2010, with the purpose of promoting the due proper treatment of the conflicts and change the reality and the Brazilian culture to the social pacification. The mediation is one of the mechanisms of auto composition to solve and prevent conflicts, as well as to help in the fomentation of the social pacification. This article, therefore, aims to analyze the new access to Justice, in particular, the mediation that also conquests a specific Law, besides being inserted in the New Code of Civil Procedure.

Keywords: Conflict. Appropriate handling of conflicts. New access to justice. Auto-composition. Mediation.

INTRODUÇÃO

É inevitável a ocorrência de conflitos entre indivíduos, grupos, na sociedade civil ou com o Estado. E em virtude do constructo social contemporâneo, os conflitos têm se tornados mais incessantes, multifacetados e complexos. O Estado, por seu turno, é o detentor do monopólio jurisdicional, de maneira que legitima o Poder Judiciário como sendo o tradicional órgão para decidir os conflitos.

No entanto, é de se saber que o monopólio da força estatal está se desfacelando em face da crise do sistema Judiciário. No que diz respeito a isso, Fabiana Marion Spengler e Theobaldo Spengler Neto (2012), na obra "Mediação enquanto política pública: o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas", demonstram que a crise do Poder Judiciário compete à sua identidade e à sua eficiência.

A crise de identidade se refere à perda da eminência da função judicial como o principal intermediário dos conflitos, de modo que outros centros de poder vêm adquirindo espaço. Esses outros atores têm demonstrando serem mais capazes para trabalhar com a atual complexidade conflituosa existente na sociedade causada pela elevação da fragmentação e da heterogeneidade dos interesses sociais, como explicam Spengler e Spengler Neto (2012).

Já a crise de eficiência decorre da morosidade e da precária efetividade dos serviços judiciais, ante a negação à parcela da população que se encontra desfavorecida e a enorme discrepância de operar com

¹⁴³ Bacharel em Direito pela Universidade Paulista, campus de São José do Rio Preto - SP. Graduando em Relações Internacionais pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista "Júlio Mesquita Filho", campus de Franca - SP. É conciliador judicial certificado e nomeado pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, conciliador e mediador judicial certificado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e instrutor certificado de Mediação Judicial pelo Conselho Nacional de Justiça. É pesquisador integrante do Grupo de Pesquisa Núcleo de Estudos Linguísticos e Culturais (NELC) vinculado ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), liderado pela Prof.ª Dra. Elizabete Sanches Rocha; e, membro-integrante e redator-colaborador do Observatório de Política Exterior (OPEX), observatório esse pertencente ao Grupo de Estudos de Defesa e Segurança Internacional (GEDES), coordenado pelo Prof. Dr. Eduardo Mei. E-mail: jeser_asouza@hotmail.com

o simples entendimento de justiça e a obscuridade burocrática dos ritos processuais. Há também, de acordo com Spengler e Spengler Neto (2012), uma manifesta incongruência das decisões proferidas perante à diversificação dos litígios e pela inexequibilidade de seu cumprimento.

Como consequência, tem custado dispendiosamente para o Judiciário preservar a chamada "cultura da sentença" (ou "cultura do litígio") como via única para a solução de controvérsias. A eficiência em garantir de fato o acesso à Justiça aos usuários tem se tornado cada vez mais precária, além do fato de que os verdadeiros interesses deles não são realmente atendidos e resolvidos, porquanto o processo judicial se restringe aos fatos e direitos, de forma que os reais interesses e os sentimentos submergidos das partes ficam suprimidos.

Charlise Paula Colet, Fabiana Marion Splenger e Karina Schuch Brunet (2015), no livro "O papel do terceiro e as interrogações do conflito social", afirmam que é imprescindível que os Tribunais perpetuem uma política baseada na busca da efetiva justiça e satisfação, acima da visão individualista de direitos. Porém, para que isso seja viabilizado, é necessário buscar mudanças e transformações no relacionamento do Poder Judiciário com a sociedade em razão da grande indiferença que os cidadãos sentem diante de seus problemas, dos seus direitos e da interpretação que o sistema faz deles.

Uma dessas mudanças é o relevante destaque da mediação que tem acontecido nos últimos anos, maiormente agora com a sistematização de tal procedimento na esfera judicial (além da mediação extrajudicial). Ressalta-se que não se almeja aqui recusar ou desprezar o valor do Judiciário e do serviço público jurisdicional oferecido, mas demonstrar outras maneiras de lidar com os conflitos por meio de um tratamento adequado deles e, compreender, de fato, como transformar a própria estrutura judiciária, para que não fique o instrumento da mediação apenas no plano normativo, mas implantando efetivamente. Precisamente, é essa a problematização a ser abordada neste artigo.

Assim, é de suma importância abordar, no decorrer deste trabalho, a denominada Resolução Adequada de Conflitos/Disputas, o Sistema Multiportas, a Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e o acesso à Justiça, para compreender, em seguida, a Mediação de Conflitos em concordância com a legislação vigente. O debate construído neste artigo é de fundamental relevância teórica e prática, tendo em vista o aumento considerável da demanda da mediação, uma vez que entrou em vigência a Lei n. 13.140/2015, intitulada como a Lei da Mediação, e o Novo Código de Processo Civil que também traz dispositivos normativos sobre referido meio de solução de controvérsias.

A RESOLUÇÃO ADEQUADA DE CONFLITOS

Inicialmente, é cogente compreender que o conflito é um fenômeno natural e inerente às relações humanas. É fruto de percepções e posições divergentes quanto a fatos e condutas que envolvam expectativas, valores ou interesses das pessoas. Em uma situação conflituosa os indivíduos costumam abordar o outro membro como adversário, desleal ou inimigo. Contudo, o conflito não deve ser encarado sob a ótica negativa. Cada ser humano é dotado de uma originalidade exclusiva, com experiências e circunstâncias existenciais personalíssimas, advindas de um processo de formação cultural e educacional particular.

Morton Deutsch (1973), professor da Universidade de Columbia em Nova Iorque, Estados Unidos, demonstra na sua obra "The Resolution of Conflict: Constructive and Destructive Processes" que o modo de lidar com o conflito e o meio de resolvê-lo pode ser evidenciado por dois tipos de processos: construtivo e destrutivo.

Os processos destrutivos, segundo Deutsch (1973), são caracterizados pelo exaurimento ou rompimento da relação social preexistente ao conflito, em razão de certos comportamentos negativos, tais como, comunicação escassa, atitude hostil, imposição de poder de um indivíduo sobre o outro, aumento da sensibilidade para com as diferenças, imputação de culpa, busca pela vitória etc. Como resultado, o conflito tende a expandir-se ou tornar-se mais acentuado e corrosivo, em virtude da competitiva adotada pelos indivíduos.

Já os processos construtivos, explica Deutsch (1973), são aqueles em que os indivíduos vão fortalecendo a relação social anterior ao conflito, reforçando a empatia, mediante valores, técnicas e habilidades cooperativas, como por exemplo, comunicação aberta, respeitosa e honesta, atitude amigável e confiante, reconhecimento da legitimidade do interesse do outro, estímulo à criatividade com o intuito de buscar soluções objetivas, despertamento de uma sensibilidade a similaridades, compreensão de comportamentos etc.

Observa-se, assim, que Morton Deutsch (1973) vislumbrou a possibilidade de o conflito contribuir positivamente nas relações humanas, se conduzido dentro de um processo construtivo. Essa percepção positiva do conflito consiste em uma das principais alterações da chamada Moderna Teoria do Conflito.

A professora norte-americana Mary Parker Follett (1997) explica que diante de uma situação de conflito, as pessoas adotam comumente ou um comportamento muito dominador ou um comportamento demasiadamente concessivo. Porém, Follett (1997) propõe uma terceira opção de abordagem, qual seja, a integração dos interesses de forma construtiva.

Dessa forma, consoante a acadêmica norte-americana, como o conflito é algo inerente às relações humanas e dele não se pode fugir, deve-se aproveitar a energia do atrito causado pelo dissenso para arquitetar novas realidades e relacionamentos produtivos para todos os indivíduos conflitantes. E pela Moderna Teoria do Conflito uma opção adequada para a solução dos conflitos é adotar a abordagem integrativa de interesses de forma construtiva.

Infere-se, destarte, que o conflito, quando bem conduzido, pode resultar em mudanças positivas e novas oportunidades de ganho mútuo. Ele tem o poder de transformar as pessoas, seja nas relações com os outros ou consigo mesmo. É um fenômeno que socializa e equilibra as relações de poder. Pode ser fonte de novas ideias, de expressão e exploração de diferentes pontos de vista, interesses e valores. A solução transformadora do conflito depende do reconhecimento das diferenças e da identificação dos interesses comuns e contraditórios.

A mediação, por sua vez, corresponde ao processo construtivo exposto por Deutsch que tem como desígnio a integração construtiva dos interesses dos conflitantes apontada por Follett. Inobstante, a possibilidade de se chegar à resolução de um conflito por outras vias, que não seja o processo judicial, não é novidade. Sempre houve, em cada sociedade e em cada época, maior ou menor inclinação a mecanismos de justiça formais e concentrados no Estado ou de mecanismos informais, com menor ou nenhuma presença estatal.

O brasileiro Paulo Eduardo Alves da Silva revela, no livro "Negociação, Mediação e Arbitragem" (2012), que a expressão "resolução alternativa de disputas" (RAD), invocada grandemente hoje, é derivada do termo inglês Alternative Dispute Resolution (ADR) e consiste numa variedade de métodos de resolução de disputas de interesses, diversos e substitutivos da sentença proferida em um processo judicial. Alves da Silva (2012) ainda expõe que os chamados RADs representam a mais recente agitação dos mecanismos informais e privados de justiça, ao passo que a jurisdição e o processo judicial representam, da perspectiva do Estado moderno, a resolução mais formal. Alves da Silva (2012) anuncia que a prática recente com os RADs tem contribuído para resolver diversos tipos de conflitos através de uma solução mais adequada, justa e eficaz às necessidades e circunstâncias pessoais e materiais de cada situação, pois a sentença judicial não é o único resultado para a solução dos conflitos e nem o processo judicial é o único método a ser utilizado.

Em face disso, o termo "alternativa" vem sendo substituído por "adequado". Alves da Silva (2012) explica que pela ótica do método a ser utilizado no conflito, em alguns casos, o RAD não é o mecanismo alternativo, mas o principal mecanismo, pelo ponto de vista de "o mais adequado". Assim, o processo judicial se tornaria o mecanismo alternativo na perspectiva de ser o menos adequado e, portanto, o meio "subsidiário".

Petronio Calmon (2015), em "Fundamentos da mediação e da conciliação", centra no termo "disputa". Para Calmon (2015), os mecanismos para a obtenção da autocomposição não são admissíveis tão somente às disputas, isto é, as posições assumidas pelos indivíduos e os pedidos formulados (como ocorre em um processo judicial), mas, igualmente, ao atendimento dos interesses, necessidades e sentimentos subjacentes. Calmon (2015) elege o termo "meios adequados de solução de conflitos" como o mais acertado, pois os mecanismos de autocomposição consideram a lide sociológica e não somente a lide jurídica.

De qualquer modo, são exemplos de mecanismos de resolução adequada de conflitos a arbitragem, a mediação, a conciliação, a negociação, a jurisdição estatal entre outros.

O magistrado brasileiro André Gomma de Azevedo, na obra "Estudos em arbitragem, mediação e negociação – vol. 2 (2003), explica que a institucionalização sistemática da ideia da Resolução Alternativa de Disputas se iniciou no final da década de 1970, nos Estados Unidos, graças a uma proposta de Frank Sander, denominada posteriormente de Fórum de Múltiplas Portas (ou Multidoor Courthouse, no inglês).

Azevedo (2003) esclarece que para Frank Sander, a organização judiciária do Fórum de Múltiplas Portas (FMP) compõe-se de um Judiciário como um Centro que possui distintos processos e métodos de resolução de conflitos, baseado na premissa de que há vantagens e desvantagens em cada um deles e a escolha deve ser baseada em função das características peculiares de cada conflito. Assim, o FMP seria um extenso sistema com vários tipos de processos – e não apenas o processo judicial – que constituem um "Centro de Justiça" organizado pelo próprio Estado em que as pessoas seriam direcionadas a um determinado processo avaliado como o adequado para o seu conflito.

Por outro lado, o brasileiro Marco Antônio Garcia Lopes Lorencini (2012), salienta que o Judiciário não é o único passível de resolver os conflitos, podendo os indivíduos se utilizar de outras vias. Dessa ma-

neira, o Sistema Múltiplas Portas (ou Sistema de Multiportas) é o nome que se dá ao complexo de opções que abarca distintos métodos que cada pessoa tem à sua disposição para tentar solucionar o seu conflito, conforme esclarece Lorencini (2012). Esse sistema, por conseguinte, pode ser estruturado ou não pelo Estado, abarcar métodos heterocompositivos ou autocompositivos, adjudicatórios ou consensuais, com ou sem a presença do aparato estatal. O método a ser escolhido decorrerá das características do conflito, uma vez que o meio de solução de controvérsia deve ser adequado.

O Brasil, historicamente, tem se apoiado numa "cultura da sentença" ou "cultura do litígio", abnegando de outros mecanismos de solução de conflitos, uma vez que a sociedade tem delegado para o Poder Judiciário solucionar qualquer espécie de conflito, do mais simples ao mais complexo. No entanto, com a criação da Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e, posteriormente, com o Novo Código de Processo Civil e a Lei n. 13.140/2015 (Lei da Mediação), tem se procurado alterar a realidade brasileira.

A RESOLUÇÃO N. 125/2010 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E O NOVO ACESSO À JUSTIÇA

O tratamento dos conflitos por intermédio do aparato estatal, conferindo quem estaria certo e quem estaria errado, instigou uma cultura direcionada para a litigiosidade, assim como potencializou a prática adversarial de resolução de conflitos adotado pelas pessoas. Ferozmente, a sociedade brasileira não consegue mais resolver suas diferenças pela comunicação, de forma que se utilizam do processo judicial como o recurso emergente. Fabiana Marion Spengler, Caroline Pessano Husek e Ismael Saenger Durante (2015) relatam, em "Do conflito à solução adequada: mediação, conciliação, negociação, jurisdição & arbitragem", que o sistema atual de jurisdição tornou-se frio e está cada vez mais distante do jurisdicionado que aspirava ver seus problemas serem abordados de forma adequada.

Em razão disso, foi necessário redefinir o papel do Poder Judiciário, bem como estimular práticas cooperativas em processos de resolução de conflitos. O marco recente no Brasil em termos de Resolução Adequada de Conflitos e Sistema Multiportas veio com a Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça. Constata-se pela leitura da citada Resolução que o Judiciário brasileiro é proclamado como o responsável pela Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos de Interesses, com o escopo de garantir a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade, incumbindo aos órgãos judiciários, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação.

Carlos Eduardo de Vasconcelos (2015), no seu livro "Mediação de conflitos e práticas restaurativas", expõe alguns fundamentos da referida Resolução, tais como, a eficiência operacional e a responsabilidade social, o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aprimoramento dos mecanismos consensuais de solução de litígios, na conciliação e na mediação como instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, entre outros. Outrossim, dentre os objetivos da Resolução, estão indicados taxativamente, a disseminação da cultura da pacificação social e o estímulo à prestação de serviços autocompositivos de qualidade, o incentivo aos tribunais de se organizarem e planejarem programas de implantação de políticas públicas do CNJ e a reafirmação da função do agente apoiador da implantação de políticas públicas do CNJ.

Nota-se, assim, que o Conselho Nacional de Justiça almeja redefinir o papel do Poder Judiciário na sociedade como menos judicatório e mais harmonizador, a fim de apresentar um caráter humanitário, onde as pessoas buscam e encontram soluções para suas controvérsias. Além do mais, o verdadeiro acesso à Justiça abrange não apenas a prevenção e reparação dos direitos, mas realmente incluir os usuários (ou jurisdicionados) que estão na borda do sistema para que possam ter seus conflitos devidamente resolvidos. Logo, o acesso à Justiça está mais vinculado à satisfação do usuário com o resultado final do adequado processo adotado para a resolução do seu conflito do que com o mero acesso do usuário ao Poder Judiciário através de uma relação jurídica processual ou ao arranjo material destinado ao caso concreto.

Portanto, o foco principal da Resolução n. 125/2010 do CNJ é a satisfação do público com serviços de pacificação social, em virtude do acesso à Justiça passar a ser concebido como uma promoção à solução efetiva para o conflito por meio de participação adequada do Estado aos resultados, procedimentos e condutas apropriadas. A Lei n. 13.140/2015 e os dispositivos referentes à mediação dentro do Novo Código de Processo Civil, se espelharam na ideia trazida, germinada e promovida pela Resolução n. 125/2010 do CNJ, de maneira que foi possível sistematizar o procedimento da mediação juntamente com o rito processual.

A MEDIAÇÃO JUDICIAL CONSOANTE A LEI DA MEDIAÇÃO (LEI N. 13.140/2015) E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (LEI N. 13.105/2015)

A Lei n. 13.105/2015, denominada como a Lei da Mediação, abrange dispositivos sobre a mediação entre particulares, de conflitos judicizados ou não, e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública, como consta no seu primeiro artigo. A mediação, assim, tem abrangência em casos que envolvam pessoas físicas, jurídicas e a própria Administração Pública.

O Novo Código de Processo Civil (NCPC), por seu turno, revela ser um marco que legitima e regula a mediação judicial, conforme aponta Vasconcelos (2015). Há, dessa maneira, um programa normativo que instiga a preferência das soluções consensuais, como a mediação, cabendo ao Estado e a todos os operadores do direito (juízes, defensores públicos, advogados e membros do Ministério Público) promover sempre que possível tais mecanismos de solução consensuais, mesmo no curso de processo judicial (art. 3º, §3º, do NCPC). O artigo 139, caput e o inciso V atribuem ainda, um novo papel ao juiz, no qual incube a ele "promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais". Percebe-se, assim, uma evolução nos métodos autocompositivos, em especial, a mediação, adquirindo uma primazia que antes não havia.

Quanto ao conceito legal de mediação, esse se encontra no parágrafo único do artigo primeiro da Lei da Mediação, sendo a atividade técnica desempenhada por um terceiro imparcial, sem poder decisório, que auxilia as partes (os mediandos) a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia. De acordo com o Manual de Mediação Judicial do Conselho Nacional de Justiça, organizado por André Gomma de Azevedo (2015), a mediação consiste em um processo autocompositivo em que os mediandos em uma dada situação conflituosa, são auxiliados por um terceiro imparcial que não possui interesse na causa, com o intuito de se chegar a uma composição. O mencionado Manual expõe, ainda, que a mediação é um método de resolução de conflitos, de modo que se desenvolve por um processo próprio, composto por vários atos procedimentais. Ou seja, a realização da mediação é caracterizada por métodos com rigor científico decorrentes de um necessário desencadeamento lógico de estágios da mediação. Além disso, a mediação trata-se de uma negociação assistida ou facilitada por um terceiro, denominado de mediador, que utilizará de técnicas para, puramente, habilitar os mediandos a melhor compreenderem as suas posições e a ajuda-los a encontrar soluções que se harmonizam aos seus interesses e necessidades.

A mediação é orientada por certos princípios, que constam tanto na Lei da Mediação (art. 2º e 3º) quanto no NCPC (art. 166), e que já se encontravam no Anexo III da Resolução n. 125/2010 do CNJ, o Código de Ética dos Conciliadores e Mediadores Judiciais, sendo alguns eles: imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade, boa-fé, decisão informada, informalidade e independência. Diogo Assumpção Rezende de Almeida, Fernanda Medina Pantoja e Juliana Loss de Andrade (2015), na obra "O marco legal da mediação no Brasil: comentários à lei n. 13.140/2015" e Carlos Eduardo de Vasconcelos em "Mediação de conflitos e práticas restaurativas" elucidam tais princípios da mediação.

Almeida, Pantoja e Andrade (2015) explicam que o princípio da autonomia da vontade das partes incide em dois aspectos. O primeiro refere-se ao consentimento livre e voluntário de participar do procedimento da mediação, isto é, não é imposto. É de explicar que a obrigatoriedade da audiência de mediação estabelecida pela Lei da Mediação e pelo NCPC não diz respeito à participação dos indivíduos conflitantes, mas ao comparecimento deles, como aponta Vasconcelos (2015) que, inclusive, o art. 334, §8º, do NCPC informa que o não comparecimento injustificado à audiência de mediação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça. O segundo aspecto concerne ao empoderamento dos mediandos, pois eles são os mais habilitados para gerirem seus reais interesses e necessidades, bem como construir a solução ideal para o conflito, e não os seus advogados. Logo, há uma inversão de valores, ao passo que existe uma preeminência da figura do indivíduo na mediação (já que a mediação almeja que o próprio mediando descubra que tem a capacidade e o poder de administrar seus próprios conflitos), o que não ocorre no procedimento judicial em que os advogados são os representantes legais e "porta-voz" de seus clientes.

Outro princípio crucial é o da confidencialidade. Almeida, Pantoja, Andrade (2015) e Vasconcelos (2015) denotam que todas as informações, relatos e propostas oferecidas ao longo do processo de mediação estarão protegidos pelo sigilo, não podendo os mediadores revelar as informações para outras pessoas que não participaram da mediação, salvo autorização expressa dos envolvidos ou informação necessária para o cumprimento do acordo conquistado na mediação (§§1º e 2º, art. 166, do NCPC e art. 30 da Lei da Mediação). Do mesmo modo, o mediador não poderá nem ser testemunha do caso (art. 7º da Lei da Mediação). O art. 30, §1º, da Lei da Mediação declara que o dever do sigilo se aplica também aos advogados que estiverem acompanhando seus clientes na mediação, de modo que as informações reveladas não poderão ser utilizadas como provas. Por outro lado, o art. 30, §3º, da mesma Lei aponta que o acesso

à informação relativa à ocorrência de crime de ação pública, como informação que pode causar ou já causou a morte ou lesão física grave de um dos mediandos ou de terceiros, não se encontra abarcada pelo princípio da confidencialidade, com bem explica Almeida, Pantoja e Andrade (2015).

A respeito do princípio da imparcialidade do mediador, o Manual de Mediação Judicial do CNJ registra que o mediador deve estar isento de vinculações éticas ou sociais com qualquer uma das partes, tal como se abstendo de tomar partido no curso do processo de mediação. Isso porque, quando as partes veem o mediador como uma figura imparcial no processo de mediação, torna-se muito mais fácil estabelecer a confiança. Logo, a imparcialidade é um elemento imprescindível na mediação. E para que isso seja garantido, a legislação assentiu como vícios de parcialidade do mediador as mesmas hipóteses de suspeição e impedimento que os juízes (art. 5º da Lei da Mediação) e os demais auxiliares da justiça (art. 148 do NCPC) estão sujeitos, devendo o mediador se declarar suspeito ou impedido caso se encontrar nessa situação (parágrafo único do artigo 5º da Lei da Mediação e artigo 170 do NCPC), sob pena de exclusão do cadastro de mediadores (inciso II do artigo 173 do NCPC). Deve o mediador se apartar de qualquer conduta caracterizada como favoritismo, preferência ou preconceito com relação a um dos mediandos.

Outrossim, o princípio da imparcialidade do mediador vai ao encontro com o princípio da isonomia das partes. Almeida, Pantoja e Andrade (2015) expõem que os mediandos durante o processo de mediação devem ser tratados igualmente pelo mediador, proibida qualquer distinção acerca das particularidades dos indivíduos.

Uma situação interessante que tanto a Lei da Mediação (art. 6º) quanto o NCPC (art. 172) trouxeram é sobre a condição de quarentena do mediador. A quarentena se dá quando o mediador fica impedido de assessorar, representar ou patrocinar qualquer um dos indivíduos no processo de mediação por um período de 1 (um) ano, prazo esse contado a partir da última audiência que o mediador tenha atuado.

Para que esses e os demais princípios da mediação sejam assegurados, é imperiosa a capacitação de mediadores, sobretudo, no âmbito judicial. O Conselho Nacional de Justiça juntamente com o Ministério da Justiça e os Tribunais, têm empenhado esforços para oferecerem a devida capacitação de conciliadores e mediadores judiciais, dado que a mediação não é intuitiva ou improvisada, mas é um processo com regras e estágios que são desenvolvidos e conduzidos por um mediador capacitado apropriadamente, como afirma o CNJ através do seu Manual de Mediação Judicial (2015).

No âmbito da mediação judicial, o art. 26 da Lei da Mediação e o art. 334, §9º, do NCPC estabelecem que os mediandos deverão ser assistidos por advogados ou defensores públicos. Logo, a figura do advogado é imprescindível à mediação judicial. Cabe indicar, no entanto, que o papel do advogado na mediação é diferente dos procedimentos heterocompositivos judiciais, pois os protagonistas no processo de mediação são os mediandos. Em razão disso, muitos advogados ainda não estão cientes de como o processo de mediação é conduzido, sendo completamente diferente da dimensão jurídico-contenciosa do processo judicial. O Manual de Mediação Judicial do CNJ (2015), material básico para a formação de um mediador judicial, explica que o advogado deve agir com a finalidade de compor a controvérsia de modo criativo e estimulando o seu cliente a compreender as necessidades do outro indivíduo, a comunicar-se de forma clara e respeitosa, a buscar opções de ganho mútuo, a aprimorar a empatia, entre outros comportamentos.

O esforço para cooperar na mediação, dessa forma, não cabe apenas aos mediandos. Suzanne J. Schmitz (2003), professora da Universidade de Direito de Southern Illinois, relata que vários estudos têm demonstrado que um entrave comum para o uso bem-sucedido dos mecanismos autocompositivos é a ausência de uma advocacia satisfatoriamente informada. Schmitz (2003) descreve que muitos advogados são incapazes de distinguir um processo de resolução de conflito do outro e, como consequência, estão comumente mal preparados para defender no foro adequado. No Brasil, esse fato está, gradativamente, sendo modificado. Muitos advogados estão se capacitando ou buscando compreender melhor a mediação.

Quanto ao procedimento propriamente dito de mediação judicial, ilustra-se, antes de tudo, que o autor deve indicar a opção para a realização ou não da audiência de mediação já na petição inicial (art. 319, VII, do NCPC). E consoante o artigo 16 da Lei de Mediação, sujeitando-se os mediandos à mediação, o juiz requererá a suspensão do processo por prazo considerável para a solução consensual do litígio. Além disso, confere-se a suspensão do prazo prescricional enquanto transcorrer o procedimento de mediação (parágrafo único do artigo 17 da Lei de Mediação). Flávia Pereira Hill, Gabriela Assmar, Vitor Lopes e Vivian Gama (2015) afirmam que tais dispositivos tratam do fomento à autocomposição por intermédio do sobrestamento do processo judicial, visando à busca de soluções consensuais.

O NCPC estabelece art. 334, §2º, que poderá haver mais de uma sessão de mediação, desde que não exceda o período de 2 (dois) meses, contado a partir da data da primeira sessão. Já o caput do artigo 28 da Lei de Mediação estabelece que o mencionado procedimento deverá ser concluído em até 60 (sessenta) dias, prazo esse a ser contado a partir da primeira sessão. No entanto, esse mesmo artigo da Lei

da Mediação descreve a possibilidade dos mediandos requererem a prorrogação do prazo, desde que em comum acordo.

O artigo 20 da mesma Lei indica que o procedimento de mediação será encerrado com a lavratura do termo final, quando há a celebração de acordo ou também quando não é alcançado um consenso entre os mediandos, podendo essa última situação ser declarada pelo mediador ou pelos próprios conflitantes durante a mediação. Havendo composição da controvérsia na mediação judicial, os autos do processo serão encaminhados ao juiz que providenciará o arquivamento dele e, a desejo dos mediandos, poderá homologar o acordo, que é elaborado no termo final da mediação, mediante sentença, para em seguida determinar o arquivamento do processo, conforme o parágrafo único do artigo 28 da Lei da Mediação.

O artigo 29 da Lei da Mediação, no que lhe concerne, confere a isenção das custas judiciais finais se o conflito for solucionado pela mediação antes da citação do réu. Aqui há mais uma fomentação aos mecanismos autocompositivos de solução de conflitos.

Destaca-se que, havendo a celebração de acordo entre os mediandos, a homologação judicial do termo final de mediação caracterizará um título executivo judicial (parágrafo único do artigo 20 da Lei de Mediação), isto é, possuirá um valor equivalente à de uma sentença judicial, passível de execução, caso haja descumprimento por um dos indivíduos.

Convém mencionar que a mediação não objetiva pura e simplesmente o acordo. Mas restabelecer a comunicação de forma eficiente e produtiva e construir soluções com base na satisfação dos interesses, expectativas, desejos e atendimento de valores e necessidades das pessoas envolvidas em dado conflito. A viabilização disso dependerá, essencialmente, da cooperação dos mediandos, pois somente com a integração dos interesses é que haverá a satisfação conjunta deles. Estes interesses representam o motivo de alguém querer algo de uma determinada forma (e não exclusivamente as posições e os pedidos que costumam constar no processo judicial) e constituem a matéria-prima a ser trabalhada na mediação.

CONCLUSÃO

Diante de todo o apanhado teórico aqui exposto, ficou claro que o Judiciário brasileiro, no decorrer do tempo, acabou produzindo certos estigmas, por exemplo, a qualidade empobrecida da prestação jurisdicional, a burocracia excessiva do sistema, o direito processual extremamente complexo, a carência de recursos financeiros das partes, a escassez ou a total supressão de informações aos cidadãos sobre seus direitos, o enorme tempo gasto (já que habitualmente os processos são lentos), que convergiram e eclodiram numa colossal crise na própria Instituição. Conseqüentemente, os cidadãos adotaram uma postura passiva com relação à resolução de controvérsias, visto como se habituaram a acionar mais e mais o Estado. E a solução adjudicativa (prestação jurisdicional estatal), em muitos casos, não se mostra o meio mais adequado, já que além de impor às partes uma decisão que não foi construída diretamente por elas, exacerba as posições antagônicas de vencedor e vencido.

Outrossim, muitas pessoas e até advogados adotam erroneamente o pensamento de que o modelo de resolução do conflito está intimamente ligado ao modelo estatal clássico, de modo que reconhecem o processo judicial como a única forma verdadeiramente jurídica de resolução de conflitos. O que não é verdade. Tal contexto induziu a uma busca por meios "alternativos" para solução de conflitos, como a mediação de conflitos que visa aproximar os indivíduos conflitantes e estabelecer uma pacificação entre eles.

O Conselho Nacional de Justiça acertou na criação da Resolução n. 125/2010, estimulando o uso de práticas cooperativas em processos de resolução de disputas, porquanto a pacificação é o que realmente importa, tornando-se irrelevante se tal pacificação tenha vindo por obra de um juiz togado ou por outros meios, desde que seja eficiente. A mediação, por seu lado, contribui para organizar as relações sociais, auxiliando os conflitantes a tratarem os seus problemas com autonomia – reduzindo a dependência de um terceiro (juiz) –, possibilitando o entendimento mútuo e o consenso. Inúmeras são as vantagens da mediação, como a rapidez, confidencialidade, baixo custo, grande possibilidade de êxito e qualidade da decisão acordada.

É cogente, entretanto, que os mediadores estejam altamente capacitados e que eles incorporem as técnicas na sua atividade. Os mediadores judiciais devem, ainda, submeter-se a atualizações frequentes e avaliações de usuários. Necessita-se, também, da colaboração e da contribuição da advocacia nos procedimentos autocompositivos. A escusa de qualquer dessas práticas influenciará na percepção de satisfação dos usuários.

A conscientização de que o consenso é a melhor maneira na resolução de conflitos, pois é célere e eficiente, em virtude da participação eficaz das partes envolvidas, levará a sociedade a acreditar mais na pacificação e na harmonia.

Depreende-se, portanto, a importância e a necessidade de ampliação do acesso à Justiça, da participação efetiva da coletividade, da simplificação e efetividade na solução de conflito. Nosso país carece de uma profunda transformação para substituir a "cultura da sentença" pela "cultura da pacificação". Afinal, a paz é um bem precariamente conquistado por pessoas e sociedades que necessitam aprender a lidar com os conflitos. E para isso, é necessário que os conflitos recebam o tratamento adequado para sua resolução. A sistematização do procedimento da mediação no âmbito judicial pela Lei da Mediação e pelo Novo Processo de Código Civil é um grande marco para a sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, André Gomma de. Perspectivas Metodológicas do Processo de Mediação: apontamentos sobre a autocomposição no direito processual. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Estudos em arbitragem, mediação e negociação. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003, vol. 2, pp. 151-172.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. AZEVEDO, André Gomma (Org.). Manual de mediação judicial. 5. ed. Brasília: DF/CNJ, 2015.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11032016150808.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2016.

BRASIL. PLANALTO. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 3 de jun. 2016.

BRASIL. PLANALTO. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 3 jun. 2016.

BRUNET, Karina Schuch; GIMENEZ, Charlise Paula Colet; SPENGLER, Fabiana Marion. O papel do terceiro e as interrogações do conflito social. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015.

CALMON, Petronio. Fundamentos da mediação e da conciliação. 3. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015.

DEUTSCH, Morton. The resolution of conflict: constructive and destructive processes. New Haven and London: Yale University Press, 1973.

FOLLETT, Mary Parker. Mary Parker Follett: profeta do gerenciamento. Tradução de Eliana Hiocheti e Maria Luiza de Abreu Lima. Editado por Pauline Graham. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1997.

HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Orgs.). O marco legal da mediação no Brasil: comentários à lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. São Paulo: Atlas, 2016.

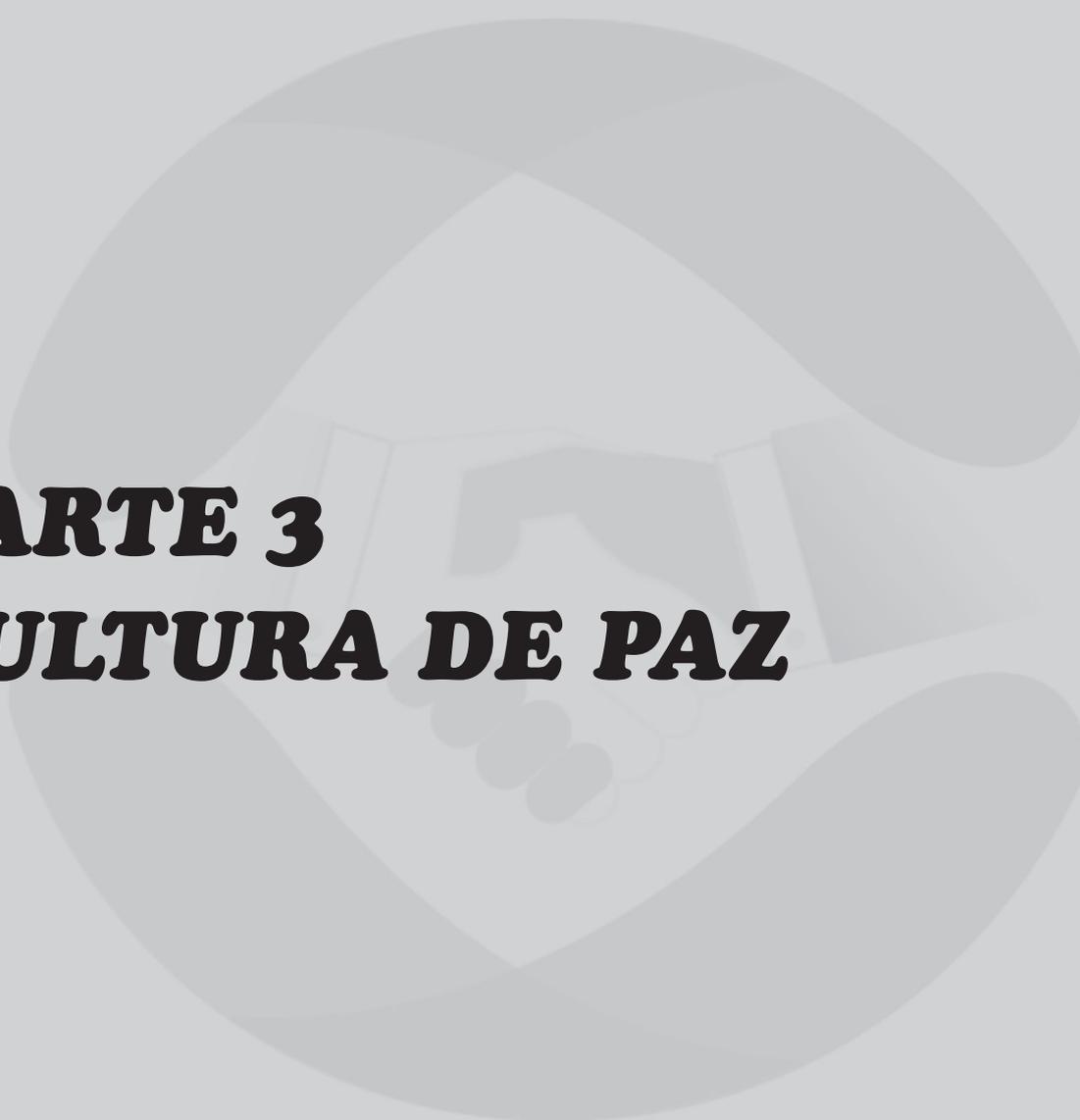
SALLES, Carlos Aberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Negociação, mediação e arbitragem: curso básico para programas de graduação em Direito. São Paulo: MÉTODO, 2012.

SCHMITZ, Suzanne J. O que deveríamos ensinar em cursos de Rad? Conceitos e habilidades para advogados que representam clientes em processos de mediação. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Estudos em arbitragem, mediação e negociação. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003, vol. 2, pp. 89-107.

SPLENGER, Fabiana Marion; NETO, Theobaldo Spengler. (Orgs.). Mediação enquanto política pública: o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012.

SPLENGER, Fabiana Marion; SILVA, Caroline Pessano Husek; DURANTE, Isamael Saenger. A conciliação como alternativa à jurisdição estatal na busca por uma justiça efetiva e célere. In: SPLENGER, Fabiana Marion; NETO, Theobaldo Spengler. (Orgs.). Do conflito à solução adequada: mediação, conciliação, negociação, jurisdição & arbitragem. Santa Cruz do Sul: Essere nel mondo, 2015.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Mediação de conflitos e práticas restaurativas. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.



PARTE 3
CULTURA DE PAZ

A MEDIAÇÃO E O NOVO TRIBUNAL MULTI PORTAS BRASILEIRO

MEDIATION AND THE NEW BRAZILIAN MULTI OPTION ADR COURT (ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION COURT)

João Ricardo Ferreira Fortini Pimentel ¹⁴⁴

RESUMO: Ao tratar dos temas "Acesso à Justiça", ou mesmo dos "Meios Alternativos de Solução de Conflitos", por vezes estes não são abordados com a devida profundidade. Este artigo buscou estudar o instituto da Mediação no atual cenário do processo civil brasileiro, especialmente após a edição dos textos do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15) e da Lei de Mediação (Lei 13.140/15). Sendo uma das principais inovações trazidas pelo código em comento, a Mediação, juntamente com outros meios de solução de conflitos passam a protagonizar o rito processual em uma tentativa de se edificar no país um verdadeiro Tribunal Multiportas.

PALAVRAS-CHAVE:Mediação. Tribunal. Multiportas. Processo. Justiça

ABSTRACT: When studying "Access to Justice" or "Alternative Dispute Resolution", sometimes these are not approached with the necessary depth. This paper aims to develop a study of the Mediation Institute in the current Brazilian scenario of civil process, especially after the publication of the texts of the New Code of Civil Procedure (Act 13.105 / 15) and the Mediation Act (Act 13.140/15). Being one of the main innovations brought by the code under discussion, mediation, along with other methods of conflict resolution go for a major legal proceedings in an attempt to build in the country a true Multi-door Courthouse.

KEYWORDS: Mediation. Courthouse. Multi-door. Process. Justice.

1. INTRODUÇÃO

Observando-se as recentes alterações legislativas com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15) e da Lei de Mediação (Lei 13.140/15), mister faz-se analisar os principais aspectos jurídicos que os envolve, principalmente em uma busca em entender sua motivação e seu objetivo a curto, médio e longo prazo.

Iniciando nosso estudo, busca-se realizar uma breve consideração acerca do acesso à justiça em uma visão contemporânea, bem como sobre a tentativa de consolidação no país de um verdadeiro Tribunal Multiportas. Em seguida será de suma importância esclarecer o que são os Meios Adequados de Solução de Conflitos (MASC), individualizando cada um destes. Por fim, trataremos de alguns - torna-se árdua, senão utópica, querer tratar de forma exaustiva a matéria - aspectos que envolvem a Mediação nos recentes textos legais.

2. ACESSO À JUSTIÇA

O conceito de acesso à justiça vem sofrendo, no decorrer dos anos, grandiosas alterações, seja em âmbito meramente doutrinário, seja através de sua positivação em diversos diplomas legais.

Segundo Cappelletti (1988), ao longo dos séculos XVIII e XIX os litígios civis refletiam uma filosofia jurídica essencialmente individualista dos direitos, de modo que o acesso à justiça correspondia apenas ao "direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação", desde que para tanto, tivesse reais condições de enfrentar seus custos, uma vez a atuação do Estado ser altamente passiva, em reconhecimento de um 'direito natural'.

Com a difusão da sociedade do *laissez-faire*, esse mesmo autor afirma que criou-se globalmente uma movimentação em prol da defesa dos direitos humanos, que culminou no editamento da Constituição Francesa de 1946, segundo a qual os direitos humanos "são antes de tudo, os necessários para tornar efetivos, quer dizer, realmente acessíveis a todos, os direitos antes proclamados". Assim, o Estado passou a agir positivamente visando resguardar ao seu povo, estes direitos básicos.

No Brasil, temos um primeiro grande movimento de acesso à justiça (ou primeira onda) a partir da entrada em vigor no ano de 1950, da Lei 1.060/50, que estabelece normas para a concessão de assistência judiciária à população, e, quarenta anos após, com a instituição da Defensoria Pública, por meio da Lei Complementar 80, de 12 de janeiro de 1994.

¹⁴⁴ Advogado Colaborativo certificado pelo IBPC (Instituto Brasileiro de Práticas Colaborativas) e inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil Seção Minas Gerais sob o nº 167.141. Membro da Comissão de Conciliação e Mediação da OAB/MG Subseção Juiz de Fora. Mediador de Conflitos e Conciliador certificado pelo TJMG. Atualmente cursando LL.M em Direito: Litigation - Os Novos Desafios dos Contenciosos na FGV Direito Rio. Foi 3º colocado na I Competição Nacional de Mediação promovida pelo Conselho Nacional de Justiça, realizada no ano de 2013. Possui proficiência em língua inglesa (IBT TOEFL). E-mail: joaoricardo.pimentel@gmail.com

No contexto atual, a Constituição Federal de 1988, esta onda encontra-se inserida no rol dos direitos e garantias fundamentais, mais precisamente no inciso LXXIV do artigo 5º¹⁴⁵.

Por sua vez, a Defensoria Pública, foi consagrada no artigo 134 da Constituição como sendo “instituição essencial à função jurisdicional do Estado”, portanto, por ter se tornado uma garantia institucional, não pode em hipótese alguma, ser suprimida do ordenamento nacional.

No tocante à um segundo movimento (ou segunda onda), buscou-se desenvolver regras processuais que possibilitassem a alguns entes que, dispendo de maiores recursos e gozando dos benefícios de organização, pudessem enfrentar, em melhores condições, seus ex adversos. À estes, estariam abertas as portas para uma maior participação popular no judiciário, uma das possíveis manifestações da cidadania participativa, fundamento do Estado Social e Democrático de Direito, conforme Art. 1º, inciso II da Carta Magna. Nesse sentido, fez-se mister o desenvolvimento de normas próprias para o processo de massa, de modo a operacionalizar uma verdadeira, conforme “insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico.”¹⁴⁶

Noutro giro, em um terceiro movimento (terceira onda) do acesso à justiça, mais amplo, levou-se em consideração, dentre outros, o papel do magistrado na condução do processo. Este passa a possuir como objetivo, o de atuar ativa e direcionadamente, contornando obstáculos burocráticos e formalísticos que impedem seja a sua prestação jurisdicional efetiva. Esta onda propugna portanto, que os magistrados abandonem o tradicional papel passivo de mero expectador, e passem a atuar de forma ativa na busca da solução do conflito existente, para serem criativos e inovadores durante toda a na condução do processo.

Nesse sentido, Baptista da Silva (1996, p. 219 apud GASTALDI, 2013):

Embora se deva reconhecer o inegável mérito das tentativas de ‘modernização’ de nosso processo civil, todas elas, como já o dissemos, serão incapazes de produzir uma transformação significativa em nossa experiência judiciária. Sem uma profunda e corajosa revisão de nosso ‘paradigma’, capaz de torná-lo harmônico com a sociedade complexa, pluralista e democrática da experiência contemporânea, devolvendo ao juiz os poderes que o iluminismo lhe recusara, todas as reformas de superfície cedo ou tarde resultarão em novas desilusões. Como temos insistido em dizer, é indispensável, e mais do que indispensável, urgente, formar juristas que não sejam, como agora, ‘técnicos sem princípios’, meros ‘intérpretes passivos de textos’, em última análise, ‘escravos do poder’ (Michel Villey, ‘Leçons d’histoire de la philosophie du droit’, Paris, 1957, p. 109), pois o servilismo judicial frente ao império da lei anula o Poder Judiciário que, em nossas circunstâncias históricas, tornou-se o mais democráticos dos três ramos do Poder Estatal, já que, frente ao momento de crise estrutural e endêmica vivida pelas democracias representativas, o livre acesso ao Poder Judiciário, constitucionalmente garantido, é o espaço mais autêntico para o exercício da verdadeira cidadania.

Em 1997, vislumbrando o acesso à tutela jurisdicional como o “espaço mais autêntico para o exercício da verdadeira cidadania”, o ex-ministro do STF Nelson Jobim demonstrou preocupação com a reforma do Judiciário em seu discurso de posse à Presidência do Supremo Tribunal Federal:

A questão judiciária passou a ser tema urgente da nação. O tema foi arrancado do restrito círculo dos magistrados, promotores e advogados. Não mais se trata de discutir e resolver o conflito entre esses atores. Não mais se trata do espaço de cada um nesse Poder da República. O tema chegou à rua. A cidadania quer resultados. Quer um sistema judiciário sem donos e feitores. Quer um sistema que sirva à nação e não a seus membros. A nação quer e precisa de um sistema judiciário que responda a três exigências: acessibilidade a todos; previsibilidade de suas decisões; e decisões em tempo social e economicamente tolerável. [...] Esse dimensionamento, absolutamente necessário, reclama uma análise estratégica do Poder Judiciário, na sua integralidade. Análise essa que induza os 27 Tribunais de Justiça Estaduais, os 24 Tribunais Regionais do Trabalho, os 5 Tribunais Regionais Federais, com todas as suas estruturas de primeiro grau, juntamente com os 4 Tribunais Superiores e com o Supremo Tribunal Federal a começarem a agir em comum e de forma sistêmica.

No Brasil, observamos mais recentemente, com a edição pelo CNJ de sua Resolução nº 125/10, uma nova concepção de acesso à justiça, mais ligada à satisfação do jurisdicionado com o resultado final do processo de resolução de um conflito do que simplesmente com o acesso ao Poder Judiciário e o exercício do direito de ação.

De acordo com o Azevedo (2013, p. 29):

[...] as pesquisas desenvolvidas atualmente têm sinalizado que a satisfação dos usuários com o devido processo legal depende fortemente da percepção de que o processo foi justo. Bem como, nas hipóteses permitidas por lei, alguma participação do jurisdicionado na seleção dos processos a serem utilizados para dirimir suas questões aumenta significativamente essa percepção de justiça.

145 “Art. 5º [...] LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.”

146 Para mais sobre o assunto vide BENJAMIN, Antônio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Édís (coord.). Ação civil pública – Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

Logo, o que se vê atualmente é que cada vez mais o conceito de acesso à justiça vem sendo concebido precisamente em administrar-se o sistema público de solução de conflitos, como se este fosse legitimado principalmente pela satisfação do jurisdicionado na condução e resultado final de sua demanda.

Deve-se pois atentar ao fato de que a Mediação e a Conciliação são os métodos com melhores perspectivas de efetiva integração à realidade brasileira, principalmente se fizermos uma análise do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15), aliado à política pública proposta pelo CNJ. Buscou-se assim, uma mudança na mentalidade dos operadores do Direito, visando uma formação de novos modelos de profissionais da área jurídica.

Luchiari (2012, p. 123) sustenta que:

Em resumo, o que se pode perceber é que os métodos alternativos de solução de conflitos não podem ser vistos apenas como meios ou métodos praticados fora do Poder Judiciário, como sugere o adjetivo "alternativo", utilizado para qualificá-los, mas devem ser vistos também como importantes instrumentos, à disposição do próprio Poder Judiciário, para a realização do princípio constitucional do acesso à justiça, havendo uma complementaridade entre a solução adjudicada, típica do Poder Judiciário, e as soluções não adjudicadas.

Tal afirmação se coaduna com o disposto na Carta de 1988, uma vez esta não assegurar somente um acesso à justiça de maneira formal (a mera possibilidade de ingresso em juízo), mas um acesso qualificado, que necessariamente exige ser efetivo, célere, e adequado à tutela jurisdicional, levando em última análise à pacificação social, escopo máximo de nossa Constituição, o que nem sempre se é atingido com a decisão judicial, devido à natureza do litígio, que só poderá ser alcançado através de uma abordagem diferenciada.

Deve-se afirmar de antemão, que não se trata de retirar o prestígio e não se conferir a devida importância dos magistrados, pelo contrário, trata-se de se reservar à estes, questões mais complexas, que versem sobre direitos indisponíveis, intransacionáveis, ou ainda aquelas em que, mesmo podendo, as partes decidam se submeter à sentença.

Nesse sentido expõe Neto (apud PINHO, 2008, p. 11)

[...] o paradigma trazido pela mediação traz em seu bojo alguns questionamentos sobre o acesso à justiça e não sobre a justiça ou o poder judiciário, como muitos inicialmente observam. Esse questionamento não é realizado com a pretensão de substituí-los ou contrapô-los, mas sim como uma possibilidade de oferecer um procedimento alternativo para que todos sem exceção possam usufruir da justiça mais rapidamente ou queiram ter seu acesso a ela facilitado, desde que possuam efetivo interesse por esta opção. A sociedade brasileira está acostumada e acomodada ao litígio e ao célebre pressuposto básico que justice só se alcança a partir de uma decisão proferida pelo juiz togado. Decisão esta muitas vezes restrita a aplicação pura e simples de previsão legal, o que explica o vasto universo de normas no ordenamento jurídico nacional, que buscam pelo menos a amenizar a ansiedade do cidadão brasileiro em ver aplicada regras mínimas para regulação da sociedade.

Ergo, pode-se afirmar que o verdadeiro acesso à justiça abrange não apenas a prevenção e reparação de direitos, mas a realização de soluções negociadas e o fomento da mobilização da sociedade, para que possa participar ativamente dos procedimentos de resolução de disputas com os seus resultados.

3. TRIBUNAL MULTIPORTAS

Termo cunhado no artigo "Varieties of Dispute Processing", originalmente denominado por Frank Sander como "Centro Abrangente de Justiça", o modelo de Tribunal Multiportas é considerada pela doutrina uma ideia de fácil compreensão e difícil aplicação prática.

Trata-se de um modelo multifacetado de resolução de conflitos, no qual aos cidadãos é dada a escolha de participação, de modo livre, no qual é possível eleger o mecanismo de solução de conflito que considere mais adequada ao tipo de conflito existente.

É um modelo integrativo que segundo Crespo (2012, p. 29)¹⁴⁷ pode "contribuir para a inserção das pessoas sem voz ativa no centro das ações, em igualdade de condições", corrigindo assim um déficit de legitimação democrática das decisões judiciais que encontramos atualmente nos tribunais brasileiros.

Segundo Sanders (2012, p. 33)¹⁴⁸, idealizador do modelo:

[...] o Tribunal Multiportas deveria estar ligado aos tribunais, mas tecnicamente o centro abrangente de justiça [ou Tribunal Multiportas] que eu citei poderia estar bem separado dos tribunais. [...] O tribunal é o lugar onde os casos estão, portanto nada mais natural do que fazer do tribunal uma das portas do

147 e 6 Capítulo 1. Diálogo entre os professores Frank Sander e Mariana Hernandez Crespo: explorando a evolução do Tribunal Multiportas. in Tribunal Multiportas: Investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil / Organizadores: Rafael Alves de Almeida, Tania Almeida, Mariana Hernandez Crespo. - Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

148

Tribunal Multiportas - a ideia é essa. Mas pode acontecer de o tribunal estar aqui, e os outros processos [arbitragem, mediação etc.] estarem lá; não existe nada [no método] que possa evitar esse fato.

Assim, torna-se interessante observar que o legislador brasileiro ao inserir no inciso VII do artigo 319 do Novo Código de Processo Civil como requisito da petição inicial a "opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação", mostra-se consciente e atento à necessidade de se alterar a perspectiva clássica de como o processo é enxergado pelos operadores do Direito e pelo jurisdicionado.

4. A MEDIAÇÃO

A Mediação pode ser compreendida através do conceito de Moore (apud PINHO, 2008, p. 21), para o qual:

Mediation is an extension or elaboration of the negotiation process that involves the intervention of an acceptable third party who has limited (or no) authoritative decision making power. This person assists the principal parties to voluntarily reach a mutually acceptable settlement of the issues in dispute. As with negotiation, mediation leaves the decision-making power primarily in the hands of the people in conflict. Mediation is a voluntary process in that the participants must be willing to accept the assistance of the intervener if he or she is to help them manage or resolve their differences. Mediation is usually initiated when parties can no longer handle the conflict on their own and when the only means of resolution appears to involve impartial third-party assistance.

Assim sendo, a Mediação compreende um método autocompositivo, no qual os envolvidos, auxiliados por uma terceira parte (que pode ser uma ou mais pessoas) neutra ao conflito, objetivam alcançar uma composição do conflito. Em linhas gerais, trata-se de uma negociação assistida ou facilitada por esta parte alheia à situação, que se utiliza de vários atos procedimentais, para habilitar as partes a melhor compreender seus reais interesses e a encontrar soluções que os atendam.

À título de menção, cumpre mencionar que várias são as escolas de Mediação, a saber: a) Mediação Avaliativa¹⁴⁹; b) Mediação Transformativa¹⁵⁰; c) Mediação Circular Narrativa¹⁵¹; d) Mediação Tradicional¹⁵². No Brasil adotou-se o modelo tradicional de Mediação, da escola harvardiana, na qual segundo Goldberg (2003) "o interesse precípua do mediador em 'facilitar', não oferece uma avaliação das forças e fraquezas de cada parte, mas sim consiste em uma busca em se ajudar as partes a trabalhar em um acordo mutuamente satisfatório".

Autores a distinguem da Conciliação devido à suas características mais marcantes, que é exatamente em relação à atuação do terceiro (mediador). No processo de Mediação, este atua de forma muito mais passiva. Apesar de possuir pleno controle para gerir a sessão, sua atuação é mais restrita, já que não auxilia as partes na geração de opções para solucionar o conflito¹⁵³.

Para que o mediador possa atuar e requerer seu cadastramento, este deve ter realizado curso em entidade credenciada, obedecendo o parâmetro curricular definido pelo CNJ através da Resolução nº 125, e pelo Ministério da Justiça, havendo a previsão ainda de prescindir ou não de aprovação em concurso público, como determina o art. 167 §2º e §6º do NCPC. Somente após a realização dos cursos e eventual aprovação em concurso, seu nome poderá ser cadastrado perante o tribunal de justiça ou tribunal regional federal (art. 167, §1º do NCPC), para realizar o atendimento aos processos.

Quanto às hipóteses de impedimento e suspeição, previstas nos artigos 144 e 145 do NCPC, incumbe ao mediador comunicar imediatamente tal situação ao coordenador do centro judiciário de solução de conflitos, para que este proceda com uma nova designação, de acordo com o art. 170 do NCPC. Cumpre ressaltar que pelo texto do art. 172 e 167 §5º, novos impedimentos surgem para o mediador advogado, que, respectivamente, não poderá assessorar, representar, ou patrocinar qualquer das partes período de 01 (um) ano, e ainda, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções.

Por fim, no tocante à suspensão e exclusão do mediador do cadastro dos tribunais, o artigo 173 do NCPC traz regras a serem obedecidas. De acordo com o texto do §2º, caso o juiz do processo, ou o juiz coordenador do centro de mediação verifique atuação inadequada do mediador, poderá suspendê-lo de

149 Vide DEMARCHI, Juliana. Mediação: Proposta de Implementação no Processo Civil Brasileiro. Tese de Doutorado em Direito Processual Civil - Universidade de São Paulo - USP [Tese]. - São Paulo, 2007.

150 Como sugestão e leitura temos: BACELLAR, Roberto Portugal. Mediação e Arbitragem (Coleção Saberes do Direito, vol. 53). - São Paulo : Saraiva, 2012.

151 A obra referência neste modelo de mediação é: COBB, Sara. RIKFIN, Janet. Practice and Paradox: deconstructing neutrality in Mediation. Law & Society Inquiry, vol. 16, 1991

152 Vide ALVAREZ, Gladys S. La Mediación y el acceso a justicia. - Santa Fé : Rubinzal - Culzoni, 2003.

153 Mais uma vez foi correto o legislador ao afirmar no Art. 165 § 3º do NCPC que "O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos."

suas atividades pelo período de até 180 (cento e oitenta) dias, devendo comunicar o fato ao tribunal, a fim de ser instaurado procedimento administrativo para se apurar a falta porventura cometida. No tocante à exclusão, esta terá lugar sempre que o mediador violar os deveres de confidencialidade e sigilo, previstos nos parágrafos 1º e 2º, do artigo 166 do NCPC.

5. A MEDIAÇÃO NA ATUALIDADE

Em 16 de março de 2015 foi sancionada a Lei nº 13.105/15, que contém em seu bojo, um código de processo civil bastante reformulado sob diversos aspectos, principalmente no tocante aos MASC. Dentre alguns objetivos cuja menção faz-se necessária, temos o de constitucionalizar o processo, o que fica evidente nos primeiros artigos da codificação, que em larga escala reproduz textos constitucionais, deixando claro que o NCPC está inserido em um universo normativo em cujo topo, encontra-se a Constituição Federal. Ademais, a nova codificação processual visa tornar mais eficiente o procedimento jurisdicional, por entender que "um código de processo que não garante a realização concreta de direitos, esvazia a garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição"¹⁵⁴.

Segundo Wambier (2015, p. 51):

Enfatiza-se a necessidade de se incentivarem os meios alternativos de solução de conflitos, principalmente a mediação e a conciliação (esta última não no sentido de acordo, mas no de processo conciliatório), como forma a contribuir com a criação de uma "cultura" do acordo.

Cria-se, com o NCPC, o processo que rende: que resolve de vez a controvérsia subjacente à demanda.

O nCPC cria uma nova e relevante diretriz para o processo civil, a de que cumpre ao operador do direito, encaminhar as partes ao mecanismo adequado para a composição do impasse, o que aliás já trazia o art. 1º da Resolução 125/10 do CNJ. Conforme previsto na Exposição de Motivos da Lei 13.105/15:

Pretende-se converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado. Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação. Entendeu-se que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz.

Ao abordar tal tema o Novo Código de Processo Civil (NCPC) em seu artigo 3º em seu §2º dispõe que "o Estado promoverá sempre que possível a solução consensual de conflitos", devendo tal promoção ser realizada pelos magistrados, advogados, defensores públicos, membros do Ministério Público, como previsto pelo §3º deste mesmo dispositivo.

Digno de menção, e de extrema relevância é a necessidade de criação pelos tribunais, de centros judiciários de solução consensual de conflitos, os CEJUSC (Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania), que, conforme previsão legal do art. 165, caput do NCPC, é o local para o qual deverão ser encaminhados os processos, por serem estes os responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação. Cumpre destacar, que novamente o legislador positivou texto constante na resolução nº 125 do CNJ, nesta parte no que tange ao artigo 7º, motivo pelo qual vários tribunais já contam com centros judiciários como este instalados e em funcionamento.

Importante salientar, que o texto do art. 166 do NCPC, prevê alguns princípios norteadores dos processos de solução de conflitos, a saber: a) independência, pelo qual o processo de mediação é totalmente autônomo, sem qualquer dependência com o desenvolver do processo litigioso; b) autonomia da vontade, uma vez o processo de conciliação e mediação ser regido pela vontade das partes; c) confidencialidade, já que tudo o que for trazido, gerado, conversado entre as partes durante as sessões fica adstrito ao processo consensual, de modo que não pode ser, a menos que haja autorização dos interessados, a externalização de nenhuma informação que lhes diz respeito; d) oralidade, tendo em vista tratar-se de um procedimento conversacional; e) informalidade, dada a ausência de rigidez procedimental e; f) da decisão informada, segundo o qual as pessoas têm o direito de receber informações quantitativas e qualitativas acerca do acordo que estão celebrando, a fim de não serem surpreendidas por quaisquer consequências inesperadas da solução pela qual optaram.

5.1. O Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015)

Inicialmente a abordagem do conflito trazido pela parte deve iniciar com o questionamento pelo advogado, de qual será a estratégia a ser abordada, o enfrentamento pela via contenciosa, ou a busca de saídas pela via consensual. Tendo sido escolhida a via consensual, o advogado, após receber o cliente em seu escritório e realizar uma análise de qual o tipo de conflito em questão, de acordo com o art. 319 inci-

¹⁵⁴ Cabe destaque a obra WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo [Livro] / coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. 1ª edição. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. pp. 51.

so VII do NCPC, ao redigir a petição inicial, deverá indicar de antemão, sua opção pela realização (art. 319, inciso VII NCPC) ou não (art. 334 §5º NCPC) de audiência de conciliação ou de mediação. Apesar de já ter sido feita a distinção em momento oportuno, à qual reportamos, deve-se observar na escolha do MASC, que na perspectiva do NCPC, a conciliação sempre que possível deverá ocorrer nos casos em que não houver uma relação pré-existente entre as partes (art. 165 §2º), ao passo que a mediação ocorrerá preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, visando o restabelecimento da comunicação (art. 165 §3º).

A correta indicação se faz necessária, uma vez ser a mais coerente das possibilidades de indicação, e ser realizada pelo operador do direito que primeiro teve contato com a situação, o que lhe permite filtrar de forma mais interessante, as questões em jogo.

Admitida a petição inicial, será designada dentro do prazo preferencial de 30 dias (úteis) a audiência de conciliação/mediação, devendo desta ser o réu ser citado com pelo menos 20 dias (úteis) de antecedência conforme artigo 334 do NCPC, para que este, em até 10 dias antes da data da audiência (art. 334 §5º NCPC), se manifeste em petição avulsa, constando o requerimento de não realização da audiência inicial de mediação (não é o caso de se aguardar a contestação, uma vez o prazo para esta ter início após a audiência de mediação, ou, quando esta não for realizada, o prazo será contado a partir do protocolo da peça indicando o desinteresse no processo autocompositivo).

Deve-se ressaltar, que para que não ocorra a audiência de mediação, é necessário que ambas as partes manifestem o seu desinteresse, conforme dispõe o artigo 334 do NCPC em seu parágrafo 5º. Isso pois, a partir de uma interpretação sistemática do novo código, caso uma das partes não se manifeste, prevalecerá o disposto no §2º do art. 3º do NCPC, segundo o qual sempre que possível, o Estado promoverá a solução consensual de conflitos.

Havendo necessidade, pode ser o caso de ser remarcada mais uma audiência, que deverá ocorrer, preferencialmente, dentro do prazo de 02 meses. Destaca-se que o §4º prevê que não ocorrerá audiência, quando ambas as partes manifestarem-se seu desinteresse na composição consensual, e, havendo litisconsórcio, todos deverão se manifestar (§6º). Caso alguma das partes não compareça na audiência, de forma injustificada, ser-lhe-á aplicada multa de 2% (dois por cento) sobre o valor da causa, a ser revertida em benefício em favor da União ou do Estado.

5.2 A Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015)

Após sanção presidencial em 26 de Junho de 2015, a Lei 13.140/15 (Lei de Mediação), pôs-se fim à uma luta pela regulamentação deste MASC que vinha desde 1997 com o projeto de Lei 9.469, de autoria da deputada Zulaiê Cobra Ribeiro. Trata-se de um momento de extrema importância e relevância jurídico-histórica por se estabelecer um marco regulatório para a mediação e a conciliação judicial e extrajudicial, uma vez que existe um movimento global de conversão para uma revolução paradigmática na forma de solucionar os conflitos sociais. Trata-se de uma nova cultura cujo pressuposto é o deslocamento da justiça estatal para a autocomposição, e que faz parte de uma segunda etapa tão esperada de reforma do judiciário, iniciada com a promulgação da emenda constitucional 45/2004.

Não obstante os princípios supramencionados que traz o nCPC (oralidade, informalidade, confidencialidade e autonomia da vontade das partes), a Lei de Mediação em seu artigo 2º, reafirma e positiva outros, que encontram-se implícitos na legislação processual, dignos de menção, a saber: a) imparcialidade do mediador; b) isonomia entre as partes; c) busca do consenso, e; d) boa-fé. No que tange ao princípio da confidencialidade, comum de ambas legislações, o artigo 30 da Lei de Mediação dispõe que este dever aplica-se além do mediador, às partes, prepostos, advogados, assessores técnicos e demais pessoas que participarem do processo, não abrangendo a ocorrência de um crime de ação pública dentro da sala de audiência.

Em seu artigo 3º a Lei traz que "pode ser objeto de mediação, o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação", podendo inclusive versar sobre todo o conflito, ou somente parte deste. Caso trata-se de direitos disponíveis não é necessária a homologação judicial, o que é imprescindível, caso o litígio verse sobre direito indisponível, porém transacionável, devendo inclusive ser ouvido o representante do Ministério Público.

Inova a Lei ainda no que diz respeito aos mediadores judiciais, que agora deverão possuir, além do curso de capacitação que já trazia o NCPC, um prazo mínimo de 02 (dois) anos de conclusão de curso de ensino superior reconhecido pelo Ministério da Educação.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se assim, que a mediação e os demais MASC, são métodos completamente distintos, cada qual com suas peculiaridades, de modo que se fomos tratar apenas da mediação, várias são as escolas existentes, várias são as formas de se entender e lidar com o conflito, visando a sua solução pelas partes.

Outrossim, o próprio conceito de acesso à justiça foi se alterando ao longo dos anos de modo a se tornar mais efetivo, necessariamente exigindo assim, uma maior celeridade, e uma maior adequação à tutela jurisdicional, observando os ditames de uma necessária pacificação social, tudo isso observando preceitos constitucionais. Nesse sentido, observando estes elementos, o legislador em boa hora decidiu reformular o processo civil, e regulamentar não só os MASC, conferindo-lhes um status especial, dando liberdade de atuação aos seus profissionais (o que demonstra conhecimento acerca dos processos auto-compositivos), mas principalmente, tentando incorporar no Brasil a longo prazo, um verdadeiro sistema de Tribunal Multiportas.

Ergo, apesar de todo o esforço, só o tempo e a prática nos tribunais dirão se o legislador ao criar leis que regulamentam o tema no país, será capaz de fazer com que os MASC ganhem destaque e passem a assumir o papel de protagonistas, para por um fim à crise existente no Poder Judiciário, promovendo assim, uma cultura da paz.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Rafael Alves de. Almeida, Tania. Crespo, Mariana Hernandez. Tribunal Multiportas: Investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil / Organizadores: Rafael Alves de Almeida, Tania Almeida, Mariana Hernandez Crespo. - Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012

ALMEIDA, Tânia. Caixa de Ferramentas em Mediação: Aportes práticos e teóricos [Livro]. - São Paulo : Dash, 2014.

AZEVEDO, André Gomma (org.). Manual de Mediação Judicial. [Livro]: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD). Ministério da Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário. 5 ed. Brasília, 2015.

AZEVEDO, André Gomma (org.). 2003. Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação. Vol. 2. - Brasília: Grupos de Pesquisa.

BABTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Jurisdição e execução na tradição romano-germânica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996

BENJAMIN, Antônio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: : MILARÉ, Édís (coord.). Ação civil pública – Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

BRAGA NETO, Adolfo; SAMPAIO Lia Regina Castaldi. O que é Mediação de Conflitos [Livro]. - São Paulo : Brasiliense, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 10 dez. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Discurso do Ministro Nelson Jobim proferido durante a cerimônia de sua posse à Presidência do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/palavra_dos_ministros/discursos.asp>. Acesso em: 15 jun. 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet [Livro]. - Porto Alegre : Fabris, 1988.

CARAM, Maria Elena; ELIBAUM, Diana Teresa; RISOLIA, Matilde. Mediación. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2013.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; e GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo [Livro]. 25 ed. São Paulo. Malheiros, 2009.

GABBAY, Daniela Monteiro. Mediação & Judiciário: Condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos. 2011. Tese de Doutorado em Direito Processual - Universidade de São Paulo - USP, São Paulo.

GASTALDI, Suzana. Ondas renovatórias de acesso à justiça e interesses metaindividuais. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3817, 13 dez. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26143>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

LUCHIARI Valeria Ferioli Lagrasta. Mediação Judicial: Análise da Realidade Brasileira: Origem e Evolução até a Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça; Coordenadores: Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe [Livro]. - Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MOORE, Christopher W. O Processo de mediação - estratégias práticas para a resolução de conflitos. São Paulo: Artes Médicas, 2 ed., 1998.

NETO, Adolfo Braga. In SALES, Lília Maia de Moraes (Coord.) Estudos sobre Mediação e Arbitragem. Rio - São Paulo - Fortaleza: ABC Editora, 2003.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (coord.). Teoria Geral da Mediação à luz do projeto de lei e do direito comparado. Vários Autores. [Livro] Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo [Livro]. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015

A EFICÁCIA DA MEDIAÇÃO COMO PACIFICADORA SOCIAL: MEDIAÇÃO SOCIAL

THE EFFECTIVENESS OF MEDIATION AS A SOCIAL APPEASEMENT: SOCIAL MEDIATION

Homlecia Araujo Ferreira ¹⁵⁵

Lucas Alencar Pinto ¹⁵⁶

Ana Verônica de Alencar ¹⁵⁷

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo compreender como a mediação pode ser eficaz na resolução dos conflitos familiares a partir da ampliação e efetividade do acesso à justiça aos cidadãos, por meio de mecanismos voluntários, pacíficos, colaborativos e legítimos. Para tanto, faz-se a análise dos elementos de comunicação que podem ser utilizados pelos litigantes e que gradativamente estão sendo inseridos e praticados pelo Poder Judiciário por intermédio da porta de entrada da Defensoria Pública, empoderando os assistidos que cada vez mais apropriados desses mecanismos poderão concretizar a cidadania, promovendo a cultura de paz, em especial, nas relações intrafamiliares. Para subsidiar este estudo foram realizados levantamentos bibliográficos e análise de documentos. O estudo revelou a inevitabilidade do conflito, uma vez não trabalhado de forma correta ocasionam disputas pontuais e específicas, apontando falhas na comunicação presentes na totalidade dos discursos dos mediandos, bem como uma falta de costumes para tratar dos assuntos de foro íntimo de forma pacífica e duradoura.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação Familiar. Pacificação social. Cidadania. Defensoria Pública.

ABSTRACT: The study aims to understand how mediation can be effective in resolving family conflicts from the expansion and effective access to justice for citizens, through voluntary mechanisms, peaceful, collaborative and legitimate. To this end, it is the analysis of the communication elements that can be used by litigants, which gradually are being entered and practiced by the Judiciary through the entrance door of the Public Defender, empowering assisted more and more appropriate that mechanisms may achieve citizenship, promoting the culture of peace, especially in relations intrafamily. For subsidize this study literature surveys and document analysis were performed. The study revealed the inevitability of conflict, since not worked properly cause occasional and specific disputes, pointing miscommunication present in all the speeches of mediandos as well as a lack of ways to deal with personal matters peacefully and lasting.

KEYWORDS: Family Mediation. Social peace. Citizenship. Public Defender.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho se vislumbra a partir da análise da procura dos jurisdicionados pelos serviços da Defensoria Pública Geral do Estado do Ceará - Casa de Mediação em Juazeiro do Norte - CE, haja vista a grande quantidade de famílias que tem buscado o Poder Judiciário para solucionar as suas lides, neste ínterim, observou-se que os usuários destes serviços, especialmente os da mediação, estão, em particular, mais vulneráveis tendo em vista que seus conflitos são em grande parte de cunho emocional e relação continuada, necessitando de um tratamento diferenciado.

A partir do princípio do acesso à justiça e da inafastabilidade do Poder Judiciário, princípios apreendidos pela Constituição Federal de 1988, e com a aproximação entre a Mediação de Conflitos e o Poder Judiciário na busca pela promoção do acesso à Justiça, estabelecido a partir da Resolução Nº 125 do CNJ-Conselho Nacional de Justiça, reflete-se quanto à análise do necessário tratamento adequado dos conflitos, observa-se, desta forma, que não basta apenas peticionar demandas ao Poder Judiciário, pois o efetivo acesso à justiça vai além dos autos. Outrossim, a partir da supracitada resolução, verifica-se a exigência da capacitação dos Mediadores e dos Conciliadores, pois, deve-se contar com uma nova postura, principalmente dos operadores do Direito que necessitam estar mais e melhor preparados, humanizados, para lidar com os conflitos.

Segundo os dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) o Brasil possui carga superior a noventa 90 milhões de procedimentos judiciais em tramitação. Em Juazeiro do Norte, estado do Ceará, tramitam na Vara Única de Família e Sucessões da referida Comarca, no período que compreende de janeiro

¹⁵⁵ Graduada em Serviço Social pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB) e pós-graduada em Direito das Famílias pela Universidade Regional do Cariri (URCA) e Psicopedagogia pelo Centro de Ensino Superior São Francisco Instituto Superior de Educação de Cajazeiras (ISEC). Possui experiência em Mediação de Conflitos. Atualmente é Assistente Social e Mediadora na Defensoria Pública do Estado do Ceará. E-mail: homlecia@hotmail.com

¹⁵⁶ Graduado em Direito e pós-graduado em Direito das Famílias pela Universidade Regional do Cariri (URCA). Advogado com experiência em mediação. Atualmente é discente do curso de Especialização em Educação, Pobreza e Desigualdade Social da Universidade Federal do Ceará (UFC). E-mail: lucaspintoalencar@gmail.com

¹⁵⁷ Possui graduação em Psicologia pela Universidade Estadual da Paraíba - UEPB (2007) e Especialização em Psicologia Aplicada a Educação na Universidade Regional do Cariri (URCA). Atualmente é Mestranda em Psicologia da saúde pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB). Desenvolveu atividades como Psicóloga e Mediadora de Conflitos (DEPGECE) de Juazeiro do Norte -CE. E-mail: veronicauepb@yahoo.com.br

a dezembro de 2014 pouco mais de (5.000) cinco mil processos no dito órgão, mostrando assim a necessidade do judiciário de encontrar meios adequados para tratar os conflitos.

Objetiva-se, portanto, verificar como os sujeitos são tratados durante o litígio e na mediação, em especial, nas relações intrafamiliares e em seguida investigar a eficácia da mediação como meio consensual de tratamento dos conflitos familiares e se há, entre os mediandos, descumprimentos ou reincidência dos acordos realizados, levando em consideração o fato de que as famílias são influenciadas por valores morais, religiosos, ideológicos, econômicos e que, muitas vezes, estabelecem entre si uma conduta hostil necessitando de um apoio jurídico para resolver suas controvérsias. Pretende-se aqui abordar alguns pontos: 1. A natureza das mediações apontando um possível diálogo para o melhor tratamento dos assistidos e a estatística dos números de casos que procuraram a Defensoria Pública. 2. Traçar uma breve análise acerca do conceito de família. 3. Um entendimento sucinto sobre relação de poder e conflitos estabelecidos entre o outro e/ou a família natural que provocam as causas de intervenção judicial. 4. Promover uma reflexão de que se é possível aos mediandos a pacificação dos conflitos por meio do diálogo adotando uma conduta consensual e autônoma. Por fim apresentamos os dados da pesquisa e considerações finais.

1 A NATUREZA DAS MEDIAÇÕES E O ACESSO À JUSTIÇA EM JUAZEIRO DO NORTE

A família, segundo a Constituição Federal de 1988, é a base da sociedade e está sob a proteção do Estado. Em seu artigo 226 a Carta Magna traz a nova concepção de família, ampliando os conceitos e alargando os direitos daqueles que, por ventura, tinham sido excluídos, a exemplo, da igualdade entre os sexos, das famílias monoparentais, das relações conjugais de união estável, dos direitos dos filhos havidos dentro e fora do casamento, dentre outros. Essas transformações advindas da nova estrutura societária, sem dúvida, acarretaram mudanças no comportamento das famílias e trouxe consequências que, em grande parte, clamam por uma intervenção, que se materializa, frequentemente, na figura do Juiz de Direito.

A família brasileira atualmente apresenta mudanças significativas em seus diversos âmbitos, mudanças essas, decorrentes, segundo Paulino:

[...] de sua reestruturação, na nova distribuição de papéis, na valorização da igualdade entre cônjuges, na impossibilidade de discriminação quanto aos filhos, nas novas maneiras de constituir e ser família e na valorização do afeto independentemente da existência de diversidade sexual nas relações. (2012, nota introdutória)

A problemática pede uma reflexão mais ativa ao tratamento de conflitos resultantes de relações familiares como divórcio, alimentos, guarda e de parentesco. De acordo com Paulino (2012, p.257), para se resolver essa crise, buscou-se alternativas além das decisões judiciais e uma delas é a mediação que além de ser um meio rápido e informal de acesso à justiça, apresenta-se como um mecanismo adequado para tratar os conflitos, gerando respostas consensuais, autônomas e responsáveis, produzidas pelos próprios protagonistas.

Embora existam outros meios que proponham o enfrentamento desses conflitos, estes ainda parecem ineficazes, fazendo-se necessário ampliar novas possibilidades de trato com os problemas de cunho continuado, visto que o foco destes se encontra no âmbito cultural, econômico, afetivo, gerando uma gama de reflexos que impossibilitam e/ou dificultam o acesso das pessoas ao diálogo e à justiça.

Desta forma, os dados acumulados nesta pesquisa no âmbito da Defensoria Pública Geral do Estado do Ceará (DPGE) em Juazeiro do Norte-CE demonstram que dentre as diversas naturezas das mediações, pode-se destacar as relacionadas a conflitos referentes a: divisão de bens, investigação de paternidade, regulamentação de guarda, contrato de compra e venda indenização por danos morais, direito de visitação, reconhecimento de união estável, reintegração de posse, revisional de alimentos, contratos de aluguel, cobrança de dívidas.

Na cidade de Juazeiro do Norte, Ceará, através da DPGE, constata-se um número significativo de ajuizamento de ações no que tange ao Direito de Família, outrossim, por diversas vezes, constata-se um elevado descumprimento das decisões prolatadas, o que possibilita a busca por alternativas de intervenções no que tange a esfera jurídica através de meios consensuais de resolução de conflitos.

Segundo dados da Defensoria Pública de Juazeiro do Norte de janeiro a dezembro do ano de 2014 das 260 mediações realizadas 147 lograram êxito (56,53%), 113 não lograram êxito (43,46%), e (01,15%) destas foram remarcadas e (01,15%) das mediações agendadas foram canceladas por uma das partes. Ademais, 28 mediandos, assistidos na mediação, ou seja, (9,28%) entraram com ações judiciais por descumprimento de acordos (INSTRUMENTAIS da DEFENSORIA PÚBLICA, 2014 e 2015).

No período de janeiro a agosto de 2015 foram realizadas 316 mediações das quais 122 lograram êxito (38,60%) do total, 194 dos casos não realizaram acordos que correspondem a (61,39%), 46 assistidos

entraram com ações judiciais (14,55%), 10 assistidos fizeram remarcações (3,16%) 25 dos convidados não compareceram (7,91%) e 12 dos assistidos que procuraram a Defensoria para agendar a mediação (3,79%) cancelaram as sessões mediatórias por motivos de acordo entre as próprias partes, dispensando o auxílio da instituição. (INSTRUMENTAIS da DEFENSORIA PÚBLICA, 2014 e 2015).

É na busca por formas satisfatórias de solução de conflitos de relação continuada que se enquadram nesse perfil, a nova Lei da Mediação, Lei n 13.140, de 26 de junho de 2015, aproximando a Mediação de Conflitos do Poder Judiciário, buscando a solução efetiva dos problemas, desta forma, dispõe sobre princípios: I- imparcialidade do mediador; II- isonomia entre as partes; III- oralidade; IV- informalidade; V- autonomia da vontade das partes; VI- busca do consenso; VII- confidencialidade; VIII- boa-fé.

Outra inovação trazida por esta Lei foi a cláusula compromissória de mediação nos contratos reduzidos a termo, onde ninguém é obrigado a permanecer na mediação e a sua abrangência quanto ao que poderá ser mediado, podendo versar sobre direitos disponíveis ou indisponíveis, intransigíveis, sendo estes, passíveis de oitiva do Ministério Público e homologado em juízo.

A investigação busca embasamento legal na resolução do Conselho Nacional de Justiça nº125, sendo assim, faz-se necessário o cumprimento da capacitação adequada dos profissionais da área do Direito para aprimorar a prática da mediação de conflitos, no Poder Judiciário em geral, em especial para o trabalho no âmbito da Defensoria Pública, uma vez que os assistidos não podem ficar sem atendimento e/ou à espera prolongada de seus julgamentos no judiciário.

É cediço que a nova política proposta, aos poucos, poderá romper com a cultura de julgo de um terceiro e tende a oportunizar um convívio pacífico entre as partes conflitantes uma vez que estas, voluntariamente, se propõem a discutir o conflito e a restabelecer a comunicação.

Sabendo-se que existe no Município de Juazeiro do Norte um expressivo número de pessoas ainda sem acesso à Justiça, que seus conflitos pessoais muitas vezes perpassam o âmbito judicial e que o atendimento a esse público ainda é restrito e moroso, surge o interesse em compreender o porquê de conflitos familiares terem um crescimento tão significativo e de como são tratados no meio jurídico, existindo ainda situações em que famílias nunca chegaram, sequer, a ter acesso ao Judiciário e à justiça.

A partir dos dados coletados nos instrumentais da DPGE, pretende-se trabalhar com um percentual, por amostragem, sessenta casos dos últimos anos de realizações das mediações (2014 e 2015) visto este ter tido um crescimento significativo na procura pelo serviço.

A escolha dos cadastros será realizada de forma aleatória para garantia dos objetivos propostos: a verificação de dados dos assistidos nas pré-mediações que serão posteriormente catalogados e comentados. A proposta tem como eixo central a eficácia da mediação nos conflitos familiares como um instrumento que se propõe a construção da cidadania aos assistidos pela Defensoria Pública de Juazeiro do Norte.

2 ENTENDENDO O CONCEITO DE FAMÍLIA

As mudanças ocorridas na relação homem-mulher acarretam uma fragilização de vínculos familiares e uma maior vulnerabilidade das famílias, acerca destes fatos, pode-se constatar o aumento crescente das famílias monoparental, separações, divórcios, famílias recompostas, dentre outros (MIOTO, 1997, p.120).

Na posição de Mioto (1997) estas diferentes relações estão em constante mutação uma vez que, com o passar dos tempos, a família vem enfrentando um processo de transformações, inúmeros fatores determinam essas mudanças: aspectos, econômicos, sociais, culturais, políticos, religiosos entre outros. Deste modo, a família é definida como uma estrutura social, isto é, uma construção humana que consolida e se transforma sob influência com o meio social, tornando-se possível compreendê-la a partir da pluralidade e da heterogeneidade. Ademais, a família está sempre em mutação, renovando-se, assumindo diferentes formas e estruturas em diferentes tempos históricos.

O Código Civil Brasileiro de 2002 reconhece a união entre homem e mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura com o objetivo de constituir família como estável. (BRASIL, 2002) Contudo, as pesquisas comprovam pelos diversos arranjos familiares que os laços que definiam o casamento não representam mais o modelo e não é, tampouco, meta das novas gerações, este não é mais indissolúvel, basta constatar os dados de divórcios e casamentos segundo o Instituto de Geografia e Estatística – IBGE, que aduziu que em dezembro de 2011 as taxas de divórcio no Brasil aumentaram gradativamente chegando a 351.153 no ano de 2011 com crescimento 45,6% em relação a 2010 que era de 241.122 divórcios, maior taxa desde 1984 e isto de fato interferiu no desempenho das funções familiares.

É neste contexto de constante movimento que o Direito procura acompanhar tais transformações, criando novas normas ou alterando as pré-existentes. As novas relações familiares necessitam de novos

mecanismos de composição de conflitos que incentivem a Comunicação cooperativa e a solidariedade, um espaço de responsabilização das pessoas fundamentadas no diálogo pacífico onde os laços familiares possam subsistir aos problemas.

Neste sentido, o Direito vem dando ênfase as formas consensuais de resolução de conflitos. Segundo Paulino (2012, p.162), o indivíduo ao procurar uma negociação transformadora das diferenças, facilita uma considerável melhoria na qualidade de vida. Já para Sales e Vasconcelos (2006, p.124): "a mediação familiar, destina-se a tratar questões familiares sendo utilizada nos mais variados conflitos [...] este instrumento proporciona aos indivíduos a oportunidade de comunicação destinada a esclarecer mal-entendidos evitando rupturas desnecessárias".

A mediação surge como espaço democrático de decisão e de empoderamento do indivíduo, assim uma mudança de padrões, tanto nas famílias, quanto na justiça, substituindo a cultura paternalista e do litígio por uma cultura do exercício da cidadania à medida que suas práticas sociais auxiliam na reeducação das pessoas, produzindo diferenças nas tomadas de decisões. A mediação é, portanto, porta voz de um novo paradigma vindo a contribuir para a formação e prática dos operadores do Direito ultrapassando a cultura litigante.

É sabido que estas mudanças nos conceitos venham sinalizar uma transformação na Política Nacional no modo de ver e tratar os conflitos, mas leva tempo e disposição daqueles empenhados em promover essa mudança. A atividade judicial estatal passará também pelo olhar dos protagonistas dos processos, pessoas com rostos e histórias de vida.

3 DESMISTIFICANDO AS RELAÇÕES DE PODER QUE CULPABILIZAM O OUTRO: ENTENDENDO O CONFLITO.

A principal forma de relação que se estabelece com o outro é a dominação. Esteja ele perto ou longe, o desejo é de mantê-lo sob o olhar, bem controlado, para que não cause problemas, pois não suporta alguém dizendo algo completamente diferente daquilo que quer ouvir. (SILVA,2006, p.17).

É justamente neste contraponto que se encadeiam e se constata os conflitos inerentes à vida, os interesses, e as necessidades, verdadeiros motivadores da existência conflitante, pois todo relacionamento contém implícito um contrato baseado em expectativas, sejam elas de trabalho, união, filiação ou casual, basta que indivíduos se juntem em dois ou mais. (SAMPAIO,2014, p.28).

Na família é natural que estes conflitos sejam mais complexos, pois são decorrentes de relações afetivas e contratos psicológicos, há uma cobrança maior de fidelidade, respeito, compreensão atenção cuidado. (SAMPAIO; NETO, 2014, p.30).

Para Sampaio e Neto a violação nos contextos psicológicos é mais comum, pois as mudanças, expectativas e interesses das pessoas e das organizações mudam com o tempo, embora esse tipo de contrato não seja explícito é um vetor de influência comportamental das pessoas, latente ou manifesto de imediato num curso natural, o diálogo é interrompido.

Bem como disse Rodrigues (1995, p.26), tenta-se continuamente mudar o comportamento do outrem ou sendo alvo da tentativa do outrem de mudar o comportamento. Para ser vitorioso vale de tudo: da influência social, política transformando em favor de poder, recompensa, coerção, precisamente o que importa é dominar, porque o outro nos perturba com seu jeito de ser, com sua individualidade e singularidade.

Quando não dá para estabelecer uma dominação, resta-nos algo mais trágico, mais cruel, o poder físico que se impõe pela força, poder econômico, muitas vezes indiretamente o exercício do capital, o poder da informação, por sua capacidade de criar novos conceitos, estabelecer referências e por último o poder da ordem emocional, mais difícil de detectar e enfrentar por sua característica subjetiva.

O conflito para Sampaio e Neto (2014, p.34) não surge do inesperado na vida dos indivíduos ele cumpre um ciclo vital, encontra-se manifesto acarreta determinado desconforto a manifestação de vontade se contrapõe a outra vontade, há uma ruptura do equilíbrio uma parte procura provocar mudança a seu favor em detrimento de outra. De forma simples pode-se definir o conflito como:

[...] Conjunto de propostas, métodos ou condutas divergentes, que acabam por acarretar um choque de posições antagônicas em um momento de divergências entre as pessoas, sejam físicas ou jurídicas. O choque é fruto de conscientização de que a situação vivenciada pela pessoa a deixa desconfortável e a faz solicitar a outra a possibilidade de mudança (SAMPAIO; NETO, 2014, p.35).

Assim, para os autores acima, situações como quebra de laços familiares, de estrutura social, privação de necessidades básicas, obstáculos a realização pessoal, separação, perda de emprego, dificuldades na equipe de trabalho são algumas das ameaças decorrentes da interação social, posições e interesses são, portanto, centrais no tratamento que o processo de mediação dará ao conflito.

Portanto, conflito é dissenso. Decorrem de expectativas, valores e interesses contrariados. Quando compreende-se a inevitabilidade do conflito se é capaz de desenvolver soluções autocompositivas (VASCONCELOS, 2013, p.22). Ainda sob a ótica deste mesmo autor:

[...] a paz é um bem precariamente conquistado por pessoas ou sociedade que aprendem a lidar com o conflito, este por sua vez, quando bem conduzido, evita a violência e pode resultar em mudanças positivas novas oportunidades de ganhos mútuos. (VASCONCELOS, 2013, p.24).

Assim, o processo judicial de fato, produz com frequência menos do que poderia. Em parte, porque se direciona, sob seu escopo social, a pacificação, fazendo uso, na maioria das vezes, de mecanismos destrutivos de resolução de disputas "defeitos processuais". Diante disto, Azevedo (2013, p.46) afirma que há necessidade de novos modelos que permitam que as partes possam, por intermédio de um procedimento participativo, resolver suas disputas construtivamente ao fortalecer relações sociais, identificarem interesses subjacentes ao conflito promover relacionamentos cooperativos, explorar estratégias que venham a prevenir ou resolver futuras controvérsias e educar as partes para uma melhor compreensão recíproca.

Ainda sob a ótica de Azevedo, em grande parte, o ordenamento jurídico processual que se dirige predominantemente a pacificação social organiza-se em torno de processos destrutivos, contudo, no cotidiano acabam se mostrando ineficientes na medida em que enfraquecem os relacionamentos sociais entre as partes conflitantes. Para tal, o conflito não pode ser resolvido por abstrata aplicação técnica de subsunção. Ao examinar quais fatos encontram-se presentes para em seguida indicar o direito aplicável a espécie (subsunção) o operador do direito não pode mais deixar de fora o componente fundamental do conflito e a sua resolução: o ser humano. (AZEVEDO, 2013, p.46).

4 PACIFICAÇÃO SOCIAL É POSSÍVEL?

O Brasil vive uma insegurança devido às inúmeras mudanças ocorridas no seio da sociedade, milhões de jovens e suas famílias carentes da figura paterna, de educação, de saúde e de sustentabilidade econômica, são induzidos ao uso da força e a prática do ilícito.

Em meio a essas mudanças os cidadãos não mais se sentem ocupando um lugar seguro, a desigualdade de oportunidades assume feições dramáticas, trágicas, insustentáveis. (VASCONCELOS, 2014, p.32).

Desta forma, a cidadania vai se universalizando e passa a ostentar uma consciência mais clara do seu direito a uma vida digna com aspiração de acesso a liberdade, igualdade de oportunidades de conhecimento ao controle dos bens. Essa diversidade demanda novas formas comunicativas, pois a esta pluralidade dos convívios, requer-se novas habilidades e esforços para compreender e comprometer-se com a diferença.

Sales e Chaves (2014, p.395), salientam ser necessário a implantação de mecanismos de tratamento adequado dos conflitos que possibilitem à satisfação de interesses diversos e que permitam a contextualização, caso a caso, com o objetivo de preservar a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a fraternidade e de promover a pacificação social.

É neste contexto que a mediação aponta como método dialogal auto-compositivo, uma metodologia interdisciplinar de conhecimentos extraídos da psicologia, sociologia, antropologia, do direito e da teoria dos sistemas.

Para Sales e Vasconcelos (2013, p.75), é na mediação que o problema é observado de perto, na sua real dimensão, levando em consideração todas as circunstâncias que o cercam para que, através da focalização do problema, se possa obter uma solução adequada.

Foi preciso buscar alternativas para as crises na família e da jurisdição, tratar de forma adequada e humana os conflitos de ordem social, escolares, trabalhistas, empresariais, familiares. Em contrapartida Paulino (2012, p.27), defende que o diferencial deste método está justamente em como ele é tratado, o que poderá gerar resultados construtivos ou destrutivos, a mediação poderá ser uma alternativa vantajosa, mais próxima e menos dolorosa [...], pois pretende desconstruir impasses que impedem a comunicação, transformando um contexto de confronto em um contexto colaborativo.

Um acordo sensato pode ser definido como aquele que atende aos interesses de cada uma das partes na medida do possível, resolve imparcialmente os interesses conflitantes, é duradouro e leva em conta os interesses da comunidade. (FISHER, URY, 2012, p.22)

Há de ressaltar que quando os acordos são validados ou reduzidos a termo e assinado por duas testemunhas ou homologados judicialmente o seu cumprimento torna-se obrigatório, pois é um título executivo extrajudicial nos termos do artigo 585, inciso II, do Código de Processo Civil-CPC, sem, no entanto, deixar de ser respeitada a autonomia das partes, seu livre cumprimento ou não. Nem todo procedimento finaliza em acordo, se a mediação restabeleceu a comunicação ela foi exitosa.

O fato, segundo enfatiza Paulino (2012, p.56), é que o cidadão não é educado para a lógica do diálogo, mas da imposição [...] enquanto não internalizar-se uma cultura da pacificação e do diálogo, não seremos adultos capazes de fazer a gestão autônoma de seus conflitos, uma cultura de paz só é possível a partir da construção de uma mudança de nossa realidade, enquanto isso se centraliza a figura do juiz.

Em frente a essa problemática, cresce o número de processos nos tribunais, a longevidade das causas, o desaparecimento de provas, o retardo de reparação de danos, o alto custo processual para o sistema e os litigantes, causando assim uma descrença e desincentivo a justiça. Paulino ainda aponta e critica a morosidade e o excesso de formalidade processual. (PAULINO, 2012, p.57).

O formalismo excessivo põe em risco a existência do direito material e impede o acesso à justiça, conseqüentemente, nada significam as garantias e os direitos dos cidadãos se não se fizerem efetivas. (PAULINO, 2012, p.62).

A partir da abertura do acesso à justiça de forma voluntária, iniciado a proposta com o advento da Constituição Federal de 1988 e concretizado com a Resolução N° 125 do CNJ-Conselho Nacional de Justiça, preconiza-se a oportunidade de não somente a intervenção do poder Judiciário, e sim para a nova tomada de atitude dos operadores do Direito mais preocupados com o tratamento humanizado dos conflitos.

Enquanto no poder Judiciário, pela via do processo, a solução dos conflitos é imposta pelo juiz, a mediação busca a resolução pacífica das disputas, surge como alternativa, ferramenta de pacificação. Desde 2011 os procedimentos de resolução extrajudicial de litígios de direitos disponíveis passaram a vigorar no Brasil nos casos de: família, sucessões, direitos reais, distância de construções, usufruto e servidões de passagens, locações, ressarcimento de danos decorrentes de responsabilidades médica e difamações com meios impressos ou publicidade e contratos bancários, outrossim, a partir de 2012, tornou-se obrigatória nas disputas relativas a condomínio e reparação de danos causados por veículos e barcos. (PAULINO, 2012, p.149).

Segundo Paulino, (2012, p.153): "a mediação preconiza o potencial de transformação das pessoas [...] o procedimento não está sujeito às regras processuais, nem às do direito substantivo, nem aos princípios que dominam a controvérsia judicial; a autoridade final corresponde aos próprios participantes".

De acordo com a atual visão serão apresentados dados da pesquisa demonstrando a visão dos usuários para as novas saídas do conflito, o processo segue uma regra cronológica não rígida e as fases contemplam os seguintes elementos: identificação, coleta de informações dos dados, catalogação, quantificação e análise dos dados.

4.1 Análise Interpretativa da Realidade Estudada - Conhecendo o Perfil dos Assistidos da Defensoria Pública de Juazeiro do Norte-CE

Os mediandos da DPGE - Casa de Mediação foram representados neste estudo por uma amostragem correspondente a 60 sujeitos: 10% do universo de 600 assistidos nas mediações entre os anos de 2014 e 2015.

Assistematização ora apresentada decorre de dados quantitativos. A primeira parte trata-se da identificação dos sujeitos: sexo, faixa etária, estado civil, número de filhos, local de moradia, escolaridade, etnia, profissão, renda. A segunda parte, retrata a natureza do conflito e a escolha pelo método extrajudicial de resolução conflituosa a "mediação".

Neste breve perfil percebe-se as condições socioeconômicas das famílias, sua formação e empregabilidade que necessitam ser levadas em consideração para a construção de uma política pública que não apenas traga poucos recursos, mas oportunidades de autonomia econômica a todos.

De acordo com os dados levantados, a maioria dos mediandos que buscam o auxílio da Defensoria pública são do sexo feminino que conta com 24%, o que indica que ainda hoje os arranjos familiares impõem à mulher a obrigação de "salvar" as relações, destaca-se a divisão sexual de papéis na sociedade. Os homens perfilam a metade, 12% dos que procuraram a mediação para resolução de conflitos.

Os dados colhidos aduzem que há uma maior concentração de pessoas jovens entre 26 e 36 anos (14,4%), seguida de adolescentes 15 a 26 anos perfazendo 9% do total que buscam a Defensoria para solucionar as suas lides.

O estado civil em destaque é a condição de solteiro, 20,4%, os casados representam 13,2% e outras formas de convivência chegam a 1,8% e 0,6% respectivamente. O ser solteiro e constituir uma família com filhos indica uma mudança de padrões na sociedade contemporânea, tendo em vista que basta, para tanto, a intenção de estar casado para a garantia de direitos da filiação, da obrigação de prestar alimentos, do bem de família, da união estável, Código Civil Brasileiro, 2002.

No que tange ao número de filhos, todas as famílias têm filhos, 16,2%, com predominância de 1 a 2 filhos, o que vem comprovar uma redução significativa no número de filhos na família brasileira, o que pode resultar de uma dificuldade econômica, ausência do companheiro para compartilhar as atribuições e responsabilidades bem como a necessidade de inserção da mulher no mercado de trabalho e ainda o acesso a métodos contraceptivos.

Quanto à localização geográfica dos mediandos dentro do espaço do município de Juazeiro do Norte, o bairro Triângulo aparece em primeiro lugar com 4,2% da procura dos serviços de mediação, em segundo, o bairro Tiradentes com 3,6% da demanda e, em terceiro o bairro Frei Damião com 3%. Insta salientar que geograficamente os bairros: Triângulo e Frei Damião são fronteiriços ao Jardim Gonzaga, bairro de localização da Defensoria Pública e Casa de Mediação.

As pessoas aqui representadas têm baixa escolaridade 10,2%, não concluíram o ensino fundamental sequer, ou seja, os 10 primeiros anos de vida escolar, seguido de 9% que não concluíram o ensino médio e somente 1,8% cursou o ensino superior. Salienta-se ainda a falta de incentivo escolar nas primeiras séries, pois, em sua maioria os mediandos são filhos e netos de pessoas que também não tiveram oportunidades de frequentar a escola, ademais, muito cedo constituíram famílias e/ou tiveram de trabalhar para ajudar na manutenção da casa.

Um expressivo número de pessoas se declararam pardas, 13,2%, seguido de pessoas brancas 9% e 7,8% se declaram morenas, apenas 3% se reconhecem como pessoa negra, o que demonstra ainda resquícios, marcas e emblemas produzidos pela sociedade excludente das minorias étnicas para o não cumprimento de direitos, cidadania e oportunidades igualitárias.

Quanto à remuneração são baixíssimos os salários do público que busca os serviços da Casa de Mediação. Apenas 14,4% ganham até 1 salário mínimo e 6,6% são beneficiários do Programa Bolsa Família e 4,2% tem renda mensal de menos de um salário mínimo. O que vem apresentar nas famílias no âmbito econômico altas taxas de vulnerabilidade com poucos recursos e ou quase nenhuma especialização profissional.

As informações apresentadas suscitam a oportunidade de avaliar o trabalho realizado nas salas de mediação. É sabido que este modelo de resolução de conflitos ainda é novo, pouco disseminado e que a população ainda não se adaptou a esta forma de trabalho pelo Judiciário. Aqui foram assinaladas apenas as linhas gerais de maior procura pela Casa de Mediação. Os dados levantados revelaram as expressões repetidas de natureza da ação: Alimentos 11,4%, Guarda 5,4%, Guarda com Alimentos 4,8%, Visitas com Alimentos 2,4%, e o retorno dos indivíduos inaptos a dar continuidade a resolução de seus problemas, projetos de vida e a protagonizar sua historicidade, deixando em evidência que necessitam de um terceiro para ajudá-los.

Segundo foi observado, qualquer mudança poderá levar a um conflito, embora o número de mediações exitosas perpassasse os 25,8% do total o processo de mediação não supre as demais nuances apresentadas na pesquisa como: informalidade dos relacionamentos e de emprego, baixa escolaridade, condições de moradia e renda, fatores que contribuem para o desenrolar de processos judiciais em 6% do total levantado. Ao mesmo tempo, deixa-nos pensar que este retorno a Defensoria Pública, caracteriza-se a segurança do assistido quanto a representatividade da Instituição para um serviço de natureza pública na esfera judiciária, como pacificadora de conflitos e de novas demandas judiciais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se ainda que a procura por medida judicial gera nas pessoas fantasias, positivas e negativas, criando medos, inseguranças, depressões, desajustes, carência familiar e baixa autoestima.

Para entender as reais condições dos assistidos seria necessário, segundo Faveiro, Ribeiro e Tolosa (2011, p.221) um estudo das possibilidades de transformação das formas de relação individual e social: o trabalho como fonte de criação e de liberdade.

Tendo em vista os objetivos propostos pelo estudo, alguns dos resultados, mesmo parciais, apresentam um fortalecimento do processo de mediação contribuindo para o acesso à justiça apontando inúmeras outras possibilidades e ações além dos acordos realizados. Desta forma, ousamos propor algumas melhorias no processo de mediação a serem apontadas a partir desse trabalho dentro da esfera Judicial, com destaque para: a abertura de núcleos de mediação nas comunidades; divulgação dos serviços da Casa de Mediação; capacitação continuada; novas capacitações para mediadores comunitários e desenvolver parcerias com empresas para capacitação de mão de obra qualificada a partir de cadastro dos assistidos.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988, Ed. 2002.

CHAVES, Emmanuela Carvalho Cipriano, SALES, Lilia Maia de Moraes. Conflito, Poder Judiciário e os Equivalentes jurisdicionais: Mediação e Conciliação. Fortaleza-Ceará, Revista da AJURIS-v.41-n.134. Junho, 2014.

FISHER, Roger, URY William PATTON Bruce. Como Chegar ao Sim: Negociações de Acordos sem Concessões. Trad. RIBEIRO Vera, BORGES Ana Luíza. 2ª Ed. revisada e ampliada- RJ: Imago, 2005.

FAVERO, Eunice Terezinha, MELAO, Magda Jorge Ribeiro, JORGE, Maria Rachel Tolosa. (org). O Serviço Social e a Psicologia no Judiciário. Construindo Saberes, Conquistando Direitos. São Paulo: Cortez Editora, 4ª Ed. 2007.

Instituto de Geografia e Estatística – IBGE, dezembro de 2011.

MORAES, de Lília Maia Sales, VASCONCELOS, Mônica Carvalho. Mediação Familiar: um Estudo Histórico-Social das relações de conflitos nas famílias contemporâneas. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora Ltda, 2006.

MIOTO, Regina Célia Tomaso. Família e Serviço Social. Contribuições para o debate. In Revista Serviço Social e Sociedade. São Paulo: Cortez Editora, Ano XVIII, Nº55, Nov\fev. 1997.

ROSA, Conrado Paulino da. Desatando nós e criando laços: os novos desafios da mediação familiar. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SILVA, Antônio Luiz da. Pluralidade e Diversidade: Uma Argumentação Teórica em torno do Problema das Diferenças Humanas na Sociedade e na Escola. KURIUS. Iguatu, Ceará, 2006.

PROJETO DE LEI DE MEDIAÇÃO s/n. de 2003. Artigo 331 e parágrafos do Código de Processo Civil Lei nº. 5869 de 11 de janeiro de 1973.

Resolução Nº 125 Conselho Nacional de Justiça 29/11/2010 CNJ - justiça aberta, serviços públicos. Disponível em: www.cnj.br/corregedoria/justica_aberta/biblioteca/mpdf/includes/out.pdf. Data do acesso: 02/02/2015.//

CENTROS DE MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA DO NUPEMEC-TJ DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO: INSTRUMENTO DE CONSTRUÇÃO PARA UMA CULTURA DE PAZ

COMMUNITY CENTRES MEDIATION OF NUPEMEC - TJ RIO DE JANEIRO STATE: CONSTRUCTION FACILITY FOR A CULTURE OF PEACE

João Delfim de Aguiar Nadaes¹⁵⁸

Cássia da Silva Souza¹⁵⁹

RESUMO: A presente pesquisa traz reflexões quanto aos estudos abordados sobre a Cultura de Paz, a qual não se valoriza a igualdade de todos, mas, ao contrário, o direito de todas as diferenças. O novo milênio surge como proposta de valorizar a pluralidade, o coletivo e as diferenças. Não se deseja mais a exclusão e sim a inclusão. Não se valoriza mais a violência e a competição e, sim, a pacificação e a cooperação. Sai o indivíduo para retornar o coletivo, sai do palco o binômio vencedor-vencido para fazer surgir o ganha-ganha, onde não só todos possuem os mesmos direitos como podem ganhar mais se colaborarem juntos. Definido o contexto da sociedade em si, mediante seus conflitos, um dos instrumentos que seja capaz de promover a Cultura de Paz, seria a mediação comunitária. Assim, foi realizado uma abordagem de explanação sobre mediação, experiências exitosas na mediação comunitária e a relação existente entre a Mediação e a Cultura de Paz. O trabalho tem como objetivo ressaltar a implantação dos Centros Municipais de Mediação Comunitária, através do TJ do Rio de Janeiro, sendo realizado pelo Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec). A metodologia na pesquisa é bibliográfica e documental.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação Comunitária.Cultura de Paz.Nupemec.

ABSTRACT: This research brings reflections about the discussed studies on the Culture of Peace, which does not value the equality of all, but, on the contrary, the right of all differences. The new millennium appears as proposed value plurality, the collective and the differences. No more want to exclusion, but inclusion. Not values the violence and competition and, yes, peace and cooperation. Leaves the individual to return to the team, leaves the stage the winner-loser binomial to bring up the win-win, where not only all have the same rights as you can earn more if they collaborate together. Set the context society itself by its conflicts, one of the tools to be able to promote the culture of peace, would be the Community mediation. It was carried out an explanation of mediation approach, successful experiences in community mediation and the relationship between mediation and the Culture of Peace. The work aims to highlight the implementation of the Municipal Centers of Community Mediation, through the Rio TJ January, being held by the Permanent Center for consensual Dispute Resolution Methods (Nupemec). The methodology in this research is literature and documents.

KEYWORDS: Community Mediation.Culture of Peace.Nupemec.

1 INTRODUÇÃO

A Mediação é de conflitos e conflitos fazem parte da vida humana, ou seja, conflitos são demasiadamente humanos e, portanto, a mediação também faz parte da vida cotidiana do seres humanos. Assim, o conceito de mediação utilizado não deve visar ao acordo e, sim, a transformação das relações sociais. Caso ocorra entendimento, este deve ser uma consequência desta transformação.

Em sob uma perspectiva humana a Mediação deve ser entendida como uma experiência transformadora e constitutiva dos sujeitos, permitindo o surgimento de uma nova subjetividade, sem, contudo, se perder diante da necessidade objetiva das normas inseridas em qualquer forma de ordenamento. Embora, exista o assujeitamento, estruturado sob o domínio do binômio saber-poder, há também a resistência concebida pela possibilidade dos sujeitos transformarem-se, fugindo das regras preestabelecidas e impostas pelo saber dominante.

Pretende-se, assim, a partir da experiência da prática da Mediação, atuar em dois eixos: um eixo relacionado à aplicação de uma regra para resolução do conflito, e outro sustentado no exercício da liberdade como forma de resistência aos processos saber-poder, pela invenção de novos modos de subjetivação.

Pode-se prevenir novos conflitos, tendo em vista que a solução definida pelos sujeitos envolvidos será legítima, dotada de autonomia e responsabilização mútua. Assim, a Mediação Comunitária pode representar uma forma de transformação do sujeito, promovendo a Cultura de Paz.

¹⁵⁸ Psicólogo. Mestre em Mediação de La Maestria Latino Americana Europea em Mediación e Negociación em La Ciudad de Buenos Aires Institut Universitarie Kurt Bosh (Suiza) y La Asociación Civil Programa de Estudios Postgrado (Argentina). Título de Mediador Sênior pelo TJ-RJ. Coordenador Adjunto do Programa Mediação do NUPEMEC do TJ-RJ. Mediador no Centro de Mediação do Fórum de Jacarepaguá e da Barra da Tijuca do TJ-RJ desde 2009. E-mail: jdnadaes@gmail.com

¹⁵⁹ Advogada e Pedagoga. Mediadora Judicial do NUPEMEC TJ-RJ e Coordenadora Adjunta do Projeto de Mediação Comunitária do NUPEMEC TJ-RJ. E-mail: cassia-souza@uol.com

2. A MEDIAÇÃO COMO UM INSTRUMENTO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E DE CONSTRUÇÃO DE UMA CULTURA DE PAZ

Apesar do uso da Mediação ser milenar¹⁶⁰, havendo registros de sua utilização em sociedades primitivas, é no século XX¹⁶¹ que ganhará estatuto de Técnica alcançando reconhecimento internacional. Utilizada para questões comerciais e empresariais, a Mediação estrutura-se como processo, utilizando-se das técnicas da Escola de Harvard nos Estados Unidos das Américas. Assim,

Como resultado de sua ação colonizadora, os ingleses receberam dos povos asiáticos, do povo judeu e dos mórmons o conhecimento dos sistemas negociais que contribuíram para que se implantasse no Século XIX a figura do mediador trabalhista. A mesma influência levou o governo dos Estados Unidos da América do Norte a implementar, em 1947, a lei que criou o federal Bureau of Mediators corpo de mediadores capacitados para atuar nos conflitos trabalhistas. (VEZZULLA, 2006, p. 81).

E que,

A situação insustentável da guerra fria nos anos cinquenta e sessenta levou os grupos de investigação das universidades norte-americanas a aprofundar os métodos ou sistemas negociais que pudessem dar conta da tensa relação entre os Estados Unidos e a União Soviética. Como resultado desta investigação conseguiu-se, em Harvard, o desenvolvimento de procedimentos e de técnicas destinados a superar os impasses nas negociações, (...). (VEZZULLA, 2006, p. 82).

De acordo com Sampaio e Braga (2007, p. 8),

Embora remontem a tempos antigos, após muitos estudos e pesquisas, que resultaram em uma nova formação teórico-prática foram adaptados à realidade das últimas décadas do Séc. XX e ainda hoje continuam sendo constantemente aperfeiçoados.

Devido ao seu êxito, passa também a ser aplicada em vários contextos capazes de produzirem conflitos, viabilizando negociações internacionais, comerciais, trabalhistas, comunitárias, de meio ambiente, de saúde, penais e familiares. Dessa forma:

Na vigência de transformações paradigmáticas, esta virada de milênio nos proporciona assistir à desatualização permanente de idéias, propostas e produtos que nascem com uma curta vida média, consequência natural da velocidade das mudanças características da atualidade (...) certeza, causa e efeito, centralização, modelo correto, solução única, e explicação acertada regravam as concepções preconizadas pela modernidade. Época fértil na produção de modelo-padrão nos mais distintos campos – na educação, nas finanças, na administração empresarial ou governamental – a modernidade propiciaria que se alcançasse linearmente cada uma daquelas concepções. (ALMEIDA, 2008, p.8).

A Mediação faz parte de uma técnica de Resolução Adequada de Conflitos¹⁶², que visa estabelecer ou re-estabelecer o diálogo entre duas ou mais pessoas interessadas, para que juntas, encontrem a melhor solução que seja boa para todos.

Na técnica da mediação é indispensável a escolha voluntária das pessoas envolvidas na disputa ou litígio, por este processo e a não interferência por parte do mediador nas opções da forma de resolução do conflito escolhida. Para Sales (2004, p. 3), o processo de mediação possui grande complexidade sendo difícil a definição de seus principais objetivos. Todavia diz que:

Mediação procede do latim *Mediare*, que significa mediar, dividir ao meio ou intervir. Estes termos expressam o entendimento do vocábulo Mediação, que revela um procedimento pacífico de solução de conflito. A mediação apresenta-se como uma forma amigável e colaborativa de solução das controvérsias que busca a melhor solução pelas próprias partes. É um procedimento em que e através do qual uma terceira pessoa age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma disputa evitando antagonismos, porém sem prescrever a solução. As partes são as responsáveis pela decisão que atribuirá fim ao conflito. A Mediação, quando oferece liberdade às partes de solucionar seus conflitos, agindo como meio facilitador para tal, passa não somente a ajudar na solução de conflito, como também a preveni-los.

160 A Mediação chegou aos Estados Unidos com a vinda dos primeiros imigrantes (judeus, na costa leste; e chineses, na costa oeste). Percebe-se, assim, que a mediação é tão antiga quanto a própria existência dos grupos sociais. Na China de Confúcio, a justiça era administrada segundo o li, que significava um ideal de comportamento entre todos os homens. Contudo, se tal regra fosse quebrada, evitava-se o processo por entenderem ser desonroso. Sendo assim, recorria-se ao compromisso da mediação. Pode-se enxergar o uso da mediação na China desde tal época até os dias atuais. (RODRIGUES JÚNIOR, 2003, p. 297).

161 Na segunda metade do século passado, os Estados Unidos, vislumbrando a possibilidade de diminuir a grande quantidade de processos que abarrotavam o Poder Judiciário, em virtude das demandas originadas no período pós-guerra, criaram um modelo de meios alternativos de solução de conflitos. Deste modelo originou a sigla ADR (Alternative Dispute Resolution), hoje internacionalmente conhecida, para identificar os meios alternativos de solução de conflitos. Nas últimas três décadas a mediação passou a ser sistematicamente estudada nos Estados Unidos. Nos mesmos moldes, a mediação chegou ao Canadá e, em função de um grupo de pesquisadores franceses, ingressa finalmente no território europeu. A partir do século XX passou a ser “amplamente utilizada em vários países, como França, Inglaterra, Irlanda, Japão, Noruega, Espanha, Bélgica, Alemanha, dentre outros”. (RODRIGUES JUNIOR, 2003, p. 298).

162 Acredita-se que chamar a Mediação de Método Adequado de Resolução de Conflitos não é o melhor por isso preferimos que continue sendo alternativo em relação à Sociedade de Controle.

E que:

Através da atividade da mediação, podem ser percebidos mais evidentemente quatro objetivos: solução dos problemas (pela visão positiva dos conflitos e da participação ativa das partes via diálogo, configurando a responsabilidade pela solução), prevenção de conflitos, inclusão social (conscientização de direitos e acesso à justiça) e paz social. (SALES, 2004, p. 27).

A Mediação, é um método de facilitação de diálogo na busca de uma solução de benefício mútuo. Na mediação, as pessoas participam diretamente e ativamente do processo e do resultado da disputa tendo de ser este satisfatório para todos os envolvidos. (...) a mediação se trata de um mecanismo contratual a los seres humanos que muchas veces recurrimos a um tercero para que nos ayude a resolver um problema. (GOBBI, 2006, p. 41). Segundo Warat (2006, p. 75), diz que,

A mediação como terapia do reencontro amoroso, parte da idéia de que os processos de amor e de desamor se encontram na vida de toda pessoa; que os vínculos afetivos formam parte de sua socialização e contribuem para o seu bem estar, ou sua infelicidade no dia a dia, sendo um componente estrutural no desenrolar dos conflitos e na possibilidade de estabelecer com o outro uma diferença neles.

Por visar uma solução de benefício mutuo é adequada, especialmente, para relações de continuidade em que as pessoas envolvidas continuarão convivendo ou negociando e que, por isso, possuem o interesse em manter um bom relacionamento.

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

Assim, a mediação não deve visar ao acordo e, sim, a transformação das relações sociais. Caso ocorra entendimento este deve ser uma consequência desta transformação. Ainda, segundo Vasconcelos (2012), há vários modelos ou estilo de mediação, tais como a mediação facilitativa ou tradicional de Harvard, a mediação avaliativa (ou conciliação), a mediação transformativa e a mediação circular narrativa (ou narrativa).

As duas primeiras mais voltadas ao acordo, enquanto as duas últimas, mais voltadas à transformação das relações pessoais. De acordo com Folger (2008, p. 21), afirma que, "el proceso de mediación contiene un potencial específico de transformación de las personas". A Mediação, também visa a inclusão e a Paz social.

"A mediação existe para resolver conflitos e preveni-los, incluindo os indivíduos na participação política do Estado, possibilitando o alcance da paz social" (SALES, 2004, p. 33). Pode-se, assim, considerar a Mediação como um meio ou instrumento de construção de uma Cultura de Paz.

Grosman e Mandelbaun (2011), relembra e ratifica que a Mediação foi escolhida pela UNESCO e declarada pela Organização das Nações Unidas (ONU), como um dos instrumentos para a construção de uma Cultura de Paz.

Assim, demonstra-se como a mediação, por meio da resignificação do conflito, contribui para a cultura de paz e da inclusão social. Quando fala-se em cultura, referi-se a crenças, comportamentos, valores e regras morais que permeiam a sociedade. A paz deve ser expressão de uma cultura que busca caminho para a superação de conflitos de forma não violenta, por meio do diálogo e da transformação de comportamentos.

As Nações Unidas declararam 2000 como o Ano Internacional pela Cultura da Paz (A/RES/52/15: 1997) e o período 2001-2010 a Década Internacional pela Cultura de Paz e Não Violência para as crianças do Mundo (A/RES/53/25: 1998). Essas iniciativas foram aprovadas pela 107ª Sessão Plenária de 1999, da "Declaração e Programa de Ação sobre uma Cultura de Paz" (A/RES/53/243), na qual acolhe a mediação como parte integrante do programa de ação para a implantação global de uma mentalidade, reconhecendo que a paz não é simplesmente a ausência de conflitos, mas é um processo positivo, dinâmico e participativo, que favorece o diálogo e a regulação dos conflitos num espírito de compreensão e de cooperação mútuas. (GROSMAN e MANDEIBAUM, 2011, p. 81).

Além da Mediação, outros métodos têm sido desenvolvidos a fim de se adequar aos mais diversos tipos de solução de disputas como: ouvidoria, arbitragem, conciliação, facilitação de diálogos, processos circulares e várias formas de construção de consenso, são alguns exemplos. Neste sentido, o desafio trazido pelas inevitáveis disputas geradas neste novo cenário globalizado tem sido adequadamente endereçado pela criação, desenvolvimento e institucionalização de maneiras mais adequadas de solução de conflitos.

Dentro deste ambiente, Mediação e Facilitação de Diálogo são ferramentas cada vez mais indispensáveis à construção de uma Cultura de Paz. Em todo o processo de Mediação se utiliza a Facilitação

de Diálogos, no entanto, podemos utilizar a Facilitação de Diálogos, sem o rito do processo da mediação, ou seja, em outros meios ou situações como nas construções de consenso.

La técnica utilizada nesta ocasião es la facilitación; esta técnica permite que um "tercero neutral" sirva de "ayuda (para) organizar um processo decisório conjunto y participativo desde outra estructura, más flexible y cocreativa". Como dizem los autores, se trata de estructurar procesos de planificación cooperativa para construir consensos em la prevención de conflictos. (ABREVAYA y BAZ, 2005, p. 10).

Semelhante ao fim da escravidão racial no regime de Soberania temos agora o término dos confinamentos com a mudança do regime Disciplinar para o de Controle. Ambos os casos representam, por um lado, uma conquista indiscutível, vital e necessária para a dignidade da vida humana. No entanto, nos dois casos, a sua obtenção se faz de forma tardia, pois apesar da liberdade continuar sendo fundamental, ela agora faz parte de um novo meio de subjugação. Agora não é mais pela força física e sim pela "livre escolha interativa" de cada indivíduo no "você decide!". Para Vezzulla (2006, p. 82) diz que,

A grande transformação do mundo ocidental a partir da Revolução Industrial trouxe a aparição de conflitos que exigiam novas abordagens. Se até este momento a imposição das decisões governamentais e a ordem social conseguiam-se pela ação repressiva, a nova configuração social e a reivindicação dos direitos tornaram necessária a introdução da negociação para evitar enfrentamentos de conseqüências imprevisíveis.

Sem um controle externo e sem o confinamento, o sistema capitalista deixa de estimular o individualismo e a competitividade e passa a incentivar o desenvolvimento do pensamento coletivo e das habilidades colaborativas como a hospitalidade, o diálogo, a co-liderança, o conflito de enfrentamento positivo, visões compartilhadas, tempo de operação síncrona e assíncrona e o estabelecimento, sobretudo de acordos para implantação e manutenção desta nova ordem global. Desta forma, muda-se as regras para a manutenção e aprimoramento de um mesmo jogo.

(...) não se deve perguntar qual é o regime mais duro, ou o mais tolerável, pois é em cada um deles que se enfrentam as liberações e sujeições. Por exemplo, no caso do hospital, como meio de confinamento, a setorização, os hospitais-dia, o atendimento a domicílio, puderam marcar de início novas liberdades, mas também passaram a integrar mecanismos de controle que rivalizam com os mais duros confinamentos. Não cabe temer ou esperar mas buscar novas armas. (DELLEUZE, 1992, p. 220).

Acredita-se que a Mediação de Conflitos e a Facilitação de Diálogos, através da implantação dos Centros Municipais de Mediação Comunitária possam representar esta busca, se tornando um instrumento de transformação na construção de uma Cultura de Paz. A Cultura de Paz, proposta pela UNESCO, precisa ser vista como um processo dinâmico resultado de ações humana e não como normas regras subjetivação. Portanto, uma Cultura de Paz deve ser uma Cultura Solidária construída como um projeto solidário.

A Cultura Solidária, segundo Oliveira pode ser definida concomitantemente como um projeto e um processo, que indicam uma prática política de transformação. O autor se apóia nas reflexões da Alfredo Bosi, para pensar em Cultura enquanto processo. Segundo Bosi, a cultura dentro de uma sociedade de classes é considerada um bem, algo que se tem, como um quadro, uma escultura, um televisor de alta tecnologia, um bem de consumo, uma mercadoria que se pode comprar. Deste modo, apresenta-se como uma vantagem de classe. Só as pessoas com maior poder aquisitivo poderia adquiri-la. Ser culto seria possuir livros, discos, quadros entre outros. Seriam objetos exteriores a nós e não coisas construídas pelos sujeitos, pensadas e vividas. Na sociedade Capitalista contemporânea o conceito de aristocracia foi trocado por esta compreensão de cultura, mostrando-se como um divisor de água, que separam aqueles que têm "cultura" daqueles que não a possuem. Esta concepção de cultura como um conjunto de coisas. Bosi retoma a raiz latina da palavra cultura que vem do verbo COLO que seria o cultivo do solo de onde derivam as formas CULTUS do passado; e CULTURUS aquilo que se vai cultivar. Este seria o conceito no espírito da língua romana. Já no grego a palavra que mais se aproxima de cultura seria PAIDÉIA; o que se ensina a criança. Um conceito que para o autor parece mais humanizante, no entanto, aponta que ambos tanto na origem grega, quanto na origem latina referem-se à cultura como um processo. E é este conceito em que cultura relaciona-se a um processo que Alfredo Bosi denomina erbótica, do grego ergom que significa ação e trabalho. (LOURENÇO, 2008, p. 73).

Ao invés de tratar a cultura como a soma de objetos desfrutáveis de consumo, seria preciso pensar a cultura como o fruto de um trabalho como um processo. Cultura seria vida pensada e não uma mercadoria a ser exibida. Para Santos (2012, p. 3) "vivemos em um contexto social essencialmente dinâmico, razão pela qual devemos considerar os fenômenos interativos-sociais geradores de transformações estruturais, inerentes a todo e qualquer tecido social." Utilizando esta metáfora do tecido social, para pensar a Mediação:

Ele (o tecido) é algo constituído de fios que não perderam sua identidade e sua especificidade por haver produzido o tecido. É necessário atentarmos, contudo, para o fato de que se colocamos os fios em disposição horizontal, paralelos uns aos outros, sobre eles dispendo, verticalmente, outros fios também paralelos uns aos outros, porque meramente sobrepostos, porque não perderam algo de sua

individualidade, nada produziram de novo e consistente. Não haverá tecido, somente fios sobrepostos, sem consistência, sem unidade, sem coesão, sem pulsão. Caso procedamos de modo diferente, colocando os fios horizontais alternativamente, ou sobre os fios verticais eles vão se entrelaçando e dando vida a algo novo, consistente funcional, mais poderoso que os fios de que foi tecido. Nós, indivíduos somos os fios, se simplesmente nos ajuntarmos jamais seremos tecidos-sociedade. Para sê-lo, será necessário interagirmos, aceitando estarmos hora sob e hora sobre os outros, mas sempre a serviço do objetivo maior – criar um tecido, sociedade, algo diferente e novo que nos ultrapassa e nos enriquece, e nada seria, entretanto, sem cada qual de nós, como fio, como indivíduo, que como tal permanece irredutivelmente, em que pese a novidade do que foi produzido com nossa interação. (PASSOS, 2000, p. 44).

O que se propõe para construir uma Cultura de Paz é um trabalho de artesão, onde os relacionamentos são como fios no tecido da comunidade e os valores partilhados pela cultura e pela comunidade são a estrutura, ou tear, que permite tecer e desfazer os relacionamentos fazendo, desfazendo e refazendo suas tramas. Este é o trabalho que, tanto os Mediadores/Facilitadores do Diálogo irão fazer juntos com todos os participantes.

3 DA MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA

A Mediação comunitária de conflitos presta serviço à comunidade em bairros da periferia, vale mencionar que a mediação é um instrumento de prática cidadã que facilita o acesso efetivo à justiça, além de esclarecer aos cidadãos quais os seus direitos e deveres.

Também conhecida como Justiça Comunitária, a Mediação Comunitária é considerada como instrumento que permite aos envolvidos a resolução de seus problemas seja de forma rápida e eficiente, desenvolvendo o senso crítico, o diálogo e a participação juntamente com a consequente promoção da inclusão e da paz social.

Um dos objetivos da mediação comunitária é trazer total satisfação para quem dela necessita, mas sabemos que nem sempre ambas as partes sairão satisfeita de uma sessão de mediação. Segundo dados do Ministério da Justiça existem no Brasil 64 núcleos de Justiça Comunitária, atingindo 14 estados e o Distrito Federal, com mais de 700 mediadores formados e capacitados.

Esse projeto mostra que a mediação de conflitos feita por agentes da própria comunidade, vem alcançando grande êxito pois cerca de 80% dos casos não seguem ao judiciário porque são resolvidos dentro da própria comunidade.

As casas de mediação comunitária oferecem às comunidades periféricas um canal para o exercício da cidadania. Não é somente um projeto de assistência, mas, além disso, visa a aproximar as comunidades para a realização desse projeto, já que encontrou nos moradores locais e líderes comunitários a equipe ideal de trabalho. Pretende-se com ele diminuir a exclusão social vivida por esses indivíduos, pois não é possível existir democracia ou direito de escolha quando parte da população vive à margem de qualquer decisão. (SALES, 2010, p. 23).

Uma das experiências exitosas foi a existência do Programa dos Núcleos de Mediação Comunitária que surgiu em 02 de agosto de 1999 após o primeiro convênio de número 02/99 que era uma parceria para implantação da primeira casa de mediação do Pirambu entre a Ouvidoria Geral do Estado do Ceará e a Federação do Movimento Comunitário do Pirambu – FEMOCOPI, que depois de feita toda a estrutura para o funcionamento da casa de mediação, teve sua inauguração no dia 24 de setembro de 1999, sendo a primeira casa de mediação no Brasil, situada na Av. Presidente Castelo Branco, 2709 no Bairro do Pirambu.

Os registros vão desde a abertura de procedimentos, mediações realizadas, encaminhamentos e orientações sócio – jurídicas, com 83,53 de êxito na realização das mediações, pode-se afirmar que a mediação é uma ótima alternativa de resolução de conflitos na sociedade, favorecendo a paz social e o autoconhecimento do ser humano. Dos tipos de conflitos trabalhados nos núcleos de mediação comunitária, os três mais evidentes são constituídos por conflito familiar, conflito de vizinhos e cobrança de dívida.

A mediação comunitária surge como uma fomentadora do respeito, participação e cultura de paz. Tudo isso se daria mediante técnicas e procedimentos operativos informais (desinstitucionalizados), em favor de uma Justiça que pretende resolver o conflito, dar satisfação à vítima e à comunidade, pacificar as relações sociais interpessoais e gerais danificadas pelo delito e melhorar o clima social: sem vencedores nem vencidos, sem humilhar nem submeter o infrator às “iras da lei”, nem apelar à “força vitoriosa do Direito” (MENDONÇA, 2006. p. 36).

Como instrumento facilitador utilizado para auxiliar no desenvolvimento de conflitos comunitários, a mediação surgiu como uma forma mais adequada. Assim, muitos pesquisadores entendem que a mediação é um procedimento de resolução, seja em conflitos sociais ou jurídicos, com a finalidade de obter das pessoas envolvidas no litígio o seu desejo de satisfazer, de forma construtiva e cooperativa, o bom senso entre divergências de vontades.

4 DOS CENTROS DE MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA DO NUPEMEC DO TJ-RJ

A Prefeitura do Rio de Janeiro e o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), através do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec) do TJ-RJ, firmaram dois convênios para a implantação dos Centros de Mediação Comunitária, sendo um convênio estabelecido com a Secretaria Municipal de Habitação e Cidadania da Prefeitura da cidade do Rio de Janeiro para a construção de nove centros de mediação no prazo de 2 anos, e outro convênio com a Arquidiocese do Rio de Janeiro para a construção de pelo menos um centro de mediação em cada um dos vicariatos da cidade do Rio de Janeiro, ressaltando assim, o ano internacional da misericórdia que trabalham com as temáticas dos quatro gestos (escuta, perdão, reconciliação e mediação).

Atualmente, a parceria entre a Prefeitura do Rio, o TJ-RJ, com o Nupemec-RJ e a Secretaria Municipal de Habitação e Cidadania da Prefeitura da cidade do Rio de Janeiro implantou dois centros de mediação: Centro de Mediação Comunitária Desembargador Paulo Cesar Salomão, na comunidade do Morro da Coroa (que além desta comunidade, atende outras da região, como São Carlos, Estácio, Querozene, Mineira, entre outras, e também moradores do bairro do Catumbi) e o Centro de Mediação Comunitária Salim Salomão, na comunidade da Rocinha (que atende todos os sub-bairros da comunidade).

Enquanto, que o convênio com a Arquidiocese do Rio de Janeiro já implantou um Centro de Mediação Comunitária na Catedral do Rio (que atende todos os bairros do vicariato urbano), faltando a implantação em cada um dos outros vicariatos da cidade do Rio.

A iniciativa dos Centros de Mediação Comunitária tem como um dos objetivos fundamentais a emancipação das comunidades, o empoderamento das pessoas em solucionar problemas na própria comunidade, sem a necessidade dos moradores recorrerem à Justiça. Os Centros de Mediação funcionam como agentes de promoção da cidadania e também contribuem para protagonismo e fortalecimento da comunidade. A finalidade dos mediadores é ajudar as pessoas, facilitando o diálogo das mesmas, como um canal, auxiliando-as a descobrirem suas próprias soluções, visando entre elas o meio satisfatório para ambas.

Assim, o NUPEMEC (TJ-RJ), através de seus instrutores, capacita, supervisiona e acompanha todo o trabalho desenvolvido nos Centros de Mediação Comunitária. A formação dos mediadores são para, pela e na comunidade, fortalecendo assim, a ideia de que os próprios moradores possam praticar a cultura de paz em seu próprio território, através da mediação, realizando, dessa forma, a valorização do bom diálogo, ocasionando aos poucos a diminuição das desavenças e da violência urbana. Vale ressaltar que os Centros de Mediação Comunitária atendem às questões como conflitos familiares, de vizinhos, consumidor, dentre outros.

É possível afirmar que a criação dos Centros de Mediação Comunitária no Rio de Janeiro teve como inspiração vários exemplos de vivência e experiências bastante exitosas com os diversos trabalhos existentes sobre cultura de paz e mediação como também as contribuições que foram recebidas pelo brilhante trabalho das Mulheres da Paz do PRONASCI com mediação comunitária em 19 territórios Estado do Rio de Janeiro, Juspopoli na Bahia, a Jusitça Comunitária no Distrito Federal, a mediação comunitária da Secretaria de Segurança Pública de Minas Gerais, e, sobretudo, do Programa dos Núcleos de Mediação Comunitária do Ministério Público do Estado do Ceará e tantos outros trabalhos realizados nos demais estados.

5 CONCLUSÃO

Após realizar o percurso da investigação percebe-se, nos textos estudados, que a mediação é uma das ferramentas de grande contribuição que se deseja dar a sociedade para que os cidadãos possam ser estimulados, tanto ao uso da imaginação como da criatividade no exercício da cidadania. Pretende-se utilizar a Mediação como mais um ou um novo instrumento de promoção da Cultura de Paz.

Espera-se que a Mediação Comunitária como uma contribuição para promover a Cultura de Paz nas comunidades possa ser um espaço dinâmico aberto a criatividade e a imaginação, visando o empoderamento das pessoas, através da reinvenção de técnicas de escuta e diálogo presentes na mediação.

Para tanto, é necessário que se desenvolva cada vez mais a criação de Centros de Mediação Comunitária em diversos lugares do país, proporcionando elos entre instituições públicas como forma de parcerias em prol da pacificação social e fortalecendo também, o protagonismo entre as comunidades com relação a Cultura de Paz ao praticar a mediação, resultando assim uma possível redução na violência urbana.

O que se propõe para construir uma Cultura de Paz é um trabalho de artesão, onde os relacionamentos são como fios no tecido da comunidade e os valores partilhados pela cultura e pela comunidade

são a estrutura, ou tear, que permite tecer e desfazer os relacionamentos fazendo, desfazendo e refazendo suas tramas. Este é o trabalho que, tanto os Mediadores Comunitários irão fazer juntos com todos os participantes. Espera-se que através deste estudo, possa-se ter desenvolvido uma reflexão crítica que nos auxilie na busca de alternativas ético-político para o uso da Mediação, em exercício profissional cotidiano.

REFERÊNCIAS

- ABREVAYA, Sergio y BASZ, Vitctoria. Facilitación en políticas públicas. Buenos Aires: Histórica, 2005.
- ALMEIDA, Tania. Cadernos do Mediare. Rio de Janeiro: Instituto Mediare, 2008. ANI, Ronaldo. Teoria dos jogos. Campus, 2004.
- DELEUZE, Gilles. Conversações. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992.
- FISHER, Roger. La Promesa de mediación. Buenos Aires: Impresores Califórnia, 2008.
- GOBBI, Marcelo. La mediación como método apropiado para la gestión de conflictos societários p.1. Disponível em <http://www.camarbra.com.br>. Acesso 27/05/2014.
- GROSMAN, Claudia Frankel; MANDELBAUN, Helena Gurfinkel. (Org.). Mediação judicial: teoria na prática e prática na teoria. São Paulo: Primavera Editorial, 2011.
- LOURENÇO, Mariane Lemos. Cooperativismo e subjetividade. Edit. Coritiba: Juruá Ed, 2008.
- MENDONÇA, Ângela Hara Buonomo. Mediação Comunitária. Uma ferramenta de acesso à justiça? Tese (Mestrado em História Política e Bens Culturais) - Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2006.
- MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ. Programa dos núcleos de mediação comunitária. Disponível em: <<http://www.mp.ce.gov.br/nepespeciais/nucleomed/quemsomos.asp>>. Acesso em: 10 de Maio de 2016.
- PASSOS, José Joaquim Calmom. De direito, poder, justiça e processo julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- SALES, Lilia Maia de Moraes. Justiça e mediação de conflito. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- _____, Mediare: um guia prático para mediadores. 3. ed., ver., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: GZ. 2010.
- SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA Neto, Adolfo. O que é a mediação de conflitos. 1. ed. – São Paulo: Brasiliense, 2007.
- SANTOS, Ricardo Goretti. Manual de mediação de conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Mediação de conflitos. São Paulo: Métodos, 2012.
- VEZZULLA, Juan Carlos. A mediação de conflitos com adolescentes autores de ato infracional. Florianópolis: Habitus, 2006.
- WARAT, Luis Alberto. O ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

ESCOLAS DE MEDIAÇÃO: OS VÁRIOS CAMINHOS PARA OS INDIVÍDUOS CONSTRUIREM A PAZ

MEDIATION SCHOOLS: THE VARIOUS WAYS FOR INDIVIDUALS BUILD PEACE

Isabela Maia Mesquita Martins ¹⁶³

RESUMO: O presente artigo trata sobre as Escolas de Mediação, no intuito de esclarecer as principais características dos diferentes modelos ou estilos de mediação possíveis de serem praticados pelo mediador e esperados pelas partes de um litígio. Prática antiga, recentemente institucionalizada e oficializada pelos poderes públicos ao redor do mundo, a mediação vem sendo regulamentada como importante opção de tratamento adequado de conflitos e como mecanismo fundamental para concretização de políticas públicas de acesso à justiça e de incentivo a uma cultura de paz. Nesse contexto, estudar as teorias sobre mediação torna-se essencial para o aprimoramento da prática e vice-versa. Por meio de pesquisa bibliográfica, para análise dos fundamentos teóricos das escolas atualmente existentes e reconhecidas pela doutrina, chegou-se à conclusão de que os indivíduos são os protagonistas da mediação e de que há cinco escolas clássicas bem definidas de mediação (Escola Tradicional Linear de Harvard de William Ury e Robert Fisher, Escola Transformativa de Robert Bush e Joseph Folger, Escola Narrativa-Circular de Sara Cobb, Escola Estratégica de Rubén Calcaterra e Escola Associativa de Jorge Pesqueira) e outras escolas, não tão definidas, mas difusas e em construção (destacaram-se a Escola Facilitadora, a Escola Avaliativa e a Escola de Luis Warat).

PALAVRAS-CHAVE: Mediação. Escolas de Mediação. Estilos de Mediação. Modelos de Mediação. Paz.

ABSTRACT : This article discusses the Mediation Schools, in order to clarify the main features of different models or possible mediation styles being practiced by the mediator and being expected by the parties in dispute. Ancient practice, recently institutionalized and formalized by governments around the world, mediation is being regulated as an important option of appropriate treatment to conflicts and as a fundamental mechanism for implementation of public policies on access to justice and to encourage a culture of peace. In this context, study the theories of mediation becomes essential for the improvement of practice and vice versa. Through bibliographical research, to analyze the theoretical foundations of the currently existing schools recognized by the doctrine, it was concluded that individuals are the protagonists of mediation and that there are five classical well-defined mediation schools (Traditional Linear Harvard School of William Ury and Robert Fisher, Transformative School of Robert Bush and Joseph Folger, Narrative Circular School of Sara Cobb, Strategic School of Rubén Calcaterra and Associative School of Jorge Pesqueira) and other schools, not as defined, but diffuse and on construction (it was stood out the Facilitative School, the Evaluative School and the School of Luis Warat).

KEYWORDS: Mediation. Medation Schools. Styles of Mediation. Models of Mediation. Peace.

1. INTRODUÇÃO

A mediação é uma forma de resolução de conflitos de prática antiga pelos mais diversos povos do mundo, mas só recentemente ela tem sido globalmente institucionalizada e teorizada, de modo a permitir uma análise científica e sistematizada, conforme se verifica pelo surgimento de várias Escolas de Mediação.

Desde as décadas de 1960 e 1970, sob um contexto de acesso à justiça, começou o desenvolvimento da atual onda global pela mediação, como um novo modelo de justiça para solução de conflitos de modo legalizado e formal, nos países que adotam sistemas de direito anglo-saxônico (common law), de direito romano-germânico (civil law) e demais sistemas legais híbridos (BOULLE, 2004)

No Brasil, o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM/CCBC), fundado em 1979 e atualmente consolidado no mercado brasileiro, foi a primeira instituição brasileira a desenvolver a arbitragem e a mediação no Brasil. Posteriormente, em 1994 foi criado o Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil (IMAB) para promoção da pesquisa e desenvolvimento técnico de instrumentos adequados para resolução de conflitos; em 1997 foi criado o Centro de Administração de Conflitos (MEDIARE) para prevenção, administração, avaliação e resolução de disputas; e em 2002 criou-se o Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA) para incentivar métodos alternativos de solução de conflitos. (ALVES, 2016)

Frise-se que, embora sejam todos métodos de resolução de conflitos, no contexto brasileiro a mediação diferencia-se da conciliação e da arbitragem. A mediação diferencia-se da conciliação, pois ambas apresentam práticas diversas e paradigmas distintos (ALMEIDA, 2003). Ademais, a arbitragem está re-

¹⁶³ Advogada. Bacharel em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília (Unb) e em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (Uniceub). Pós-graduada em Direito Público pela Faculdade Projeção, com curso de "Mediação Básica" do Núcleo Permanente de Mediação e Conciliação - NUPEMEC do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. E-mail: isamaiamm@gmail.com

gulamentada na Lei nº 9.307/1996, enquanto a mediação foi disciplinada pela Lei nº 13.140/2015. Além disso, a mediação, no caso brasileiro, tem sido desenvolvida no âmbito da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário (Resolução nº 125, de 29/11/2010, do Conselho Nacional de Justiça).

Desde o princípio da institucionalização da mediação no mundo, incluindo o Brasil, a teoria e a prática da mediação vêm se aprimorando de forma simultânea e recíproca. A teoria proporciona certa sistematização da prática, ao proporcionar justificativas e princípios para a escolha de determinadas posturas ou técnicas pelo mediador, enquanto a prática proporciona o desenvolvimento de teorias mais sofisticadas, ao considerar os valores e objetivos de cada caso concreto. (BOULLE, 1999)

A maioria dos teóricos concordam que existem características comuns às diferentes mediações: confidencialidade; autocomposição e cooperação entre as partes; ênfase no futuro; informalidade/flexibilidade estruturada das regras da mediação; voluntariedade das partes para continuar a participar da mediação; economia de tempo, esforços e dinheiro; possibilidade de fazer acordos mais abrangentes envolvendo os interesses subjacentes não presentes na demanda inicial; melhor índice de cumprimento de acordos (TESTA; LEÓN, 2012). No entanto, existem e desenvolveram-se muitas escolas ou modelos diferentes de mediação, a seguir delineados, a fim de se proporcionar, conforme o caso concreto, uma resolução cada vez mais adequada para solucionar os múltiplos, multifacetados e complexos conflitos existentes (políticos, econômicos, sociais, ambientais, culturais, dentre outros) nas sociedades contemporâneas.

2. ESCOLA DE MEDIAÇÃO TRADICIONAL LINEAR DE HARVARD

A Universidade de Harvard foi pioneira no desenvolvimento científico da justiça alternativa, tendo inspirado as demais universidades norte-americanas, que, por sua vez, formaram muitos dos mediadores europeus interessados no desenvolvimento de técnicas de Resolução Alternativa de Disputas (RADs) nas mais variadas áreas de convivência humana. (ZISSIS, 2015) Este modelo de mediação colaborativa é o de prática mais generalizada, especialmente após a difusão, como referência internacional de mediação, das obras "Getting to Yes: negotiating agreement without give in" (publicada em 1981, de autoria dos pesquisadores do Programa de Negociação de Harvard, William Ury e Robert Fisher) e "Getting Past No: negotiating in difficult situations" (publicada em 1993, por William Ury).

Na Mediação Tradicional-Linear de Harvard, segundo Díaz Álvarez (2016), o processo de mediação é assistido por um terceiro (mediador) que auxilia as partes em conflito a trabalharem de modo colaborativo, estando orientado para satisfazer os interesses das partes e centrado no acordo para resolução do conflito. Nessa visão, haveria uma comunicação dinâmica linear (troca de propostas e contrapropostas), uma visão linear da origem do conflito (causado pelo desacordo entre as partes), seguindo passos bem definidos: separar as pessoas dos problemas (ser amável com as pessoas e firmes com os problemas); concentrar-se nos interesses reais (financeiros, procedimentais e psicológicos) das partes; gerar opções de ganho mútuo; e usar critérios objetivos (independente da vontade das partes) (DÍAZ ÁLVAREZ, 2016)

Estabelecido em 1981, o Programa de Mediação de Harvard (PMH) é um modelo fundamentado sobre três princípios básicos: o da auto-determinação das partes, do consentimento informado das partes e da neutralidade dos co-mediadores. Nesse programa, oferece-se às partes um ambiente seguro e neutro para que elas mesmas possam discutir e solucionar suas questões. No modelo teórico harvardiano, buscam-se os interesses subjacentes para alcançar acordos (via aumento das semelhanças e diminuição das diferenças), partindo-se de um "paradigma da simplicidade, com uma concepção estruturalista" (GÓMEZ, 2007, p 86, tradução nossa)

Enfim, nesse modelo, as partes voluntariamente buscariam um terceiro neutro e imparcial, com habilidades em negociação e de comunicação linear (um escuta enquanto o outro fala), para alcançarem um acordo mutuamente satisfatório (resolução do problema), pois o desacordo é que seria a causa do conflito, de modo que o conflito só se extinguiria com o acordo (CARDOZO, 2014).

3. ESCOLA DE MEDIAÇÃO TRANSFORMATIVA DE BUSH E FOLGER

Na Mediação Transformativa, o "processo de mediação é um esforço quase-religioso em que as partes são transformadas pelo ensino do valor dos relacionamentos humanos" (JANI, 2014, p. 174, tradução nossa). Nesse modelo de mediação, as partes seriam transformadas pela mediação, pois, após serem devidamente empoderadas (auxiliadas e autocapacitadas pelo mediador a compreender as necessidades, valores e pontos-de-vista do outro), teriam aprendido a se relacionar melhor com o outro e resolver seus próprios conflitos (JANI, 2014)

No enfoque transformativo da mediação, parte-se do pressuposto de que a mediação vai além do mero atingimento de um acordo entre as partes, mas seria uma oportunidade de melhora do relaciona-

mento delas através do crescimento moral de cada pessoa, sob "duas dimensões: fortalecimento do eu e superação dos limites para relacionarmos-nos com outros" (DÍAZ ÁLVAREZ, 2016, p 53). Haveria nesse contexto uma substituição da atmosfera de ameaças e agressões entre as partes por um ambiente de reconhecimento do outro e possibilidade de colocar-se empaticamente no lugar do outro. (DÍAZ ÁLVAREZ, 2016).

Neste modelo, destaca-se a obra "The Promise of Mediation", publicada em 1994 pelos pesquisadores Robert A. Baruch Bush e Joseph P. Folger. Na mediação transformativa, o atingimento do melhor acordo possível seria mera decorrência do melhoramento da relação entre as partes (fortalecimento das relações interpessoais).

4. ESCOLA DE MEDIAÇÃO NARRATIVA-CIRCULAR DE SARA COBB

A escola de mediação Narrativa-Circular ou Circular-Narrativa foi construída a partir de ferramentas das ciências sociais (conceitos, investigações e técnicas), pela Dr. Sara Cobb, diretora do Institute for Conflict Analysis and Resolution (ICAR). Esse modelo, descrito em 1994 na obra "A narrative perspective on mediation toward the materialization of the storytelling metaphor", fundamenta-se sobre basicamente cinco pilares: a) conceitos da teoria da comunicação (de Bateson, Watzlawick, dentre outros); b) explicações da regra da terapia familiar sistêmica; c) inovações epistemológicas da teoria do observador de Heinz Von Foerster e Maturana; d) contribuições do construtivismo social de Gergen; e e) teoria pós-moderna de significado (DÍAZ ÁLVAREZ, 2016)

A proposta narrativa preocupa-se tanto com a construção do acordo quanto com a relação social existente entre os litigantes, enfatizando-se as diferenças entre as diferentes histórias e posições dos sujeitos e partindo-se de uma concepção de interação interrelacional circular de influências alternadas ou simultâneas entre os indivíduos, ou seja, de uma "visão sistêmica do conflito e da interação entre medianos, sua rede social e mediador" (MELEU, 2014, p. 125)

No modelo narrativo-circular, a função do mediador é flexibilizar as posições dos indivíduos, a partir da reformulação dos papéis e intenções dos indivíduos em litígio, da reconstrução da lógica de posições, da construção de cenários e do desenvolvimento das histórias particulares para construção do acordo (meta-história ou história comum). (GÓMEZ, 2007)

De forma resumida, a Escola Circular-Narrativa de Sara Cobb fundamenta-se na comunicação, partindo do pressuposto de que existe uma relação circular de causa efeito entre os motivos do conflito que se retroalimentariam constantemente, e objetiva tornar positivo este processo negativo através da reflexão das partes. Para tanto, considerando-se que acordos são meramente táticos e unicamente circunstanciais, empregam-se métodos de criação de contextos favoráveis para melhorar a relação entre as partes, de forma que as partes possam criar soluções. (DÍAZ ÁLVAREZ, 2016)

5. ESCOLA DE MEDIAÇÃO ESTRATÉGICA DE RUBÉN ALBERTO CALCATERRA

A mediação estratégica foi desenvolvida na Espanha e explicada detalhadamente em 2002 na obra "Mediación Estratégica" de Calcaterra. Segundo Calcaterra (2006), a mediação é um processo altamente estruturado, formal, político, estratégico, paradoxal, negocial, dirigido, com potencial terapêutico capaz de proporcionar a diminuição do índice de litigiosidade, com consequente aumento da paz social.

Enfim, na Escola de Mediação Estratégica de Rubén Alberto Calcaterra, a mediação é definida como um processo formal, estruturado em etapas e marcado por três objetivos principais: desconstruir o conflito (visto como um fenômeno social); reconstruir a relação e construção conjunta de uma solução comum. (TESTA; LEÓN, 2012). Neste modelo, ao se privilegiar a desconstrução do conflito, ocorre "a consequente restauração do diálogo e da convivência pacífica entre pessoas" (ALMEIDA, 2015, p. 86)

Assim, as quatro escolas supra-delineadas diferem quanto à conceituação do processo de mediação, pois divergem quanto à sua meta principal (o modelo harvardiano objetiva o acordo, o modelo transformativo pretende transformar a relação entre as partes litigantes, o modelo circular-narrativo engloba simultaneamente esses dois objetivos, e o modelo estratégico busca a desconstrução do conflito), de modo que as técnicas e formas de abordagens do mediador variam. (SOUZA, 2015)

6. ESCOLA DE MEDIAÇÃO ASSOCIATIVA DE JORGE PESQUEIRA LEAL

Na Escola de Mediação Associativa de Jorge Pesqueira Leal, propõe-se um modelo de mediação colaborativa em que cada participante, de forma autônoma e independente, aceita colocar suas capacidades individuais de modo complementar, em um esforço de integração, a fim de alcançar um objetivo comum (TESTA; LEÓN, 2012).

Segundo María Petzold Rodríguez (2008), o modelo de Jorge Pesqueira Leal deveria ser aplicado na justiça penal, sob o enfoque da justiça retributiva, devendo possuir dois pontos importantes: enfoque na retribuição pela pena imposta ao sentenciado (devido à infração aos valores da legislação penal); e produção de arrependimento no delinquente pela conduta cometida (através do foco no delinquente, na imposição de pena para expiação da culpa e na reflexão sobre o sofrimento de reincidir na conduta).

Em outras palavras, na mediação associativa são enfatizadas as qualidades positivas dos medianos, de modo a destacar, pautados na dignidade intrínseca e nos direitos humanos, suas habilidades sociocognitivas (vivência e a sinergia) e a corresponsabilidade de cada um, para a co-construção de soluções. (GIANDOMÉNICO, 2011) A obra de referência neste tipo de mediação foi publicada em 2010 pela Universidade de Sonora (México), intitulada "Mediación asociativa y cambio social: el arte de lo posible", em coautoria entre Jorge Pesqueira Leal e Amalia Ortiz Aub.

6.1 Outras escolas de mediação

Além das cinco escolas supramencionadas, outras três escolas também merecem ser mencionadas: a Escola de Mediação Facilitadora; a Escola de Mediação Avaliativa; e a Escola de Mediação de Warat. As duas primeiras (facilitadora e avaliativa) são escolas conhecidas e bastante citadas de modo difuso pela literatura, sem que sejam destacadas obras de referências ou autores específicos que as representem. Quanto à Escola de Mediação de Warat, existem divergências sobre qual seria o seu enquadramento teórico, pois alguns apresentam-no informalmente como pertencente a uma escola própria, e outros como um teórico da mediação transformativa, de modo que optou-se por estudá-lo nesta parte do artigo.

Na Escola de Mediação Facilitadora, o objetivo é alcançar um acordo mutuamente benéfico para as partes, cumprindo o mediador um papel de mero facilitador do diálogo entre as partes. (JANI, 2014) Por outro lado, na Escola de Mediação Avaliativa, o mediador, normalmente um profissional experiente e versado na área sob disputa, avalia o caso e recomenda às partes para a melhor solução, conforme os conceitos e princípios do Direito, as responsabilidades das partes e as probabilidades de julgamento do juiz. (JANI, 2014).

Na Escola de Mediação de Luis Alberto Warat, jurista argentino, o conflito seria uma oportunidade de reflexão e crescimento, como um degrau para uma nova cultura embasada no amor, de modo que a mediação proporcionaria a reestruturação saudável de laços comunitários na sociedade, pois propiciaria "espaço para uma comunicação não violenta e para a criação de um diálogo que cria soluções autônomas, democráticas e responsáveis, configurando-se um campo fértil de descobertas de práticas consensuais pela sociedade" (MATOS; WILLANI; HAHN, 2014, p. 5).

Ao refletir sobre a Escola de Warat, De Aquino (2011, p. 5) destaca que o "resgate da sensibilidade pela prática da mediação revela uma experiência de reflexão sobre os modos de produção e aplicação do Direito na era contemporânea". Isso nos leva a crer que realmente está havendo uma mudança de paradigmas (dentre outros, de uma cultura da litigiosidade para uma cultura da paz, de uma advocacia processualista para uma advocacia colaborativa, de um direito de cima-para-baixo para uma possibilidade de um direito de baixo-para-cima também).

7. CONCLUSÃO

De forma resumida, conclui-se que existem basicamente cinco escolas clássicas destacadas pela doutrina e bem definidas de mediação (Escola Tradicional Linear de Harvard de William Ury e Robert Fisher, Escola Transformativa de Robert Bush e Joseph Folger, Escola Narrativa-Circular de Sara Cobb, Escola Estratégica de Rubén Alberto Calcaterra e Escola Associativa de Jorge Pesqueira Lela) e outras escolas, não tão definidas, mas difusas e em construção (a exemplo, da Escola Facilitadora, da Escola Avaliativa e da Escola de Luis Alberto Warat).

Embora as várias escolas mostrem os diversos modelos de mediação, técnicas e propósitos do mediador, de um modo geral, todas as Escolas de Mediação estudadas, parecem concordar que os protagonistas do acordo são as partes, de modo que o mediador ou mediadores de um caso devem permanecer à sombra, deixando de lado suas opiniões e histórias pessoais (TESTA; LEÓN, 2012), permitindo que as partes possam alcançar a plena realização da justiça através da realização da sua personalidade (GIANDOMÉNICO, 2011).

Nesse mesmo sentido, destaca-se a analogia da juíza francesa Carole Younes (2012) ao ressaltar que a mediação permitiria aos cidadãos serem realmente autores do direito, pois ela iluminaria a face negociada da lei, fazendo com que os indivíduos atuassem como numa orquestra de várias vozes, em que cada um teria um relevante e particular papel, de modo a construírem juntos uma obra coletiva de justiça.

A despeito de críticas e de limitações intrínsecas a todo mecanismo em evolução, a disseminação da mediação pelo mundo vem sendo promovido graças a políticas públicas que partem de algum ou de alguns dos pressupostos infradelineados, de forma mais ou menos explícita, nas bases de sustentação das diferentes escolas analisadas. Dentre esses pressupostos, destacam-se os de que a mediação fortalece a democracia participativa (OLIVEIRA; SPENGLER, 2012), reconstrói a comunicação rompida entre os conflitantes (SPENGLER, 2015), serve de acesso à ordem jurídica justa (LUCIARI, 2012), é um instrumento de pacificação social a partir da educação para a paz (MUNIZ, 2006), é um meio de realização plena da justiça (GIANDOMÉNICO, 2011), é um caminho para a cooperação nos conflitos interpessoais para construção de um futuro melhor (FIORELLI et al, 2008).

Rememorando o pacifista indiano Mohandas Gandhi (1869-1948), que defendeu que não haveria caminhos para paz (pois a paz seria o caminho), o físico alemão Albert Einstein (1879-1955), que advertiu que a paz só pode ser atingida pelo entendimento, e o político sul-africano Nelson Mandela (1918-2013), que pugnou que a paz com o inimigo é possível (se dispuser-se a trabalhar com ele como irmãos), podemos concluir que a mediação, ao promover o entendimento e a cooperação entre as partes em conflito, pode ser um caminho para que as partes possam construir uma paz ou uma justiça pelas próprias mãos. Sob este prisma, a paz e a justiça, e por que não a felicidade, seriam paradoxalmente ideais concretizáveis, ainda que sob o jugo de grandes limitações individuais, coletivas e contextuais (assimetria de informação, de inteligência e de moral; diferentes sentidos ou sentidos de justiça, de paz e de felicidade; variadas, limitadas e conflitantes capacidades, habilidades ou qualidades pessoais; restrições de contexto político, econômico ou situacional, dentre outros).

Assim, diante da análise das diversas escolas supra-delineadas, ao refletir sobre os diferentes modelos de mediação, é possível verificar que a mediação sob as perspectivas das diversas escolas apresenta convergências, mas longe de ser um mecanismo pronto e acabado, ela não apresenta uma expressão unívoca, uma metodologia única, uma abordagem singular nem ao menos pode ser bem definida, porque ela é uma expressão plural, de metodologia multifacetada, de possibilidades quase-infinitas e definições múltiplas. Desse modo, saber sobre as escolas e suas diferentes teorias (perspectivas, técnicas e posturas) é o mínimo que o(s) mediador(es) deve(m) saber para tentar auxiliar os indivíduos na resolução autônoma de seus conflitos, pois nesse universo de imprevisibilidades e incertezas (contexto e mediação) envolvendo variáveis complexas (seres humanos), o único fato conhecido, e que nenhuma das escolas nega, é que a estrela principal desse contexto é o indivíduo e que o objetivo maior é paz, ainda que imperfeita e temporária.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.) Estudos e Arbitragem, Mediação e Negociação. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003, Vol. 2, p. 175-201.

ALMEIDA, Tânia. Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas. In: SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça. 2 ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015, p. 85-94.

ALVES, Mariana Carvalho. Mediação enquanto política pública: a percepção do profissional jurídico. 2016. 87 f. Dissertação (Mestrado em Administração Pública) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Rio de Janeiro, 2016. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2016.

BOULLE, Laurence. Good theory for good practice for good theory. Gold Coast (Australia), outubro de 1999. The ADR Bulletin, Bond University, v. 2, n. 5, art. 2. Disponível em: <<http://epublications.bond.edu.au/adr/vol2/iss5/2>>. Acesso: jun. 2016.

BOULLE, Laurence. Global Trends in Mediation. Gold Coast (Australia), janeiro de 2004. The ADR Bulletin, Bond University, v. 6, n. 9, art. 6. Disponível em: <<http://epublications.bond.edu.au/adr/vol6/iss9/6>>. Acesso: jun. 2016.

CALCATERRA, Rubén Alberto. Mediación Estratégica. 2 ed. Espanha: Gedisa, 2006.

CARDOZO, Raquel Nery. Os conflitos familiares e as Escolas de Mediação. Rio de Janeiro: [s.n], 2014. 24 p. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a0e9cab17a035c5a>>. Acesso: junho 2016.

- DE AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes. A Mediação Como Experiência de Humanização do Direito na Pós-Modernidade: inquietações a partir do pensamento complexo. Revista Húmus. São Luís: Universidade Federal do Maranhão, v. 1, n. 1, 2011, p. 105-119.
- DÍAZ ÁLVAREZ, Rafael. La calidad de la mediación em Nuevo León, México. 2016. 276 f. Tese (Doutorado em Trabajo Social) - Universidad de Murcia, México, 2016.
- FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria José; MALHADAS JÚNIOR, Marcos Julio Olivé. Mediação e solução de conflitos: teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2008.
- GIANDOMÉNICO, Jorge A. Introducción y Conclusión. In: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Relatos de experiencias exitosas em el Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe. Santa Fé: Imprenta Lux S.A, 2011, p. 17-37.
- GÓMEZ, Pilar Munuera. El Modelo Circular Narrativo de Sara Cobb y sus técnicas. Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal. Madrid: Portularia, vol. VII, n. 1-2, 2007, p. 85-106.
- JANI, Paresh. Mediation as an alternative disputes Resolution System – an analytcal study. 2014. 249 f. Tese (Pós-Doutorado em Filosofia do Direito) - Gujarat University, Ahmedabad: 2014.
- LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. Mediação judicial: análise da realidade brasileira: origem e evolução até a Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça. Coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- MATOS, Simone Avila de; WILLANI, Sheila Marione Uhlmann; HAHN, Noli Bernardo. Direito Fraternal e mediação em Luis Alberto Warat: o conflito como uma oportunidade. Unijui: Salão do Conhecimento, 2014.
- MELEU, Marcelino da Silva. Jurisdição comunitária: a interface sistêmica entre Estado e sociedade para gestão de conflitos e a efetivação do acesso à justiça na policontextualidade. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2014.
- MUNIZ, Tânia Lobo. Mediação – um instrumento de pacificação social: educar para a paz. Revista Scientia Iuris. Londrina: Centro de Estudos Sociais Aplicados, v. 10, p. 243-270, 2006.
- OLIVEIRA, Luthyana Demarchi de; SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação como política pública de fortalecimento da democracia participativa. Revista Brasileira de Políticas Públicas. Brasília, v. 2, n. 2, p. 131-140, jul./dez., 2012.
- RODRÍGUEZ, María Petzold. Algunas consideraciones sobre la labor del mediador penal Frónesis - Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política: Universidad del Zulia, v. 15, n. 3, p. 104-118, 2008.
- SOUZA, Luciane Moessa de (Coord). Mediação, acesso à justiça e desenvolvimento institucional: análise histórico-crítica da legislação brasileira sobre mediação. In: Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça. 2 ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015, p. 35-79.
- SPENGLER, Fabiana Marion. A Fraternidade como base política da mediação de conflitos. Revista Novos Estudos Jurídicos. Itajaí: Editora da Universidade do Vale do Itajaí, v. 20, n. 1, p. 371-397, 2015.
- TESTA, Graciela Mabel; LEÓN, Adriana Silvia. Los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos (MARC) en América Latina: Caminos de Trabajo – Caminos de Paz. In: GUARDIA, Afonsina (compiladora). Otra Integración – Alternativas para la construcción de la Integración de América Latina. Universidad Nacional de Mar del Plata, 2012, p. 119-144. ISBN: 978-987-544-472-0
- YOUNES, Carole. Exercer o direito: uma participação com múltiplas vozes. Revista Meritum. Belo Horizonte: editora da Universidade FUMEC, v.7, n. 2, p 419-430, jul./dez. 2012.
- ZISSIS, Lekkas. Disputes in the Digital era: the evolution of dispute resolution and the model ODR system. Tese (Doutorado em Direito) - Ecole Doctorale Sciences juridiques et Politiques da Université de Toulouse (France), 2015. Disponível em: <<http://publications.ut-capitole.fr/18579/1/LekkasZissis2015.pdf>>. Acesso em: jun. 2016.

MÉTODOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO: A MEDIAÇÃO COMO MEIO DE PACIFICAÇÃO SOCIAL E FACILITADOR DO ACESSO À JUSTIÇA.

APPROPRIATE METHODS OF CONFLICT RESOLUTION: MEDIATION AS A MEANS TO ACHIEVE SOCIAL PEACE AND THE PROVISION OF ACCESS TO JUSTICE

Nivea Maria Dutra Pacheco ¹⁶⁴

RESUMO: Na sociedade brasileira a cultura do litígio encontra-se muito presente e os meios alternativos (adequados) de resolução de conflito anseiam, justamente, afastar essa cultura, voltando-se para a pacificação social, cuja solução para o conflito possa advir das partes envolvidas na controvérsia, como forma de solução mais salutar. A falta de Acesso à Justiça é fator de diminuição da cidadania, gerando inquietação, e por esse motivo, se tem buscado alargar a incidência de aplicação efetiva do direito na esfera judicial e extrajudicial. A conscientização, a fomentação e a concretização da mediação propiciam atendimento ao comando constitucional do Acesso à Justiça, viabilizando às partes uma tentativa de composição consensual da celeuma instaurada, com escopo de obter a paz e a inclusão social, pela valorização do ser humano e pelo respeito aos seus direitos fundamentais, e, embora a mediação não possa ser considerada uma poção mágica a solucionar todos os problemas, é, sem dúvida, um novo caminho que a sociedade pode trilhar, um novo paradigma, em busca de uma efetiva ordem jurídica justa em busca da pacificação social.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à Justiça. Meios Alternativos de Resolução de Conflitos. Mediação. Pacificação Social.

ABSTRACT: In Brazilian society the litigation culture is very present and alternative methods (suitable) conflict resolution crave precisely away from that culture, turning to the social peace, the solution to the conflict may arise from the parties involved in controversy as a most beneficial solution. Lack of access to justice is a factor of decrease of citizenship, creating unrest, and therefore, it has sought to broaden the incidence of effective application of the law in court and out of court. The awareness, the fostering and implementation of mediation provide service to the constitutional command of access to justice, enabling the parties to an attempt to consensual composition established stir, with scope to achieve peace and social inclusion, for the enhancement of the human being and the respect for their fundamental rights, and although mediation may not be considered a magic potion to solve all the problems, it is undoubtedly a new way that society can adopt a new paradigm in search of an effective fair legal system and social pacification.

KEYWORDS: Access to Justice. Alternative Means of Dispute Resolution. Mediation. Social pacification.

1. INTRODUÇÃO

O fenômeno dos movimentos de meios alternativos de resolução de conflitos parece seguir o espírito das ondas renovatórias anunciadas pelo jurista italiano Mauro Cappelletti, buscando por resultados efetivos do processo, e segundo o jurista Kazuo Watanabe¹⁶⁵ por uma ordem jurídica justa. (WATABANE, 1988, p. 128)

A história vem demonstrando que em sociedades complexas, como as que vivemos atualmente, a solução negociada é a mais adequada, seja por meio da mediação, da conciliação ou da arbitragem.

Hodiernamente, com a insatisfação pela morosidade da justiça tradicional, as modalidades de soluções extrajudiciais de conflitos têm ganhado força com esteio na ideia de que a pacificação é o objetivo principal do direito, assim, irrelevante é que venha por meio de obra do Estado ou por qualquer outro meio.

As transformações políticas e sociais dos anos 60 e a reforma do judiciário americano foram parcialmente responsáveis pelo movimento de popularização dos sistemas de manejo de conflito ou ADR's – Alternative Dispute Resolutions, nos Estados Unidos, como meio eficaz de solução de conflitos.

Em que pese a sociedade brasileira, ainda, estar arraigada à cultura do litígio, à cultura da busca pelo Poder Judiciário e à necessidade de uma sanção para que o direito seja reconhecido e respeitado, tem-se buscado uma aproximação da sociedade com os meios alternativos de resolução de conflito, voltando-se para a pacificação social, incentivando uma solução de conflitos que advenha das partes envolvidas na controvérsia, pois quando encontrada pelas próprias partes, esta será, certamente, mais salutar.

¹⁶⁴ Mestre em Direito pela UNESA (Universidade Estácio de Sá); Pós-graduada em Direito Civil e Processual Civil pela UNESA, Pós-graduada em Docência do Ensino Superior pela UNESA, Professora de Direito Processual Civil da UNESA (Pós-Graduação lato sensu e Graduação); Advogada; Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica da UNESA campus Nova Friburgo; Mediadora; Membro da Comissão de Mediação da 9ª Subseção da OAB/Nova Friburgo; Integrante do Conselho Editorial da Littera Docente e Discente em Revista. E-mail: niveamdpatcheco@outlook.com

¹⁶⁵ A afirmação é de Kazuo Watanabe, ao entender o problema do acesso à justiça para além das fronteiras de ser o simples ingresso em juízo: "Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim viabilizar o acesso à ordem jurídica justa."

A utilização do meio alternativo de solução do conflito, em especial, a mediação é uma forma de resgatar a responsabilidade de cada membro da sociedade pelo controle de seus conflitos, abstraindo-se de recorrer à uma sanção imposta pelo Estado-Juiz. Se hoje, a mediação no Brasil ainda é incipiente, ela pode significar no futuro uma modificação cultural importante, um fazer justiça com participação consensual, em que direitos e deveres e o sentimento de justiça surjam, espontaneamente através do diálogo.

2. A MEDIAÇÃO COMO FACILITADORA DO ACESSO À JUSTIÇA.

A mediação é um dos instrumentos mais valiosos para a autocomposição, é uma chave para que a sociedade possa se libertar da dependência do Poder Judiciário na resolução de conflito, pois, o Judiciário deve estar disponível para decidir apenas casos em que não seja possível às partes a solução por si só, ou aqueles que, por natureza, sejam considerados direitos indisponíveis que não admitam transação, conforme dispõe o artigo 3º, caput, da Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015¹⁶⁶.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) preocupado com a nova realidade social na busca pelos meios alternativos de solução de conflito, e visando demonstrar a importância desses novos instrumentos de solução de controvérsia, já em 2010 publicou a Resolução nº 125, de 29 de Novembro de 2010, que buscou disciplinar e incentivar os mecanismos alternativos de solução de conflitos (mediação e conciliação), considerando que ainda não existia no Brasil uma lei disciplinando a mediação, vindo apenas a surgir a normativa em 2015, com o advento do Novo Código de Processo Civil – Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015, que entrou em vigor em 18 de março de 2016 e a que regulamentou a Mediação de Conflitos, Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, entrando vigor em 26 de dezembro de 2015.

Diante da relevância do tema abordado o CNJ desde 2010 vinha incentivando e implantando, gradativamente, a mediação do Brasil, conforme texto da Resolução 125:

[...] CONSIDERANDO que o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa;

CONSIDERANDO que, por isso, cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação;

CONSIDERANDO a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios;

CONSIDERANDO que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados nos país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças; [...] (BRASIL, 2015)

Assim, o CNJ deixou claro que nem todo conflito deve ser dirimido pelo Poder Judiciário, sendo necessária a criação de meios alternativos de resolução de litígio, e que o princípio e a garantia do acesso à justiça não significam apenas a tutela jurisdicional do Estado, mas a busca por uma solução justa e equilibrada pelos próprios interessados, ainda que essa busca venha a contrariar, eventualmente, algum dispositivo infraconstitucional.

Portanto, já há algum tempo o estado-Juiz vem procurando dar uma dinâmica aos meios alternativos de resolução de conflito, oferecendo à sociedade meios adequados para dirimir os litígios, sem a necessidade de intervenção do poder estatal, sem que seja necessário se substituir a vontade das partes por uma sentença proferida pelo Poder Judiciário, pois uma sentença, muitas vezes, não resolve o conflito interno existente entre os envolvidos.

Leciona a doutrina que há dois tipos de mecanismos de pacificação de litígios com vistas à efetivação do acesso à Justiça: ante a manifestação de um conflito de interesse, pode se chegar à sua solução por meios autocompositivos (de iniciativa das partes e que acabam sendo realizados por elas próprias, havendo por vezes a contribuição de um terceiro), ou heterocompositivos (aqueles promovidos por terceiros estranhos à relação litigiosa).

Entre os primeiros incluímos a mediação, a conciliação e a negociação, e entre os segundos, a arbitragem e a solução jurisdicional.

A arbitragem, nos tempos atuais, representa uma das formas de solução de conflitos, com larga aceitação no Direito Comparado, e embora utilizada no Brasil, nota-se ainda certa resistência diante dos costumes arraigados que tentam vetar qualquer tentativa de reduzir o monopólio estatal da jurisdição. Na

166 Art. 3º. Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em 10 de junho de 2016.

autocomposição se destacam a conciliação, a mediação e a negociação, onde as próprias partes possuem poder de decisão a fim de solver seus conflitos; e na heterocomposição, a arbitragem e a solução jurisdicional, nas quais o poder de decisão pertence a um terceiro.

No entanto, há divergência entre os doutrinadores, no que diz respeito à classificação da mediação, uma vez que alguns a classificam como um meio de autocomposição, enquanto outros, como um meio de heterocomposição. Preferimos ficar com o posicionamento de que a mediação é um meio autocompositivo, uma vez que as partes solucionam seus conflitos por si só, apesar da presença de um terceiro.

O termo mediação origina-se do latim *mediare*, que significa intervir, mediar. Consiste em um meio não-jurisdicional de solução de litígios. Lília Maia de Moraes Sales conceitua-a como:

[...] procedimento consensual de solução de conflitos por meio do qual uma terceira pessoa imparcial – escolhida ou aceita pelas partes – age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma divergência. As pessoas envolvidas nesse conflito são as responsáveis pela decisão que melhor a satisfaça. A mediação representa um mecanismo de solução de conflitos utilizado pelas próprias partes que, motivadas pelo diálogo, encontram uma alternativa ponderada, eficaz e satisfatória. O mediador é a pessoa que auxilia na construção desse diálogo. (SALES, 2007, p. 23)

Lília Maia de Moraes Sales, menciona a construção do diálogo como ponto a ser trabalhado pelo mediador. O diálogo é algo que deve ocorrer quando existe um conflito de interesses, no entanto, é justamente uma ausência de diálogo que encontramos em grande parte dos litígios, a sociedade brasileira não tem essa cultura, e tampouco os operadores do direito, por esse motivo, um número sem fim de demandas, anualmente, chega até o Poder Judiciário, para que esse, com o seu poder, pautado no princípio da substitutividade (substituição da vontade das partes por meio de uma sentença), decida e imponha uma solução para a controvérsia, que, em muitos casos, não resolve o conflito existente entre as partes, vindo, apenas, a resolver a demanda com a aplicação do direito ao caso concreto, mas, por não "curar a ferida" que foi aberta por ocasião da contenda, acaba sendo fonte de novos conflitos, que, mais uma vez, desembocarão no judiciário.

Certamente o direito não resolve tudo na vida de uma sociedade, ele resolve apenas parte do conflito, pois a ele não é dado o poder de curar desilusões, mudar caráter, aproximar pessoas, desfazer sentimentos de ódio, rancor etc., esse conflito apenas poderá ser definitivamente extinto quando as partes restabelecerem o diálogo e superarem questões pessoais, que vão muito além das questões, meramente legais, trazidas para a demanda.

A mediação, por sua vez, em que pese também não resolver tudo na vida, busca a participação dos envolvidos no conflito no sentido possibilitar que esses, com esforço comum, alcancem o melhor resultado possível para aquele conflito.

A comunicação não violenta, o restabelecimento do diálogo, a importância das relações continuativas são alvos da mediação, é por meio desses pontos que se busca chegar a pacificação do conflito, portanto, aqui não se pretende apenas por fim na disputa entre as partes, o que, por óbvio, tende a ocorrer com o acordo firmado, mas, a busca da mediação vai mais além, o interesse é restabelecer a comunicação entre os envolvidos e resolver o conflito no plano do sentimento, onde as partes possam retornar para suas casas, empresas etc., com o pensamento de que aquela foi a solução certa, justa, ideal, gerando a pacificação social.

Portanto, nas relações mais duradouras como as de família, de vizinhança, comunitária, de trabalho etc., a mediação é o meio mais indicado para a resolução do conflito, por se buscar resolvê-lo no plano do sentimento dos envolvidos, solucionando o problema como um todo, buscando-se restaurar a relação entre as pessoas, diante da potencialidade que tem os sentimentos não resolvidos de desembocarem em novos conflitos.

Segundo WARAT (2000, p. 09), apud MUNIZ (2004, p. 63):

As práticas sociais de mediação se configuram num instrumento ao exercício da cidadania, na medida em que educam, facilitam e ajudam a produzir diferenças e a realizar tomadas de decisões sem a intervenção de terceiros que decidem pelos afetados por um conflito. Falar de autonomia, de democracia e de cidadania em um certo sentido, é se ocupar da capacidade das pessoas para se auto determinarem em relação e com os outros; autodeterminarem-se na produção da diferença (produção do tempo com o outro). A autonomia como uma forma de produzir diferenças e tomar decisões com relação à conflitividade que nos determina e configura, em termos de identidade e cidadania.

A transformação da "cultura do conflito" em "cultura do diálogo" é auxiliada pela mediação, pois estimula a resolução dos conflitos pelas próprias partes. A valorização das pessoas é um ponto importante, eis que elas são os atores principais e responsáveis pela resolução da divergência, ou seja, são protagonistas na solução de seus litígios, não sendo necessário que se submetam a decisão de uma terceira pessoa.

O procedimento da mediação também inclui o indivíduo socialmente, ampliando seu universo cultural, possibilitando o conhecimento de seus direitos e deveres. O que se auferir com este procedimento é o necessário fomento à paz e o incentivo às práticas de cidadania, requisitos essenciais no contexto de um Estado Democrático de Direito.

Tamãha proporção e relevância tomou o meio alternativo de resolução de conflito conhecido por mediação, que o novo Código de Processo Civil acabou por estabelecer como essencial a audiência de mediação, considerando ato atentatório à dignidade da justiça a ausência injustificada da parte a sessão de mediação, de acordo com o que dispõe o artigo 331, §8º da Lei nº 13.105 de 2015, considerando que a tentativa de composição entre as partes é primordial para a busca do Acesso à Justiça.

No mesmo espírito do Novo Código Processual Civil foi editada a Lei 13.140 de 2015 que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, trazendo para o ordenamento jurídico a normatização da mediação há muito esperada por toda a sociedade.

Muito tem se afirmado que a visão de acesso à justiça tem se ampliado, não podendo mais se restringir ao acesso ao poder judiciário. Segundo Mauro Cappelletti (2002, p. 37) ocorreram três ondas que trouxeram um maior acesso à justiça, em linhas gerais a primeira teria sido a justiça gratuita; a segunda seria a defesa coletiva dos direitos e na terceira incluem-se as modificações no sistema processual civil e no direito material, seguindo essa perspectiva, é possível se chegar ao que se denomina quarta onda renovatória, ou seja, a efetividade dos direitos processuais, incluindo-se, neste ponto, os meios alternativos de resolução de conflitos.

Segundo Deborah Lúdia Lobo Muniz:

A mediação não é uma justiça alternativa, e muitos indivíduos, por vezes, assim a percebem, mas sim um meio alternativo no sentido de sua coexistência com a atividade jurisdicional do Estado, buscando nele amparo legal concreto e não apenas interpretações alheias às normas pré-constituídas. A mediação tem a propriedade de educar e ajudar a identificar as diferenças, promove a tomada de decisões sem que seja necessário um "terceiro" que decida o conflito pelos indivíduos, simbolizando, portanto, um instrumento prático de exercício da cidadania. (MUNIZ, 2004, p. 65)

Tem se constatado que os meios tradicionais de solução de conflito, envolvendo, principalmente, o Poder Judiciário tem se tornado dispendioso e demorado. Desta forma, a conduta baseada na litigiosidade tem o efeito de solapar, irreversivelmente, o relacionamento entre os envolvidos no litígio. Por outro lado, a conduta cooperativa e não adversarial busca manter o relacionamento entre as partes. E, nesse caminho estão os meios alternativos de resolução de conflito, por objetivarem a manutenção das relações sociais e o exercício da cidadania e da responsabilidade.

Considerando a crise da justiça e a eficiência própria das soluções autocompositivas, tornou-se imprescindível a adoção pelo Estado de medidas de incentivo à realização dos meios alternativos de resolução de conflitos, provendo o que se chama de uma política pública de incentivo à utilização em larga escala dos mecanismos para obtenção da autocomposição.

Não se trata da privatização da justiça e nem pode ser considerado como remédio miraculoso a desafogar o judiciário a custos reduzidos. Trata-se da humanização da justiça, uma justiça mais coerente com as transformações contemporâneas.

A mediação figura como um meio eficaz de suprir as exigências da sociedade atual, que necessita de um meio ágil e efetivo de solução de conflitos ante à pouca efetividade da tutela jurisdicional e dos obstáculos que o cidadão encontra para ter o acesso à justiça.

Diante de um visível quadro de decadência do Judiciário, no que tange ao alcance de solução de todas as demandas que batem as suas portas todos os dias, o ilustre processualista Calmon de Passos considera seu declínio da seguinte forma:

A crise é do Estado, como um todo, do modo como foi institucionalizado, mas nossa análise limitar-se-á aos aspectos pertinentes à função jurisdicional, campo de nosso específico interesse, sem pretendermos com isso atribuir apenas ao Poder Judiciário a pecha de sua insatisfatória institucionalização democrática. (...) um amontoado de equívocos nos levou à grave conjuntura com que nos deparamos, contribuindo para o descrédito dos magistrados, agravando a crise de governabilidade existente, tornando ainda a atividade dos operadores do Direito algo decepcionante e desgastante para os que a ela se dedicam com fidelidade ao que realmente deve ser, porém com largo proveito para todos os que se nutrem da litigiosidade, que estimulam como os corvos precisam da carniça dos mortos para subsistirem, e deleite de quantos necessitam de engrandecer às custas do arbítrio e da exibição. (PASSOS, 2000, p. 108)

É claro que não se pretende aqui, impor uma afirmação de que os conflitos podem prescindir da atuação do Poder Judiciário e que deve se retirar do Estado-Juiz o poder de resolver os conflitos, mesmo porque, não há que se olvidar, que existem situações em que o diálogo se torna inviável, considerando

todo um histórico do caso, existindo, ainda, conflitos que só podem ser resolvidos por meio do Poder Judiciário, diante das regras do ordenamento jurídico brasileiro.

No entanto, diante da constatação de que os conflitos são naturais de uma sociedade, o ordenamento jurídico brasileiro passou a buscar a possibilidade real de solução destes pelos próprios envolvidos, tendo surgido, então, o que hoje conhecemos como Meios Alternativos de Resolução de Conflito, meios esses que se utilizam do auxílio de técnicas capazes de conduzir as partes à solução do seu conflito, visando sempre a almejada pacificação social.

3. A BUSCA PELA PACIFICAÇÃO SOCIAL

Pacificar, de acordo com o Dicionário Aurélio significa: “restabelecer a paz a; apaziguar; serenar, tranquilizar, acalmar, abrandar; voltar à paz; tranquilizar-se, serenar-se, acalmar-se” (FERREIRA, 2005, p.473)

No que tange ao conflito, pacificar, por sua vez, significa harmonizar, apaziguar interesses, sentimentos e ideias opostas; restabelecer a ordem; amenizar desentendimentos.

O fato dos próprios envolvidos no conflito buscarem soluções eficazes aumenta o sentimento de responsabilidade civil, de cidadania e de controle sobre seus demais problemas.

A expressão: paz social, consiste na ausência de violência física e moral, bem como na efetivação dos direitos fundamentais. Neste sentido, se posiciona Lília Maia de Moraes Sales:

[...] ensina-se a paz quando se resolve e se previne a má administração dos conflitos; quando se busca o diálogo; quando se possibilita a discussão sobre direitos e deveres e sobre responsabilidade social; quando se substitui a competição pela cooperação. (SALES, 2007, p. 38)

Logo, a mediação, se não a mais importante, constitui uma das alternativas mais poderosas na busca da tão almejada Pacificação Social e do Acesso à Justiça.

No entanto, torna-se necessário um cuidado com a nomenclatura “alternativo”, pois dá a falsa impressão ou um tom pejorativo - de “contrário à Jurisdição”, enquanto, na verdade alternativo é a utilização pela sociedade de uma outra forma possível para a resolução do conflito fora da chamada Jurisdição, e muito se fala que esses meios alternativos surgiram para desafogar o Poder Judiciário, no entanto, podemos entender que essa não é sua finalidade, pois quando alguém procura um meio diverso do meio jurisdicional para resolver o seu conflito, não está pensando em poupar o Poder Judiciário que se encontra abarrotado de processos, mas sim porque vê, por exemplo, na mediação, uma oportunidade de solução de conflito mais rápida, mais barata, mais humana, que contempla suas necessidades.

Embora tenha a aparência de conciliação, a mediação é um procedimento bem distinto, pois o conciliador no esforço que tem de aproximar as duas pretensões, de procurar uma zona comum que comporte as duas pretensões, passa a apresentar sugestões, sendo com isso o co-autor do conteúdo daquele acordo, caso seja exitoso, podendo desempenhar também o papel de negociador das propostas apresentadas pelas partes na tentativa de atingimento de um ponto comum, onde cada parte deixa sua posição/pretenção inicial, e, cedendo, chega a uma posição confortável que satisfaça a ambos. O conciliador pode ser autor ou co-autor de propostas, não havendo nenhuma imposição às partes, mas apenas sugestões de como se chegar a solução daquele conflito por livre expressão da vontade das próprias partes.

Enquanto isso, na mediação a situação é diferente, o mediador não faz qualquer sugestão, ele tem o papel de facilitador, na tentativa de que cada parte entenda o ponto de visão do outro e procure estabelecer uma ideia, um sentimento de que a solução ideal para aquele caso é uma solução equilibrada, que represente um valor/justiça tanto para uma quanto para a outra parte, ou seja, as partes indo e vindo na posição contrária podem refletir os argumentos, os elementos internos e externos daquele conflito, o sofrimento que ambos os lados vivem, então, se cria uma zona de aproximação entre as partes, buscando um espírito de solidariedade e de cooperação, de forma com que busquem a solução não para resolver o problema de uma partes, mas uma solução que seja melhor para ambas.

Ademais, a mediação possui alguns princípios em seu núcleo, o primeiro é o princípio da Autonomia da Vontade das partes. Não deve haver mediação imposta, esta será melhor sucedida quando depender da vontade das partes, no entanto, não se pode olvidar que as partes apenas terão interesse em mediar se conhecerem o instituto, por isso a importância de uma maior divulgação da existência e do êxito do instituto na solução dos conflitos, a sociedade precisa conhecer, e conhecer bem, esses mecanismos alternativos para que possa lhes dar credibilidade, deixando para traz a cultura do litígio e da sanção, e acreditar que todo ser humano é capacitado para solucionar seu próprio conflito.

Portanto, o segundo princípio é o da Credibilidade, logo, o mediador deve ser uma pessoa que transmita confiança, as partes precisam confiar que o mediador está em busca de que elas próprias cheguem a uma melhor solução para a controvérsia.

A Confidencialidade, é princípio basilar da mediação. O procedimento da mediação deve ser confidencial, pois concede segurança às partes de que o que foi posto na sessão de mediação não será divulgado, salvo se as partes assim permitirem e desejarem. Há que se ressaltar que, havendo sessões individuais, ou seja, quando o mediador perceber a necessidade de ouvir separadamente, em algum momento, as partes, é certo que também o que for dito na sessão individual deve ser confidencial e não poderá ser revelado à outra parte, salvo se autorizado.

O mediador tem o dever de informar/explicar às partes o que é a mediação e qual o seu objetivo. É dever, também, do mediador a busca da solução juntamente com as partes, assim, jamais o mediador poderá sugerir uma solução, ele apenas conduz as partes, é onde surge o Princípio do Poder de Decisão das partes. No procedimento mediativo o poder de decisão cabe às partes, e o mediador apenas facilitará a comunicação, não decidindo qual será a melhor solução para o litígio.

Vale ressaltar que, está implícito ao escolherem participar ou permanecer no procedimento mediativo, que as partes primam pelo Princípio da não-competitividade, pois diferentemente do que ocorre no Poder Judiciário, onde o conflito é uma disputa em que uma parte ganha enquanto a outra perde, na mediação os envolvidos buscam a solução do conflito de forma que todos ganhem. Não se incentiva a competição, mas a cooperação, e é através do diálogo e das discussões, que os envolvidos visam alcançar uma solução que seja mutuamente satisfatória, de forma que o conflito possa ser tratado.

Vale ressaltar, que o conflito tem um papel positivo na sociedade, sendo inerente e salutar a qualquer convívio social, pois uma sociedade sem conflitos seria uma sociedade estática. Assim, o conflito não deve ser extinto pela mediação ou qualquer outro método, e sim ser tratado, sendo visto como uma oportunidade para o crescimento, pois concede ao indivíduo consciência de sua responsabilidade diante do problema, oportunizando que enxergue as situações adversas como uma forma de amadurecimento, evitando que novos desentendimentos decorrentes daquele conflito desemboquem no judiciário, como, por exemplo, os conflitos familiares, que trazem consigo ações de alimentos, visitação, guarda, execução de alimentos, revisional de alimentos, entre outras, simplesmente, porque o conflito não é tratado, já que sentença judicial, muitas vezes, apenas põe fim a lide.

Importante ressaltarmos que a mediação não tem como foco principal o acordo, e, enquanto na conciliação se busca o acordo, na mediação o foco é a transformação do indivíduo; pode-se concluir que, se na conciliação trabalha-se o conflito, na mediação, trabalha-se a pessoa, pois o conflito aqui é visto como uma oportunidade para a transformação do ser humano.

Ademais, a intervenção do mediador deve ser a mínima possível, ou seja, a partir do instante em que o diálogo entre as partes for restaurado, o mediador não deve intervir, a menos que seja estritamente necessário. Muitas vezes a intervenção se dará para "separar pessoas do problema", pois, não raro, o acirramento do conflito se dá por questões pessoais. Por meio de uma análise detida, o mediador poderá concluir que o problema em si é de simples desate, mas, de tão envolvidas que estão as pessoas em um conflito de estágio já avançado de ressentimentos, as partes ignoram que a solução está bem diante dos olhos.

É necessário um incentivo para que as partes tenham um agir reflexivo, suscitando dúvidas para que identifiquem o verdadeiro conflito, chegando, inclusive, à inversão de papéis, uma ferramenta muito utilizada na mediação. A ética da alteridade – numa sociedade individualista como a nossa, dificilmente se encontra o comportamento de estimular a alteridade (capacidade de se colocar no lugar do outro na relação interpessoal). Caberá ao mediador o incentivo; por meio de perguntas circulares, fazer com que uma parte se coloque no lugar da outra, coloque-se na visão do outro.

A mediação traz uma nova prática para o Direito, pois o mediador, por meio de técnicas de facilitação, ajudará os envolvidos no restabelecimento da comunicação, possibilitando que cheguem a um acordo que possa satisfazer os interesses, e não as posições.

Como mecanismo alternativo, a mediação, privilegia o restabelecimento das relações sociais e o acordo entre as partes. Seu objetivo basilar, desta forma, não é a busca pela aplicação do direito ao caso concreto, como na Jurisdição, mas, a busca do apaziguamento, da pacificação das partes envolvidas na querela, percebendo-se que tais partes são indivíduos sociais, e assim, o que se pretende é encontrar uma solução que seja boa para ambos.

4. CONCLUSÕES

É possível se concluir que os mediadores são os facilitadores da comunicação, permitindo que as partes envolvidas no conflito, tenham uma nova relação a partir da participação no procedimento mediativo; com a visão de que o acordo pode não ser o objetivo final da mediação e, sim o restabelecimento da comunicação entre os envolvidos.

O resultado da mediação vai além do que meramente resolver um conflito, a mediação transforma adversários em colaboradores, estimula e facilita a comunicação entre os indivíduos em conflito, e dessa forma oferece o que a jurisdição pública não tem condições de oferecer: a celeridade na solução do conflito e o restabelecimento das relações sociais continuadas.

A mediação, hodiernamente, tem sido um dos instrumentos mais valiosos para a autocomposição, é uma chave para que a sociedade possa se libertar da dependência do Poder Judiciário na resolução dos conflitos, em especial os familiares, diante de suas peculiaridades, já que é certo que o Judiciário deve estar disponível para decidir apenas os casos em que, de fato, não seja possível às partes a solução por si só.

A mediação não é milagrosa, não é a solução de tudo, mas é um ótimo caminho que começa a ser trilhado pela sociedade, e que, verdadeiramente, oferece benefícios para o alcance do tão almejado Acesso à Justiça, da manutenção saudável das relações continuadas e da Pacificação Social.

REFERÊNCIAS

BRASIL, <http://www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vicepresidencia/relatorios/nupemec/relatorio-semesteral-nupemec-1o-2013/anexo-01-resolucao-125-2010-cnj>. Acesso em 09 de junho de 2015.

CAPPELLETTI, Mauro e GRATH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre. Fabris. 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário Aurélio – Século XXI. São Paulo: Editora Nova Fronteira. 6ª edição. 2005.

MUNIZ, Deborah Lúcia Lobo, A mediação como facilitadora do acesso à justiça e ao exercício da cidadania, Revista Jurídica da UniFil, Ano I - nº 1, p. 65. Disponível em http://web.unifil.br/docs/juridica/01/Revista%20Juridica_01-6.pdf. Acesso em 20 de junho de 2016.

PASSOS, J.J. Calmon de. Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

SALES, Lília Maia de Moraes. A mediação de conflitos e a pacificação social. In Estudos sobre mediação e arbitragem. Lília Maia de Moraes Sales (Org.). Rio – São Paulo – Fortaleza: ABC Editora, 2007.

WARAT, Luis Alberto apud MUNIZ, Deborah Lúcia Lobo, A mediação como facilitadora do acesso à justiça e ao exercício da cidadania, Revista Jurídica da UniFil, Ano I - nº 1, 2004, p. 63. Disponível em http://web.unifil.br/docs/juridica/01/Revista%20Juridica_01-6.pdf. Acesso em 20 de junho de 2016.

WATANABE, Kazuo. Texto Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords). Participação e Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

O SISTEMA MÚLTIPLAS: SUA INFLUÊNCIA NA MUDANÇA PARADIGMÁTICA DE SOLUCIONAR CONFLITOS NO BRASIL

THE ADR COURT SYSTEM: ITS INFLUENCE ON THE SHIFT IN PARADIGM TO RESOLVE CONFLICTS IN BRAZIL

Gabriela Vitoria de Liro Silva¹⁶⁷

Vanessa Teixeira Campos¹⁶⁸

Mônica Carvalho Vasconcelos¹⁶⁹

RESUMO: Este artigo tem como objetivo analisar o Sistema de Múltiplas Portas (Multidoor Courthouse System) o qual consiste em um mecanismo que visa à criação de centros onde as disputas passariam por uma triagem inicial para que fossem corretamente encaminhadas ao mais eficiente método de resolução. Esse conceito surgiu em abril de 1976 idealizado pelo Professor Frank E. Sander, da Universidade de Direito de Harvard, em uma Conferência realizada nos Estados Unidos, onde visava discutir os problemas enfrentados pelos juízes na administração da justiça. Diante disso, observou-se a desnecessidade de buscar unicamente o meio judicial para solucionar as controvérsias, possibilitando, assim, a implementação de outros métodos, como a Mediação, Conciliação, Negociação entre outros. Tais métodos possuem uma grande influência no Brasil, principalmente a Mediação, a qual abriu portas para a ocorrência de mudanças paradigmáticas, no sentido de desconstruir a mentalidade litigiosa que, tanto os cidadãos quanto os operadores do direito, ainda possuem. O presente ensaio objetiva analisar concepções do Sistema das Múltiplas Portas, tendo como intuito principal possibilitar seu estudo (e possivelmente sua implementação) no Brasil, possibilitando aos cidadãos uma maior facilidade de acesso à justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema de Múltiplas Portas. Estados Unidos. Sistema de Resolução de Disputas. Mediação de Conflitos. Brasil

ABSTRACT: This article has a goal to analyze the Multidoor Courthouse System, which consists of a mechanism that aims to create centers where disputes would pass through an initial trial to be correctly directed to the most efficient resolution method. This concept emerged in April 1976, articulated by Professor Frank E. Sander of Harvard Law School in a Conference located at United States, which aimed to discuss the problems faced by judges in the administration of justice. Whereupon, it was observed the needlessness of seek just the judicial way to solve all the controversies, making possible the implementation of other methods, as Mediation, Conciliation and Negotiation. These methods have a huge influence in Brazil, mostly Mediation, which opened possibilities to paradigmatic changes, in a way that would deconstruct the litigious mentality that both citizens and jurists still have. The present article aims to analyze conceptions of Multidoor System, having as the primary goal to make possible your study (and fortunately your implementation) in Brazil, giving the citizens a bigger facility to face justice.

KEYWORDS: The Multidoor Courthouse System. United States. Dispute Resolution Systems. Conflict Mediation. Brazil.

INTRODUÇÃO

O presente ensaio visa dar maior visibilidade ao estudo do modelo norte-americano "Multidoor Courthouse" (Sistema de Múltiplas Portas), demonstrando sua funcionalidade, acerca das opções dadas às partes em conflito para a resolução de problemas interpessoais, além do tradicional método judicial de heterocomposição.

A gama de conflitos sociais sempre gerou na população a necessidade de propor medidas diferenciadoras para solucionar suas controvérsias. Assim, nos Estados Unidos, surgiu o sistema "Multidoor Courthouse", colocando todas as Cortes americanas à disposição de mecanismos como: mediação, conciliação, arbitragem, dentre outros, onde objetivam garantir uma decisão eficaz, rápida e justa. Este sistema oferece aos cidadãos envolvidos com relações conflituosas, maior facilidade de acesso à justiça, bem como a participação direta para resolverem suas próprias divergências.

A pesquisa proposta nesse ensaio é do tipo qualitativa com estudos na doutrina, legislação etc., para o fim de levantar posicionamentos e discussões acerca do tema em destaque.

Objetivou-se, com este levantamento, em seu primeiro tópico, fazer uma análise acerca do desenvolvimento do Sistema Multiportas nos Estados Unidos, definindo o seu conceito e seus objetivos, tendo

¹⁶⁷ Graduanda em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Estágio voluntário no fórum. Participação do projeto de pesquisa Mediação Escolar na UNIFOR durante 2 anos, tendo como orientadora a professora Lília Sales.

¹⁶⁸ Graduanda em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR), iniciando o 8º Semestre. Estagiou remunerado no Escritório R Amaral, no Escritório Rocha Marinho e Sales (Matriz) e na Procuradoria da Fazenda Nacional. Estágio voluntário no Núcleo de Mediação da UNIFOR durante 6 meses, tendo como orientadora a professora Mônica Carvalho

¹⁶⁹ Doutora em Direito Fundamentais pela Universidade Autônoma de Madrid e professora da Universidade de Fortaleza-UNIFOR.

como base experiências adotadas em diversos estados norte-americanos. Em seguida, fora feito um paralelo entre a disseminação desse Sistema e sua influência nos Mecanismos Alternativos de Solução de Conflitos adotados no Brasil. E finalmente, perquiriu-se sobre o desenvolvimento da Mediação no Brasil, com um breve histórico da sua institucionalização e como primeiro passo para uma possível efetivação do Sistema Multiportas no país.

1. O MODELO NORTE-AMERICANO MULTIDOOR COURTHOUSE (SISTEMA DE MÚLTIPLAS PORTAS)

Em uma conferência realizada em STP Paul, Minnesota, denominada "The Pound Conference", que visava discutir os problemas enfrentados pelos juizes na administração da justiça, em abril de 1976, surgiu o conceito "Multidoor Courthouse", articulado pelo Professor Frank E. A. Sander, da Universidade de Direito de Harvard.

Neste aspecto, o nome "Multidoor Courthouse", cuja tradução literal para o Português consiste em Tribunal de Múltiplas Portas, remete exatamente à ideia de que o Judiciário seria composto por diversas "portas", sendo cada uma referente a um método de resolução específico para cada tipo de controvérsia.

À época, a litigância judicial era a única forma de solucionar os conflitos que chegavam aos tribunais. Tal conceito, em contrapartida, vislumbrava uma diversidade de opções para a resolução de conflitos, na qual a litigância seria apenas uma delas, dentre diversas outras.

A proposta inicial desse sistema consiste na criação de centros nos quais as disputas passariam por uma triagem inicial para que fossem corretamente encaminhadas ao mais eficiente método de resolução. Especialistas treinados, após a oitiva da descrição do conflito, discutiriam com o cidadão as opções possíveis para resolvê-lo, fazendo as devidas sugestões e indicando o meio mais apropriado, dentre eles mediação, conciliação, arbitragem, "case evaluation, settlement conferences, factfinding, mini-trials e summary jury trials" (estes últimos, por serem institutos muito específicos à realidade norte americana, não serão objetos de estudo do presente trabalho).

O objetivo principal vislumbrado pelo Sistema Multiportas é oferecer aos cidadãos uma maior facilidade de acesso à justiça, com custos reduzidos e maior agilidade, fazendo com que tenham participação na resolução de seus conflitos, por meio de técnicas, especialmente a negociação. Como consequência lógica, o sistema facilita a resolução das desavenças, e produz a redução da quantidade de processos judiciais.

No histórico dos fatos, em 1985, foram escolhidas três cidades americanas para testar o novo sistema proposto pelo Professor Sander, quais sejam Washington, D.C; Tulsa, OK; e Houston, TX.

A mais bem-sucedida experiência se deu em Washington, D.C, na qual foram desenvolvidos alguns princípios essenciais, para que o sistema "Multidoor" fosse de fato implantado e conseguisse atingir seu objetivo. Os princípios são enumerados por Kessler, Finkelstein (1988):

First, Multi-Door was to be a court-initiated, court-centered program. Multi-Door would be headquartered in the Superior Court courthouse and run by judges and court administrators. [...] Second, outside support and involvement were essential. Bar leaders were consulted about program plans and development, and bar members were informed about new Multi-Door efforts and encouraged to participate." Community groups and leaders were also consulted through an early advisory committee and the regular flow of informational materials.' Input on program design was sought from interested groups, especially for programs expected to be controversial. Third, Multi-Door relied on experts for assistance in conceptualizing and planning programs and conducting training. [...] Experts in training and evaluating mediators were brought in to provide these vital services on an as-needed basis. Fourth, each new Multi-Door program was started on an experimental basis with the assumption that if it worked, the court would attempt to continue and institutionalize the procedure. However, the program would end if it did not succeed. Each program was to start on a small scale, and only as it proved workable and effective would it be expanded. Fifth, the program sought to build support slowly. Knowing that most reform efforts are met with some skepticism and fear, planners implemented the two least controversial programs first, hoping for early successes that could encourage further experimentation and reform. Finally, and perhaps most importantly, the Multi-Door program was designed to be as creative and fluid as the concept upon which it was based. From the outset, the program was intended to address the needs of the citizens of Washington, D.C., changing whenever new dispute resolution needs were identified.¹⁷⁰

170 Tradução livre: Primeiro, "Multidoor" era para ser um programa centrado no tribunal. "Multidoor" seria sediado na Suprema Corte e dirigido por juizes e administradores dos tribunais. Segundo, o suporte e envolvimento externo seriam essenciais. Líderes das associações dos advogados foram consultados sobre os planos do programa e o seu desenvolvimento, assim como os membros de tais associações foram informados a cerca do novo sistema e encorajados a participar. Grupos e líderes sociais também foram consultados através de um comitê consultivo e avisados sobre o fluxo regular dos materiais informativos. Terceiro, "Multi-door" contou com especialistas para ajudar a conceituar e planejar os programas e conduzir os treinamentos. Experts em treinar e avaliar mediadores foram trazidos para providenciar essa atividade tida como necessidade básica essencial. Quarto, cada novo programa "Multi-door" foi iniciado como uma base experimental com a suposição de que, se funcionasse, a corte iria dar continuidade e institucionalizar o programa. Em contrapartida, se o programa não obtivesse sucesso, iria acabar. Cada programa seria iniciado em uma escala pequena, e somente se ele se mostrasse efetivo é que seria expandido. Quinto, o programa buscou adquirir suporte lentamente. Sabendo que a maioria dos esforços de uma reforma esbarra em certo ceticismo e medo, os idealizadores do projeto implantaram primeiramente os dois programas menos

Apartir do sucesso da experiência inicial, o Sistema de Multiportas passou a ser implantado nas diversas Cortes dos Estados Unidos, disseminando-se na cultura norte americana e ganhando destaque, principalmente, nos estados da Flórida, Washington D.C e Nova York.

De acordo com a pesquisa anualmente desenvolvida pela Corte do Distrito de Columbia, com o fito de disponibilizar um relatório sumarizado das atividades desenvolvidas naquele órgão, em 2015, no que tange ao Sistema de Multiportas, em mediações de causas cíveis envolvendo pequenos valores ("Small Claims Cases") a porcentagem de acordos firmados atingiu 58%; na área de família, nos casos referentes à proteção de crianças ("Child Protection Cases"), o índice de resolução destes conflitos chegou a 95%; já quanto às causas referentes a contratos de locação ("Landlord and Tenant Cases"), este índice atingiu 68%. Estados Unidos (2015).

Mesmo com o Sistema Multiportas norte americano já se encontrando em uma fase relativamente avançada, considerando que teve início há mais de 40 anos, é interessante notar, conforme supramencionado no último princípio adotado pelo Distrito de Columbia ao introduzir o "Multidoor" nos tribunais, que a criação de novos meios alternativos de solução de disputas não chegou ao fim, uma vez que as multiportas não se encerram em uma quantidade limitada de opções, e novos métodos vão sendo desenvolvidos de acordo com as necessidades dos cidadãos.

Ademais, como preleciona o próprio idealizador do Sistema de Multiportas, professor Sander, não há uma taxonomia específica para definir qual tipo de conflito deve ser encaminhado para qual "porta", isto depende de uma análise individual e especializada do conflito determinado, o que não é uma tarefa fácil.

I tried to look at each of the different processes and see whether we could work out some kind of taxonomy of which disputes ought to go where, and which doors are appropriate for which disputes. That is something I have been working on since 1976 because the thing about the multidoor courthouse is that it is a simple idea, but not simple to execute because to decide which cases ought to go to what door is not a simple task. That is something we have been working on. (CRESPO, 2008, p.01).¹⁷¹

2. A DISSEMINAÇÃO DO SISTEMA MULTIPORTAS E SUA INFLUÊNCIA NA MEDIAÇÃO NO BRASIL.

O Brasil encontra-se ainda em uma fase inicial no desenvolvimento dos métodos consensuais de soluções de conflitos, os quais começaram a ser primeiramente implementados no país a partir da Década de 90. Desenvolveu-se dentro de uma sociedade com a mentalidade voltada para o litígio, a qual se atribui a um terceiro imparcial (o juiz) a responsabilidade de julgar todos os conflitos existentes (SALES, 2003).

Tal mentalidade está presente, inclusive, tanto na formação acadêmica quanto na formação profissional dos juristas, que vêem, em sua maioria, o Poder Judiciário como único meio para dirimir os conflitos. Os advogados, por exemplo, quando procurados pelos seus clientes, lhes apresentam na maioria das vezes as vias judiciais para dirimir seus conflitos. Da mesma forma que, na perspectiva oposta, como é comum, o cidadão busca o advogado com o anseio de que este lhe represente judicialmente em uma disputa. Esta comparação dialética entre advogado e cliente, demonstra que ambos compartilham de uma mentalidade litigiosa a qual está disseminada na sociedade brasileira como um todo.

Na legislação de alguns estados norte-americanos, como Massachusetts, Colorado e Nova Jersey, os advogados possuem um dever ético em informar ao seu cliente todas as opções possíveis de solução jurídica para cada tipo de conflito que lhes é apresentado, o que facilita o pleno desenvolvimento do Sistema Multiportas. O professor Sander ao se referir a este dever ético do advogado, o comparou ao dever de um médico em informar ao paciente todas as formas possíveis de tratamento para a sua doença, cabendo ao paciente decidir qual solução melhor lhe convém, veja-se:

So when you come to a lawyer [...] you have to canvass different options with a client, just the way a doctor ought to do if you come in with some ailment. You say, "My stomach hurts," and the doctor does not say, "Well, let me get out my scalpel and operate." Doctors must tell you your options: "You can take drugs, you can do nothing about it, or you can have an operation." So, lawyers ought to be doing the same thing with disputes, and that naturally leads to greater exploration of dispute options. (CRESPO, 2008, p.01).¹⁷²

controversos, torcendo para que eles obtivessem um sucesso precoce, o que encorajaria futuras mudanças e reformas. Por último, e talvez o mais importante, o "Multi-door" foi criado para ser tão criativo e fluido quanto o conceito sob o qual ele se baseia. Desde o princípio, o programa teve a intenção de se voltar às necessidades dos cidadãos de Washington, D.C, mudando sempre que fosse identificada uma necessidade em criar um novo método de solução de conflitos.

171 Tradução livre: Eu tentei olhar para cada processo e ver se poderíamos trabalhar com algum tipo de taxonomia no sentido de determinar qual disputa deveria ir para onde, e qual porta seria apropriada para cada disputa. Isto é algo que venho trabalhando desde 1976, porque a questão é que o "Multidoor Courthouse" é uma ideia simples, mas não é simples de ser executada, porque para decidir quais casos devem ir para quais portas não é uma tarefa simples. Isto é algo que nós viemos trabalhando.

172 Tradução livre: Então, quando você procura um advogado, você tem que apurar diferentes opções com o cliente, exatamente como o médico tem o dever de fazer se você o procura com alguma doença. Você fala, "Meu estômago dói", e o médico não irá falar "Bem, deixe eu pegar meu bisturi e te operar". Os médicos devem dizer para você suas opções: "Você pode tomar uns medicamentos, você pode não fazer nada sobre isso ou você pode

Ademais, segundo noticiado nos meios de comunicação, o Judiciário brasileiro vem enfrentando uma série de crises, dentre elas o acúmulo de processos para instrução e/ou julgamento, que dificulta o acesso dos cidadãos a uma solução de tempo razoável para as suas demandas. Assim, a morosidade, o alto custo e a extrema burocratização dos processos, aliado ao ativismo judicial, a dificuldade de obter informações dos processos, acabam se tornando obstáculos para o acesso à justiça, afastando o Poder Judiciário dos cidadãos. Ao mesmo tempo em que o acesso à justiça é marcado por inúmeros obstáculos, no entanto, eleva-se o número de litígios, próprios das comunidades modernas, terminando por sobrecarregar o Poder Judiciário (Grinover, 2008).

Diante de todo esse panorama, a realidade brasileira difere-se em muito da norte-americana, tendo em vista que esta possui uma ampla gama de estudos e cultura na área da negociação, a qual engloba a resolução de divergências, fator que facilita a difusão dos métodos alternativos de resolução dos conflitos.

William Ury (2014, página 11), escritor norte-americano consagrado na área de negociação, cujo livro "Como chegar ao sim" é tido como referência internacional e cujas técnicas servem de parâmetro para os mais diversos métodos de resolução de conflitos, demonstra, através desse trecho, a mentalidade negocial que é difundida na sociedade americana:

Para conseguirmos o que desejamos, somos compelidos a negociar. Em alguns casos com mais vagar e, em outros, com mais rapidez, as pirâmides de poder estão se transformando em networks de negociação. Essa revolução silenciosa, que acompanha a mais bem-conhecida revolução do conhecimento, poderia ser denominada "revolução da negociação".

Apesar do Sistema de Multiportas não ser adotado no Brasil, ele exerce grande influência neste contexto. A mensagem fundamental que pode ser extraída do referido sistema é a de que a litigância judicial não é o único mecanismo a ser utilizado, uma vez que cada conflito possui suas peculiaridades e deve ser direcionado para a solução por meio de métodos mais compatíveis.

Neste sentido, está em desenvolvimento, na Universidade de St. Thomas, um Projeto de pesquisa internacional voltado para o estudo da viabilidade em se adotar o Sistema de Multiportas em países da América Latina, incluindo o Brasil (Crespo, 2008, p.01). Por sua importância no contexto doutrinário nacional, entre os representantes nacionais desse projeto, está a professora Ada Pellegrine Grinover. A possibilidade de aplicação prática desse trabalho pode trazer grande evolução aos Mecanismos de Soluções Consensuais de Conflitos, que, por enquanto, no Brasil, são utilizados apenas a Mediação, Conciliação, Arbitragem, e para alguns casos específicos a Justiça Restaurativa.

Dentre esses mecanismos, se dará enfoque especial à Mediação, que pela experiência acumulada ao longo do tempo, é considerada importante para desenvolver uma mentalidade menos litigiosa e mais negocial, visto que, os envolvidos participam na solução de seus conflitos de maneira mais eficaz.

3. A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO NO BRASIL PARA A EFETIVAÇÃO DO SISTEMA MULTIPORTAS

Com as diversas mudanças de concepções, valores e princípios, os mecanismos alternativos de soluções de conflitos tornaram-se inovadores e transformaram de forma positiva a concepção do conflito interpessoal.

Como visto no tópico anterior, o Poder Judiciário não atende as demandas da população que chegam a seu átrio em busca de rapidez na solução de seus conflitos. Dessa forma, há casos em que a judicialização do conflito é desnecessária, podendo ser substituída pela mediação, que permite transformar as situações litigiosas, por meio de técnicas de soluções com o diálogo franco e honesto.

Nesse sentido, Lilia Sales disserta acerca da mediação:

A principal diferença entre a mediação e os demais meios alternativos de resolução de controvérsias é que, na mediação, "existe a preocupação em criar vínculos entre as partes, transformar e prevenir os conflitos. O mediador ajuda as partes a entender o conflito como algo transitório, uma ponte para a evolução da comunicação e da convivência". (SALES, 2003, p. 44).

Ainda de acordo com a autora supramencionada, a prática desse método incentiva que as partes envolvidas no litígio busquem soluções para os seus próprios conflitos por meio da utilização de técnicas e/ou objetivos como: o diálogo; a escuta-ativa e o empoderamento.

Diante da relevância da Mediação no cenário nacional, tornou-se importante a sua institucionalização, primeiramente através da Resolução n. 125 do CNJ (Conselho Nacional de Justiça), publicada em novembro de 2010, que dispõe acerca da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Tal Resolução afirma que todos os tribunais brasi-

operar". Então, os advogados tem o dever de fazer a mesma coisa com os conflitos, e naturalmente explorar cada vez mais as opções para solucioná-los.

leiros deverão possuir núcleos permanentes de conciliação e mediação, facilitando o acesso à justiça e à eficiência no processo.

É interessante observar que o art. 1º dessa Resolução, extrai do Sistema Multiportas a sua ideia fundamental, de que cada conflito precisa ser solucionado através de um método adequado:

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. (grifo nosso)

Tratando-se assim, de uma nova mentalidade com o intuito de estimular a "Cultura de Paz", o Poder Judiciário, fomentou a solução de conflitos através desses mecanismos, especialmente, a mediação, de tal maneira que possibilitasse a transformação de uma sociedade de litigância para uma cultura de pacificação social. Diante disso, a atual Constituição Federal de 1988 garante em seu Art. 5º, XXXV o "acesso à ordem jurídica", ou seja, assegura aos cidadãos à celeridade, eficiência e exercício na participação na resolução de seus conflitos e do acesso à Justiça.

Após a implementação dessa Resolução, entrou em vigor no ano de 2015 a Lei nº 13.140 (Lei Brasileira de Mediação), disciplinando diversos aspectos acerca da prática da mediação no país. Trata-se de uma nova cultura, que permite um olhar mais conciliador em relação à justiça formal, para enfatizar a importância da Mediação como técnica de autocomposição de conflitos, onde as próprias partes buscam a solução de suas desavenças.

Outra conquista nessa área, foi a institucionalização da Mediação, por meio de dispositivo processual que permite o uso desse método alternativo tanto na fase pré-processual como no decorrer da ação judicial, conforme emana do art.334, do Código de Processo Civil de 2015:

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

Dessa forma, apesar das conquistas recentes, a permissão de aplicação da Mediação nas duas fases processuais, como alude o atual Código de Processo Civil brasileiro, representa importante conquista de acesso à Justiça, permitindo que a população tenha acesso a justiça social, que representa uma conquista do cidadão assegurada pela atual Constituição Federal pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Pois, sendo este mecanismo de mediação o principal meio alternativo de resolução de conflitos utilizado no Brasil, ele funciona, como facilitador para a desconstrução da mentalidade litigiosa que se faz presente na sociedade brasileira, dando abertura para que os "MCSC" (Métodos Consensuais de Solução de Conflitos) desenvolvam-se e ganhem cada vez mais destaque, chegando, quem sabe um dia, no ideal de aplicação total de um Sistema de Multiportas.

CONCLUSÃO

Por fim, a partir da experiência norte-americana do Sistema Multiportas, resta evidente que a mentalidade voltada para a resolução de conflitos através do litígio não mais ampara os anseios da sociedade atual, sendo mais adequada uma multiplicidade de alternativas para resolvê-los. Tal Sistema torna o Judiciário mais dinâmico, ágil e capaz de dar uma solução adequada aos tipos de disputas vivenciadas pelos cidadãos.

A partir de uma visão panorâmica acerca do tema dos métodos de resolução de conflitos, a experiência brasileira com a mediação, demonstra que esse método contribui sobremaneira para a ocorrência de uma mudança paradigmática, no sentido de desconstruir a mentalidade litigiosa que, tanto os cidadãos quanto os operadores do direito ainda possuem, passando a estimular a partição de forma efetiva na busca de métodos alternativos com o fito na pacificação social.

Neste contexto, o Sistema Multiporta norte-americano, com a sua multiplicidade de opções para a resolução dos diferentes tipos de conflitos, pode ser visto como um modelo a ser adotado no Brasil, com as devidas adaptações à realidade do país.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez. TRIBUNAL MULTIPORTAS: Investindo no Capital Social Para Maximizar o Sistema de Solução de Conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2012.

ESTADOS UNIDOS. DISTRICT OF COLUMBIA COURTS. . District of Columbia Courts Statistical Summary. WashingtonDc: DistrictOf Columbia Courts, 2015. Disponível em: <<http://www.dccourts.gov/internet/documents/2015-Statistical-Summary.pdf>>. Acesso em: 17 maio. 2016.

ESTADOS UNIDOS. UNIVERSITY OF ST. THOMAS SCHOOL OF LAW. . UST International ADR Research Network. Disponível em: <<http://courseweb.stthomas.edu/mdhernandezc/index-por.html>>. Acesso em: 19 maio. 2016.

FISCHER, Roger; PATTON, Bruce; URY, Willian. Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões. 2. Ed. Rio de Janeiro: Imago, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (Coord.). Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional – guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação. São Paulo: Atlas, 2008.

HERNANDEZ, Mariana D. A Dialogue between Professors Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo Exploring the Evolution of the Multi-Door Courthouse (Part One). 2008. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1265221>. Acesso em: 19 maio. 2016.

KESSLER, Gladys; FINKELSTEIN, Linda J.. The Evolution of a Multi-Door Courthouse. 1988. Disponível em: <<http://scholarship.law.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1897&context=lawreview>>. Acesso em: 17 jun. 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Teoria Geral da Mediação: À Luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

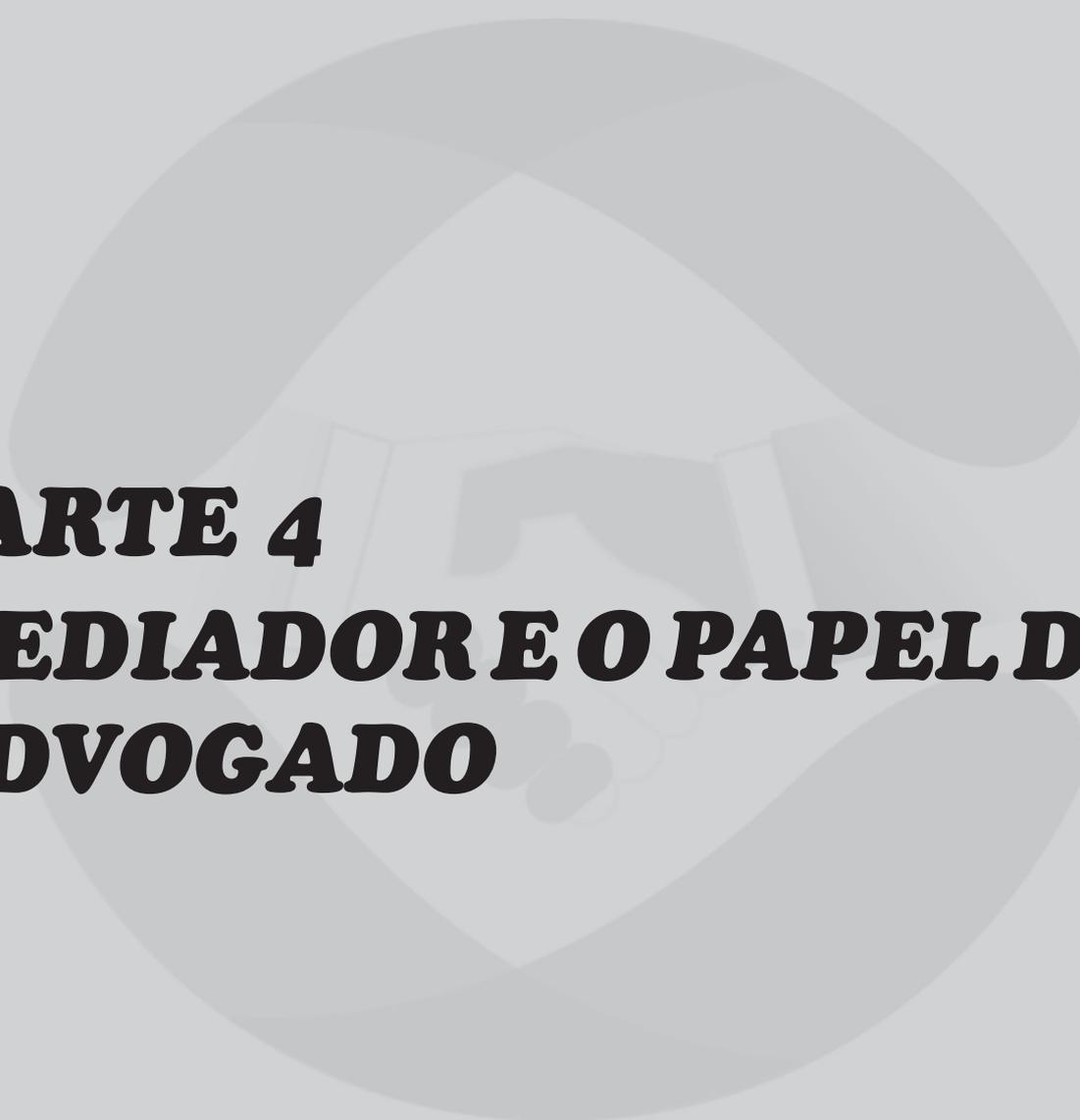
SALES, Lílían Maia de Moraes. Justiça e Mediação de Conflitos. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SALES, Lília Maia de Moraes. Mediar: um guia prático para mediadores. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2005.

SALES, Lília Maia de Moraes; SOUSA, Mariana Almeida de. O SISTEMA DE MÚLTIPLAS PORTAS E O JUDICIÁRIO BRASILEIRO. 2011. Disponível em: <http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/16_Dout_Nacional_7.pdf>. Acesso em: 15 maio. 2016.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Mediação de conflitos e práticas restaurativas. São Paulo: Método, 2008.

VEZZULA, Juan Carlos. Teoria e prática da mediação. Curitiba: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1998.



PARTE 4
MEDIADORE E O PAPEL DO
ADVOGADO

ADVOCACIA E ACESSO À JUSTIÇA: OS MÉTODOS DE SOLUÇÕES DE CONFLITOS NO BRASIL SOB O CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO

ADVOCACY AND ACCESS TO JUSTICE: THE METHODS OF CONFLICT RESOLUTIONS IN BRAZIL IN THE CONTEXT OF GLOBALIZATION

Raphael Franco Castelo Branco Carvalho¹⁷³

Isaac Rodrigues Cunha¹⁷⁴

RESUMO: A globalização, fenômeno que tanto se entende como constante quanto consolidado, é verdadeira catalizadora dos conflitos sociais. Uma vez que mais e mais pessoas se relacionam, estreitados que foram os laços e as distâncias, mais e mais conflitos despontam, chegando às portas da jurisdição na forma de litígios, de processos judiciais. Tal cenário, que se projeta nos mais diversos sistemas de justiça pelo mundo, faz-se perceber no Brasil, onde uma verdadeira "crise do Judiciário" reclama uma reavaliação dos antigos paradigmas de litigância e dos meios tradicionais de (ir)resolução das contendas. Nesse contexto, ganham destaque os chamados meios ou métodos alternativos de solução de conflitos – Alternative Dispute Resolutions ou ADR's no original em inglês. Tais mecanismos avultam-se como meios mais céleres e efetivos para a resolução das controvérsias, sem recorrem às tradicionais vias jurisdicionais, provocando consideráveis alterações nos sistemas de justiça e na advocacia que os integra. O presente estudo avalia o problema da obstrução das vias judiciais brasileira, a necessidade de novas vias de atuação e de que forma a advocacia há de atuar nesse (novo) cenário. Metodologicamente, a pesquisa classifica-se, quando ao seu tipo, como bibliográfica; quanto à utilização dos resultados, como pesquisa pura; e, quanto aos fins, como descritiva. Como resultado, encontra-se a relevância dos ADR's no âmbito da crise do Judiciário brasileiro e do papel da advocacia nesse cenário.

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia. Conflitos. Jurisdição. Arbitragem.

ABSTRACT: The globalization, that is understood both as a constant as a consolidated phenomenon, is the true catalyst of social conflicts. Since more and more people are related, which were narrowed ties and distances, more and more conflicts emerge, reaching the gates of jurisdiction in the form of litigation, court proceedings. Such a scenario that projects in various justice systems around the world, it is realizing in Brazil, where a true "the judiciary crisis" calls for a reassessment of old paradigms of litigation and the traditional means of (ir) resolution of disputes. In this context, are highlighted so-called means or alternative methods of dispute resolution - Alternative Dispute Resolutions or ADRs in the original English. Such mechanisms are loom as the most rapid and effective means for the resolution of disputes without recourse to traditional judicial way, causing considerable changes in the justice and law systems that integrates. This study assesses the problem of obstruction of the Brazilian legal remedies, the need for new ways of acting and how the law is to act in this (new) scenario. Methodologically, the research ranks when their type, such as literature; on the use of results, as a pure research; and, for purposes, such as a descriptive research. As a result, there is the importance of ADRs in the context of the Brazilian judicial crisis and the role of law in this scenario.

KEYWORDS: Advocacy. Conflicts. Jurisdiction. Arbitration.

1 INTRODUÇÃO

As transformações são a maca do século XXI. Os meios produção, comunicação e prestação de serviços sofreram consideráveis transformações, compreendidas como uma grande mudança de paradigmas, antes pautados numa produção em larga escala, agora ocorrendo mais simplificada. Essas alterações implicam profundas ressignificações na totalidade dos segmentos sociais, afetando, a um só tempo, o pensamento e as atitudes das pessoas. Chegara-se à assim chamada "sociedade do conhecimento", em que este conhecimento e os processos que levam à sua aquisição assumem papel demasiado relevante, primordial (VALENTE, 1996). Tal valoração do conhecimento acarreta nova postura na realização dos ofícios, inclusive nos que se relacionam com a atividade judiciária, especialmente a advocacia.

Com efeito, o processo de (re)democratização da sociedade e do Estado brasileiro, vem ocasionando mudanças nos mais distintos âmbitos da sociedade, de modo que também o seu sistema de justiça, incluído nessas transformações, vem trazendo novidades, sobretudo no que concerne às relações entre cidadão e Estado e às relações dos cidadãos entre si. Fato é que o Brasil apresenta tradição jurídica marcada por

173 Advogado. Professor Universitário. Mestre em Direito Constitucional - Universidade de Fortaleza (2015). Pós-Graduação em Direito Previdenciário. Graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2012). Vice-Presidente da Comissão dos Direitos do Idoso da OAB/CE. Membro do Conselho Estadual dos Direitos da Pessoa Idosa do Ceará. Membro da Comissão Especial de Mediação, Conciliação e Arbitragem da OAB/CE (2013-2015). E-mail: raphaelfcbrvalho@gmail.com

174 Mestrando em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. Professor-conteudista da Faculdade Ateneu de Fortaleza/CE. Professor de cursos de Pós-Graduação lato sensu. Advogado. E-mail: isaac.rodrigues.cunha@gmail.com

uma perspectiva formalista, advinda do chamado "positivismo jurídico" (BRANDÃO, 2012). Essa tradição jurídica, ainda tão em voga na modernidade, possui entre seus pressupostos as ideias de "paz" ou "ordem sociais", associadas associada à noção de manutenção da ordem como missão precípua da norma jurídica.

No âmbito dessas transformações, a jurisdição brasileira acaba por ser reconhecida como elemento integrante do próprio sistema político, de forma ativa. Tal fenômeno, apregoadado por uns e criticado por outros, é mesmo entendido como verdadeira "judicialização da política" (MACIEL; KOERNER, 2002), em que assiste crescente ingerência do Judiciário na política e social das pessoas. Partindo-se de tal aceção, sob uma nova compreensão da atividade judiciária, identificam-se indícios de uma (r)evolução dos paradigmas de uma jurisdição clássica até uma perspectiva mais atual, em que se avultam os chamados "métodos de resolução alternativa de conflitos" (VERONESE, 2002).

Nesse contexto, uma vez insertos nessa sociedade do conhecimento e, mais diretamente que todos os outros profissionais, nas transformações da seara jurídica, o advogado, considerado pela própria Carta Magna como essencial à administração da justiça, deve de estar apto a colaborar com a solução célere e efetiva dos conflitos que se lhe chegam, podendo, muitas vezes, evitar que se inicie, de fato, um litígio judicial (BRANDÃO, 2012).

Desta sorte, o papel do advogado recebe destaque no momento em que o Judiciário é acometido de uma inegável letargia, marcado por uma morosidade sem precedentes, uma verdade "crise", à qual parecem oferecer solução os mencionados meios alternativos de solução das controvérsias. Nesse sentido, a pesquisa debruça-se sobre o conflito como ponto de partida até se chegar aos meios que se destinam a solucioná-los antes que, piorando, adentrem o Judiciário. Perpassa-se, nesse caminho da enfermidade ao remédio – ou tratamento, no mínimo –, a globalização como catalizadora desses conflitos, a evolução do judiciário brasileiro, a trajetória da advocacia no país e as experiências mundo afora.

2 A "GLOBALIZAÇÃO DOS CONFLITOS" NA JURISDIÇÃO BRASILEIRA

Certo é que a globalização tem intensificado o surgimento de conflitos entre as pessoas, hoje entendidas não mais numa perspectiva insular, isolada, mas, sim, como "cidadãs do mundo". Ocorre uma verdadeira "geração espontânea e inevitável de conflitos que se intensificam e projetam nas sociedades, à medida que mais complexas se tornam as relações humanas, quando maior o desafio de se saber conviver com as diferenças do outro." (CARVALHO, 2015, p. 15). Vale questionar, desta sorte, de que forma tais transformações se fazem perceber na atividade jurisdicional ou, bem antes, na instauração dos conflitos que dão origem aos seus processos.

2.1 Os conflitos no contexto da globalização

Nesse sentido, defendia Carnelutti a existência de umas certas "relações de complementaridade" no âmbito dessas conexões entre as pessoas, sendo-lhes vitais justamente porque complementares – as pessoas se completam –, o que as estimularia a se combinarem segundo seus interesses:

O estímulo age por via de uma sensação penosa por todo o tempo em que se não efetua a combinação, e de uma sensação agradável logo que a combinação se produza. Essa tendência para a combinação de um ente vivo com um ente complementar é uma necessidade. A necessidade satisfaz-se pela combinação. O ente capaz de satisfazer a necessidade é um bem. [...] A relação entre o ente que experimente a necessidade e o ente que é capaz de a satisfazer é o interesse. [...] Um ente é objeto de interesse na medida em que uma pessoa pense que lhe possa servir, do contrário, é indiferente. (CARNELUTTI, 1999, p. 89-90).

Desta sorte, corresponderia o interesse à motivação do indivíduo, segundo a qual busca satisfazer-se de alguma forma, alcançar determinado resultado. Tal satisfação ocorre por meio, e. g., da aquisição de bens, quer materiais, quer imateriais, os quais supram determinadas necessidades. Assim, no momento em que não é satisfeita uma dessas necessidades, ou não é satisfeito o interesse a ela correspondente, tem-se por gerado um conflito. O interesse anterior dá lugar, na mente do "insatisfeito", à conflituosidade.

Nesse sentido, Julien Freund, ao tratar sobre os conflitos, classifica-os em duas modalidades distintas, quais sejam luta e combate. A primeira se entenderia como uma espécie indeterminada de conflito, confusa em sua metodologia (ou carente de uma), possuindo também resultados indeterminados (FREUND, 1995): é a luta em sentido estrito, as "vias de fato". Já o combate corresponderia ao conflito pautado em certas regras ou ritos, apresentando metodologia mais ordenada (FREUND, 1995).

Entrementes, a ocorrência de conflitos deve ser encarada como consequência da própria vida em sociedade, em que se desenvolvem as mais diversas reações entre seus integrantes. Por conta disto, faz-se necessário superarem-se os paradigmas antigos, os quais encaram os conflitos apenas com um olhar negativo, reputando-os como indesejáveis e destrutivos. Vem a calhar uma nova perspectiva, a qual vislumbra nas contendas diversas possibilidades, pelo conflito não apenas de interesses, mas também de

valores, ideias, vivências. Essa possível síntese de antíteses tenderia a evitar, a nosso ver, uma prejudicial estagnação das relações sociais.

2.2 Reflexos da numerosidade de litígios na jurisdição brasileira

Por decorrência dessa intensificação ou aumento dos contatos e, conseqüentemente, dos conflitos entre as pessoas, o Estado brasileiro vê-se desafiado a solucionar, enquanto monopolizador da jurisdição, com um sem-número de conflitos, nos quais por muitas vezes se percebem questões públicas relevantíssimas, como a das políticas que devem ser desenvolvidas a fim de que sejam efetivados os objetivos fundamentais da República Brasileira, previstos na Constituição Federal de 1988.

Sente-se ser necessário melhor trato das demandas oriundas de conflito no Brasil, o que se percebe em todos os âmbitos. Como exemplo, na Segurança Pública, surgem novas metodologias que superam o paradigma clássico de combate ostensivo à criminalidade. Nesse sentido, descrevem Sales e Saraiva (2013, online):

Com as mudanças de paradigmas que vêm ocorrendo na segurança pública, o surgimento da discussão sobre o modelo de segurança cidadã trouxe à tona a necessidade de novas ações sobre a violência que não se restrinjam a estratégias de cunho repressivo, mas, igualmente, mecanismos de administração dos conflitos por meio da prevenção e da cooperação entre sociedade e polícia.

Pautada no respeito aos direitos humanos e na valorização da dignidade humana e cidadania, a segurança cidadã é expressa no reconhecimento da figura do cidadão como pessoa de direitos e obrigações e, portanto, em um ator social corresponsável pela manutenção da ordem pública juntamente com os agentes de segurança.

As conseqüências dessa realidade em quem despontam mais e mais conflitos terminam desencadeando, também, a necessidade de mudanças no Sistema de Justiça brasileiro, sobretudo pelo estímulo a meios os quais possibilitem celeridade e economia processuais, tão almejadas pelos que se socorrem da jurisdição, e como já deveria ocorrer, segundo a semântica constitucional.

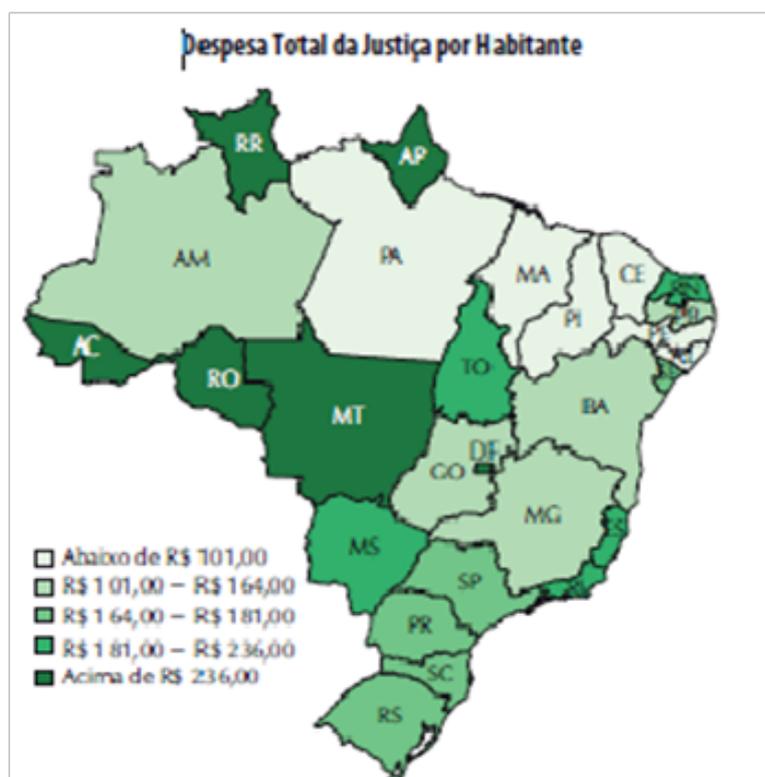
Sabe-se, contudo, que tais preocupações não são recentes e já geraram resultados, como a promulgação da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995 – Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, como proposta de se garantir melhor (mais célere) julgamento às querelas as quais possuíssem como objeto valores menos expressivos, as famigeradas “pequenas causas”. Ocorre, no entanto, após mais de vinte anos de sua criação, que os JECC's ainda são marcados pelas mesmas chagas de morosidade e ineficiência características da Justiça Comum:

[...] começaram como uma forma de permitir acesso mais fácil à camada mais humilde da população – como a experiência, em princípio combatida, que funcionou, sendo utilizada, hoje, como uma forma de solucionar a crise da Justiça e não para facilitar o acesso à Justiça pela população mais humilde. Ampliaram a competência dos juizados sem que o Estado cuidasse de organizá-los e aparelhá-los melhor, bem como dar tratamento adequado para seus funcionários. Estamos presenciando – pelo menos observo isso no Estado de São Paulo –, em alguns juizados, a distribuição de senhas para atendimento, a formação de filas, transformando-se em uma espécie de “INPS” dos juizados. (WATANABE, 2005, p. 687).

Acontece que uma gama de demandas precisa de uma célere e efetiva resolução, que dirima os conflitos existentes e forneça subsídios para que se evitem conflitos novos assemelhados aos que se resolveram. Ora, muito que se tem das normas jurídicas em vigor, quando expressadas na forma de leis, adveio de construções jurisprudenciais, empós anos e anos de conflitos que a lei não resolvia – ou mesmo dava causa. Desta sorte, um Judiciário incapaz de recepcionar sobriamente as demandas muito pouco contribui como órgão pacificador, tampouco como fonte de normas jurídicas.

Fato é que o acesso à justiça figura como instrumento primordial ao exercício da cidadania, para prevalência dos valores democráticos e do próprio Estado de Direito. Infelizmente, em detrimento dessa relevância que o acesso à justiça possui, tramitam dezenas de milhões de processos nas vias judiciais brasileiras sem que se lhes dê tratamento célere, com a entrada de milhões de novas demandas a cada ano, o que denota que o problema do atravancamento da jurisdição brasileira está longe de solucionar-se.

Consoante relatório de dados exarado pelo Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2013, online) tem-se que em 65% das ações cíveis, valores inferiores a R\$1.000,00 (mil reais) são objetos de demandas e que cada novo processo demanda dos cofres públicos cerca de R\$1.300,00 (mil e trezentos reais), podendo levar até dez anos para serem resolvidos. Os custos anuais com o Sistema de Justiça demandam dos cofres públicos um vultoso montante de investimentos, gerando diferentes estatísticas em cada um dos estados, como se pode extrair do mapa abaixo (BRASIL, 2013, online):



Fonte: Conselho Nacional de Justiça 2013

Do exposto, dada a complexidade dos desafios, mostra-se necessário que se realizem amplas discussões em torno de um aprimoramento do Judiciário como um todo. Em tal cenário, a advocacia brasileira, tal qual atuara outrora, participando das mudanças sofridas pelo Brasil, há de protagonizar tais debates, sugerindo políticas alternativas para a resolução de litígios, denotando possibilidades e caminhos novos, em que prevaleça uma cultura do diálogo, permitindo a efetivação da justiça entre as partes.

3 O PAPEL DA ADVOCACIA NO ÂMBITO DO MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Até aqui ficou claro que a carreira mais diretamente afetada pela crise do Judiciário brasileiro, a mais do que é afetada a generalidade da população brasileira, é a carreira de advogado(a). Uma vez atuando como causídico, parece que o advogado incorpora ou absorve para si aquelas ideias ou ideais de interesse e satisfação que deram origem ao conflito. O interesse primário torna-se interesse processual, a satisfação desejada torna-se o julgamento procedente da demanda. Nesse contexto, resta saber de que forma contribui a advocacia para a solução dessa crise – e de que forma também contribuía, ao longo da história, para sua instauração.

3.1 As origens da advocacia no Brasil e no mundo

A origem da atividade advocatícia remonta desde os primórdios da humanidade, mais precisamente ainda na idade antiga como destaca Lobo (2002, p. 3), em seus escritos:

A advocacia, como defesa de pessoas, direitos, bens e interesses, teria nascido no terceiro milênio antes de Cristo, na Suméria, se forem considerados apenas dados históricos mais remotos, conhecidos e comprovados

Etimologicamente, o vocábulo advogado é derivado do latim *ad vocatus*, ou seja, aquele que é convocado. O advogado, portanto, é aquele profissional que, ao ser convocado pela parte, constitui a defesa desta onde quer que seja acionada.

No decorrer do tempo, a atividade advocatícia foi sendo regulamentada e adquirindo status de profissão. Em Bizâncio, à época do Imperador Justiniano, foi estabelecido o primeiro marco cronológico de criação de uma Ordem de Advogados, a dos advogados do Império Romano do Oriente, estabelecendo para todos os associados o preenchimento de requisitos como:

[...] ter aprovação em exame de jurisprudência, ter boa reputação, não ter mancha de infâmia, comprometer-se a defender quem o pretor em caso de necessidade designasse, advogar sem falsidade, não pactuar quota litis, não abandonar a defesa, uma vez aceita. (LOBO, 2002, p. 5).

A advocacia brasileira teve seus primeiros passos demarcados ainda quando da vigência das Ordenações Filipinas, através das quais a Metrópole Europeia determinou como requisitos para a formação advocatícia oito anos de curso jurídico, até então, inexistentes na Colônia. A propósito:

Os historiadores da nossa profissão costumam apresentar como primeiro advogado, no Brasil, Duarte Peres, o bacharel de Cananéia, degredado deixado em Cananéia no ano de 1501. Durante a Colônia, o quadro geral do foro brasileiro era desolador; magistratura ignorante e corrompida de um lado e de outro, rabulice analfabeta e trapaceira. (SODRÉ; BARRETO, apud LOBO, 2002, p. 6)

Cabe salientar que por não ser tarefa primordial deste trabalho discorrer minuciosamente sobre o caminhar histórico da profissão, limitamo-nos a ratificar que após todo um processo que se desenvolveu desde a criação dos primeiros cursos de Direito no Brasil Império, a advocacia adquiriu os mais atuais contornos jurídicos com o advento do atual Estatuto –, materializado pela Lei nº 8.906/94.

Por meio do supramencionado diploma legal, foi reconhecida a essencialidade do profissional da advocacia à administração da justiça, dotado de múnus público, como se pode constatar:

Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça.

§ 1º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.

§ 2º No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público.

§ 3º No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei. (BRASIL, 1994, online).

Rui Barbosa, patrono dos advogados brasileiros, coloca o advogado enquanto um guardião da sociedade quando esta se vê ameaçada do cometimento de alguma injustiça:

[...] ora, quando quer e como quer que se cometa um atentado, a ordem legal se manifesta necessariamente por duas exigências, a acusação e a defesa, das quais a segunda, por mais execrado que seja o delito, não é menos especial à satisfação da moralidade pública do que a primeira. A defesa não quer o panegírico da culpa, ou do culpado. Sua função consiste em ser, ao lado do acusado inocente, ou criminoso, a voz dos seus direitos legais. (BARBOSA, 1999, p. 15).

Cabe, outrossim, salientar que essa indispensabilidade do advogado à administração da Justiça já havia sido preconizada pela Carta Constitucional de 1988, por meio de seu artigo 133, nos seguintes termos: "Art. 133 - O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei." (BRASIL, 1988, online).

Dos mencionados dispositivos, emerge o protagonismo conferido pelo ordenamento pátrio ao advogado no processo de construção e administração da política judiciária brasileira, sendo, portanto, agente capaz de propor, criticar e elaborar propostas de implementação de melhorias ao Sistema de Justiça de forma geral.

Bizatto (2000, p. 54) ao tratar mais especificamente da função específica do advogado, assevera que:

[...] não é possível que a massa popular tenha pleno conhecimento das leis, donde surge a figura do advogado, como um especialista na arte de consultar (estudar e conhecer as leis), conciliar (propor acertos) e pleitear (ingressar em juízo).

Conforme dito no item anterior, a tradicional política de gestão de litígios adotada pelo Sistema de Justiça Brasileiro, não obstante se deva reconhecer que em espaços como o da Justiça Laboral, se tenha mais desenvolvida a possibilidade de diálogo entre as partes para concretização de uma solução compartilhada, esteve sempre pautada na espera dos advogados e de suas partes assistidas por uma sentença judicial que equacionasse o litígio levado a Juízo.

Não rara as vezes em que o descontentamento dos sujeitos partícipes de uma lide judicial é particularidade de todos; partes, advogados e ao próprio Magistrado. Nesses casos, comumente até mesmo a parte "vencedora" sente-se frustrada quer pela extrema demora pela resposta judicial ao seu pleito, quer pelo sentimento de insatisfação com o conteúdo da própria sentença, que muitas vezes não responde a solução do conflito real que norteia aquela ação.

Aos advogados, afora esse sentimento de frustração dos patrocinados que em muitas vezes, como dito, atinge inclusive a parte vencedora na lide, a morosidade da "máquina judiciária" brasileira termina

por, além de perpetuar as horas de trabalho destinadas a cada processo, exigir do profissional da advocacia uma estrutura de acompanhamento processual complexa, requerendo, na maioria dos casos, vultosos investimentos para a contratação de uma equipe com outros advogados e estagiários.

Ocorre que o Brasil, a partir da década última, prestigiou uma série de transformações para a classe de advogados. O crescimento das Escolas de Direito e a proliferação de inúmeros cursos de graduação jurídica em todo o país vêm impondo à classe profissional dos causídicos novos desafios e atitudes inovadores.

Consoante dados divulgados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (BRASIL, 2016, online), a instituição congrega mais de 1.053.000¹⁷⁵ advogados regularmente cadastrados, estando esta estatística em constante crescente a cada Exame de Ordem.

Ante todo esse cenário de desafios: morosidade do Sistema de Justiça e crescimento do número de profissionais da advocacia, Barreau du Quebec (ROCHA; BASTOS, 2006) elaborou três cenários para o futuro da advocacia, denominados "Albânia", "Status Quo" e "Singapura", cujos pontos principais são:

A. Cenário Albânia

- Concentração dos serviços legais
- Adaptação da demanda baseada em mecanismos reativos
- Estrito controle das atividades reservadas para advogados

B. Cenário Status Quo

- Mais competição entre os advogados
- Menos lucros para os advogados
- Mais influências externas para a profissão
- Diminuição do respeito público

C. Cenário Singapura

- Expansão dos serviços legais
- Adaptação da demanda baseada em mecanismos proativos
- Melhoria da imagem dos advogados

Da análise do esposado prognóstico, os dois primeiros são cenários trazem consigo um futuro pessimista, com tímidas diferenças em relação cotidiano atual. O terceiro, entretanto, apresenta a partir de um perfil profissional de atitude proativa em relação às transformações, de criação de novas possibilidades.

3.2 Os novos métodos de solução de conflitos

A advocacia, nesse contexto de transformações e de reavaliação de perfis, deverá adotar inovações de condutas, de modo a melhor prestigiar a resolução das demandas de seus clientes de maneira mais rápidas, objetivas e eficientes.

Há algumas décadas, essa necessidade já vinha sendo discutida pela advocacia estrangeira. Em 1982, nos Estados Unidos, Warren Burger (1982) já refletia acerca das dificuldades de eficiência da litigância, aduzindo que o sistema de justiça americano era muito dispendiosos, trazendo demasiado sofrimento, sendo mesmo, segundo ele, destrutivo e ineficiente para um povo civilizado.

Frank Sander (2000, online), por seu turno, asseverava a importância de se buscar métodos alternativos de resolução de disputas, como forma de alteração daquele quadro de morosidade vigente, senão vejamos:

Nós, advogados, temos tido um pensamento muito absoluto quando o assunto é resolução de conflitos. Nós tendemos a crer que os tribunais são os naturais e óbvios – e únicos - solucionadores de conflitos. De fato, lá existe uma rica variedade de processos que podem resolver conflitos de forma bem mais efetiva. Por muitas vezes a polícia tem procurado "resolver" disputas raciais, na escola e entre vizinhos e nós, povo, temos realizado mais e mais demandas nas cortes para resolver disputas que outrora eram lidadas por outras instituições da sociedade. Obviamente, as cortes não podem continuar a se responsabilizarem de forma efetiva por todas as demandas que necessitam ser equacionadas de modo rápido. É, portanto, essencial que se examinem outras alternativas.

¹⁷⁵ O número preciso, até a atualização do dia 30 de junho de 2016, era de 1.053.271 advogados.

Com efeito, as ideias de Frank Sander ecoaram por toda a nação americana, fazendo eclodir a vontade estatal de se implementar no âmbito do Poder Judiciário novos parâmetros de obtenção de justiça, prezando pelo incentivo de mecanismos múltiplos de resolução de conflitos. A este modelo deu-se a denominação de Multidoor Courthouse System – Sistema das Múltiplas Portas, através do qual, por meio de vários mecanismos de solução de conflitos procura-se conferir o tratamento mais adequado aquele tipo de demanda trazida ao Judiciário. Dentre tais mecanismos de resolução, se destaca mediação, arbitragem, med-arb, corte superior, fact-finding, ombudsman, malpractice screening panel.

A advocacia americana, por meio da Ordem dos Advogados, em muito, contribuiu para a idealização, implementação e consolidação do sistema de Múltiplas Portas, como destaca Frank Sander em entrevista concedida a Mariana Hernandez Crespo, como se vê:

A Ordem dos Advogados dos Estados Unidos incorporou o conceito e criou uma comissão especial, denominada inicialmente Comissão Especial para Resolução de Pequenos Conflitos, um nome que era estranho, mas que aos poucos se transformou na Comissão para Resolução de Conflitos. Em 1993, tornou-se a Seção de Resolução de Conflitos da ABA (American Bar Association), hoje com 17000 integrantes. Assim, a ABA incorporou o conceito. Eles organizaram uma Conferência Nacional todos os anos, na primavera, que é muito popular a área. Criaram um jornal denominado Dispute Resolution Magazine. Portanto, muitas coisas foram feitas a partir de então. (ALMEIDA; ALVES; CRESPO, 2012, p. 25).

O perfil da advocacia tradicional foi, paulatinamente, cedendo espaço ao perfil do advogado resolvidor de conflitos, conhecedor das múltiplas técnicas de resolução de conflitos e da nova estrutura do Sistema que estava a se constituir. A American Bar Association impulsionou um processo de reforma acadêmica do currículo dos cursos de graduação jurídica, fazendo incluir nas respectivas grades o estudo de disciplinas com a de mediação de conflitos e das demais ADRs – Alternative Dispute Resolution.

A American Bar Association (ABA, 2001, online) divulgou um estudo projetivo acerca do futuro da profissão legal citando as tendências que a influenciarão:

- Representação pro se,
- Aumento do acesso dos mais desfavorecidos à justiça,
- Serviços legais por meio da Internet,
- Profissionais de outros ramos provendo serviços legais eletronicamente,
- Advogados se engajando em representações inter-jurisdicionais,
- Aumento da competição entre advogados, contadores e consultores,
- Aumento de procedimentos eletrônicos nas Cortes,
- Um maior número de advogados trabalhando em suas residências,
- Existência de mais firmas virtuais,
- Respeito público aos advogados,
- Oferta de profissionais maior do que a demanda.

Passados quase 40 anos desde a Pound Conference, onde foi lançado a primeira semente para a formação do Sistema de Múltiplas Portas, em outubro de 2014, a Ordem dos Advogados dos Estados Unidos estará realizando a ABA Mediation Week, no escopo de avaliar as experiências obtidas desde a implementação da mediação pelo Sistema de Justiça americano, como se pode extrair do seu sítio eletrônico:

Ao longo das últimas décadas no campo da resolução alternativa de litígios tem crescido tremendamente. O reconhecimento de que nem todos os casos são bem adequados para o processo de contraditório e que há vários caminhos para a justiça é cada vez mais comum por advogados, juízes e do público. A iniciativa ABA Mediation Week é uma celebração dos progressos que fizemos na institucionalização da mediação como um dos vários processos de resolução de disputas apropriados. (ABA, 2015, online, tradução livre).

No mesmo sentido, na Austrália, o "Australian Commercial Dispute Centre" (ACDC) propiciou, por meio de um programa institucional, a captação, formação e treinamento de mediadores acerca dos ADR. Foi espontaneamente criado o "Advogados dedicados a resoluções alternativas de conflitos" (LEADR) (JUNIOR, 2008, p. 15), que, como oportunidade de mercado para advogados, tem por objetivo especializar profissionais do direito em ADRs para atuação em "Commercial dispute resolution".

Ainda sobre a advocacia na Austrália, Jeffrey Fitzgerald (1983), estabelece um estudo comparativo entre os sistemas australiano e norte-americano. Aduz o autor que em seu país os advogados não são consultados em praticamente nenhum caso de locação imobiliária e são consultados em apenas 3,4 por cento de casos envolvendo tipos diversos de discriminação.

Mesmo nos casos de responsabilidade civil e consumidores casos em que os valores envolvidos são superiores a 1.000 dólares, advogados são consultados em apenas 47 por cento dos casos envolvendo responsabilidade civil e 12 por cento dos consumidores propõem algum tipo de reclamação. Advogados, no entanto, são consultados em apenas 19 por cento dos casos que acabam por não gerar qualquer tipo de reclamação. Finalmente, na Austrália, em apenas 5,7 por cento das reclamações se transformam em uma ação judicial. Esse número nos Estados Unidos é um pouco maior, ficando em torno de 10,7 por cento. (FITZGERALD, 1983).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse contexto de constante transformações, o profissional do Direito no Brasil, em especial o advogado, terá que, seguindo uma tendência internacional, avaliar a conjuntura do Judiciário Brasileiro e do mercado jurídico como um todo e se reinventar. O antigo paradigma do "litígio pelo litígio" aos poucos vai perdendo espaço para uma nova cultura da construção compartilhada de consensos que vem, paulatinamente, ganhando força, mais notadamente em nações de democracias mais solidificadas. A consolidação das ADR no Brasil tende a trazer reflexos positivos, tanto no campo jurídico, como no organizacional do Judiciário, trazendo, por conseguinte, marcos positivos de produtividade e eficácia à classe de advogados de maneira geral.

Os métodos alternativos de solução de disputas abrem um vasto horizonte de possibilidades negociais ao advogado, visto que atuando quer como mediador, conciliador, árbitro ou como advogado de uma das partes, os ADR favorecem e permitem que, dentro de uma celeridade necessária, se satisfaça um direito negociado coletivamente.

Por último, no cenário que ora se vivencia em nosso país e em consonância com o estrangeiro, urge a classe advocatícia de uma forma geral, o desenvolvimento e aprimoramento de novas habilidades profissionais que possibilitem o incremento necessário ao aumento da qualidade e da produtividade dos serviços jurídicos prestados.

BIBLIOGRAFIA

AMERICAN BAR ASSOCIATION (ABA). Report 2001. Disponível em: <<http://www.abanet.org/lawfutures/report2001/finalreport.pdf>>. Acesso em: 23 mai. 2014.

BARBOSA, Rui. O dever do advogado. Rio de Janeiro: Aide, 1999. p. 15.

BIZATTO, Jose Ildefonso. Deontologia Jurídica e Ética Profissional. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 54.

BRANDÃO, Fernanda Holanda de Vasconcelos. A advocacia como atividade e o papel do advogado como negociador. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11207&revista_caderno=13>. Acesso em: 02 jun. 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 mai. 2014.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2013: ano-base 2012. Brasília: CNJ, 2013. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios>. Acesso em: 13 jun. 2014.

_____. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8906.htm>. Acesso em: 20 mai. 2014.

_____. Ordem dos Advogados do Brasil. Quadro de Advogados. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

BURGER, Warren. Isn't There a Better Way?. Annual Report on the State of the Judiciary, Remarks at the Mid-Year meeting of the American Bar Association (Jan. 24, 1982) in 68 A.B.A. J. 274. 275, 1982.

- CARNELUTTI, Francesco. Teoria Geral do Direito. Tradução Antônio Carlos Ferreira. 1999.
- FITZGERALD, Jeffrey. Grievances Disputes and Outcomes: A Comparison of Australia and the United States, *Law in Context*, Vol. 1, p. 15-47, 1983.
- CARVALHO, Raphael Franco Castelo Branco. Mediação de conflitos, crise do judiciário e advocacia: aspectos teóricos e práticos em torno da "lei da mediação" (lei nº 13.140/2015). Dissertação (mestrado) – Universidade de Fortaleza, 2015.
- FREUND, Julien. Sociología del conflicto. Traducción de Juan Guerrero Roiz de La Parra. Madrid: Ministerio de Defensa, 1995.
- JUNIOR, Edson Fernandes. Mecanismos de resolução alternativa de conflitos como ferramentas de auxílio para construção da política judiciária no Brasil. 2008. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2008.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB, 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2002.
- MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*, Centro de Estudos de Cultura Contemporânea (Cedec), São Paulo, n. 57, p. 113-133, 2002.
- ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; BASTOS, Romeu Costa Ribeiro. O advogado do futuro. *PRISMAS: Dir., Pol. Pub. e Mundial.*, Brasília, v.3, n, 2, p. 382-394, jul.– dez., 2006.
- SALES, Lília Maia de Moraes; SARAIVA, Vita Caroline Mota. A Mediação de Conflitos e a Segurança Pública – O Relato de Uma Experiência. *Revista NEJ - Eletrônica*, Vol. 18, n. 1. p. 23-35, jan-abr, 2013.
- SANDER, FRANK apud ALMEIDA, RAPHAEL ALVES; ALMEIDA, TANIA; CRESPO, MARIANA HERNANDEZ.. Tribunal Multiportas investindo no capital para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro, Editora FGV, 2012. P. 25
- SANDER, Frank. The Multi-Door Courthouse: Settling Disputes in the Year 2000. *HeinOnline*: 3 *Barrister* 18, 1976.
- VALENTE, Jorge Armando, O Professor no Ambiente Logo: Formação e Atuação. Campinas, NIED – Unicamp, 1996.
- VERONESE, Alexandre. Direito na fronteira ou fronteira do direito: experiências de projetos do Programa Nacional Balcões de Direito. *Cadernos Adenauer*, Rio de Janeiro: Fundação Konrad-Adenauer, v. 3, n. 6, 2002.
- WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz & MORAES, Mauricio Zanoide de. *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ. pp. 684-690, 2005.

ATUAÇÃO DO MEDIADOR E OS MECANISMOS PSICOLÓGICOS DE DEFESA

MEDIATOR PRACTICE AND THE MECHANISMS OF PSYCHOLOGICAL DEFENSE

José Osmir Fiorelli ¹⁷⁶

RESUMO: Na mediação, o profissional encontra-se sujeito a mecanismos psicológicos de defesa, inconscientes, desde o momento do início da sessão. Esse tipo de mecanismo, capaz de influenciar todo o processo, pode ser neutralizado à medida que o profissional saiba de sua existência e se prepare para tal. No texto descreve-se o surgimento desse fenômeno psíquico e recomendam-se estratégias para neutralizá-lo. **PALAVRAS-CHAVE:** Mediação. Mecanismo Psicológico de Defesa. Neutralização.

ABSTRACT: On mediation process, the practitioner is subjected to psychological defence mechanisms, unconscious, from the very beginning of the mediation session. This sort of mechanism, able to influence the whole process, can be neutralized as the professional has the knowledge of its existence and prepares properly himself to face it. In the article it is described the advent of this psychic phenomenon and suggestions of strategies to neutralize it.

KEYWORDS: Mediation. Psychological defence mechanism. Neutralisation.

1. INTRODUÇÃO

Todo contato pessoal implica em trocas emocionais. Algumas provocam sentimentos agradáveis, outras, o oposto. Tal ocorre na sessão de mediação.

A ela comparecem pessoas envolvidas em diversos tipos de conflitos. Em suas bagagens psíquicas, disfarçam as marcas das vicissitudes, expressas nas aparências e nos comportamentos, nas narrativas e manifestações. Inevitavelmente, despertam, no mediador, sentimentos e emoções variados.

Os mecanismos psicológicos de defesa, de maneira geral absolutamente inconscientes, ocorrem dentro desse quadro. Este trabalho lança ideias a respeito de como o profissional de mediação pode conviver com esse fenômeno psíquico, sem que este constitua um dificultador para a missão de mediar.

2. O CENÁRIO

Os ambientes, estruturais e estéticos, de boa parte das Câmaras de Mediação encontram-se distantes de uma desejável padronização, ou, ao menos, de padrões mínimos condizentes e adequados às características desse sensível processo.

Encontram-se as mais diferentes soluções. Câmaras operam em locais de relativa sofisticação; outras acomodam-se em salas improvisadas, precariamente cedidas ao Poder Judiciário pelas municipalidades ou outras entidades. Algumas enfrentam inacreditáveis deficiências dos serviços essenciais de apoio.

Ainda assim, pode-se afirmar que, em geral, a ambiência das Câmaras afasta-se do cotidiano daqueles que as procuram: os mediandos.

Tal acontece porque entre a clientela que busca a mediação, no Brasil, predominam pessoas das classes menos favorecidas. Esse distanciamento inevitável, e sob alguns aspectos salutar, traz reflexos para os fenômenos que compõem o título deste trabalho – daí sua importância.

Alguns fatores contribuem para isso. Entre eles:

- a mediação mostra-se eficiente para resolver questões de pessoas que se sentiriam impossibilitadas ou desconfortáveis em buscar o apoio da Justiça;
- ela proporciona opção de baixíssimo (ou nenhum) custo para os interessados em dar fim a diversos tipos de conflitos percebidos por elas como relevantes;
- ela é entendida como uma forma rápida e desprovida de complicadores burocráticos para se chegar a um acordo reconhecido como válido;
- o sucesso das mediações, reportado pelos que as procuraram, estabelece um feedback positivo que incentiva a busca do serviço por uma clientela de perfil semelhante.

Evidencia-se e reforça-se esse entendimento pela observação de alguns dos temas recorrentes e predominantes nas sessões:

- pensão alimentícia;
- visitas e guarda de filhos;

¹⁷⁶ Psicólogo, autor de livros e textos na área de Psicologia Aplicada, com experiência em clínica e organização. Professor aposentado pela Universidade Federal do Paraná, atuou também na iniciativa privada onde exerceu diversos cargos gerenciais. Principais obras: Psicologia Jurídica (Atlas, 6ª ed., 2016), Psicologia para Administradores (Atlas, 9ª ed., 2015), Mediação e Solução de Conflitos (Atlas, 2ª ed., 2016). E-mail: jo.fiorelli@uol.com.br

- separação e divórcio.

Para equacionar essas questões e outras de complexidade similar, que se multiplicam na sociedade, a mediação apresenta-se como a solução ótima pelos fatores já apontados.

Esse panorama enseja uma ideia bastante esclarecedora a respeito do perfil sociopsicológico das pessoas que buscam a mediação e da maneira como haverão de se comportar perante o(a) mediador(a).

Adiante-se que, ao procurá-la, essas pessoas, com frequência apresentam-se acompanhadas dos respectivos advogados. Estes, por força da prática forense ou pelo perfil mesmo dos representados – que, na sessão, são convidados a assumir suas responsabilidades – trazem o costume de responder por eles. Afinal, na maioria das situações, tomam decisões ou influenciam de maneira decisiva. A mudança de procedimentos imposta pela mediação, por si só, constitui uma fonte de possível conflito a ser administrado pelo profissional.

Ele ocupa a cabeceira da mesa, com suas atribuições de organizar, orientar, responsabilizar, equilibrar as discussões, assegurar direitos inegociáveis, manter a paz, atenuar os rancores e ódios e, na medida do possível, contribuir para promover a celebração de acordos satisfatórios para os mediandos.

À sua frente, pessoas buscam um lenitivo para suas dores, defendem suas posições e interesses (FIORELLI, FIORELLI, MALHADAS JR, 2008, p. 43), almejam resolver um conflito que as aflige nos planos afetivo e financeiro. Ao lado delas, profissionais do Direito preocupados em obter o máximo de retorno financeiro para seus clientes (e, portanto, para eles mesmos, de maneira indireta).

Como ocorre em todas as situações em que muitas pessoas participam, haverá o que se denomina “efeito-representação”, condicionado por elementos sociais, funcionais e culturais. Cada uma, a partir do início da sessão (ou mesmo antes, na sala de espera), atuará nesse pequeno teatro do conflito. Ao mediador cabe o papel de maestro e diretor dessa curta cena, que possui a duração da sessão e cujo epílogo desenha-se na redação do acordo, se houver.

3. FIGURINOS

A presença em cena solicita figurino apropriado. Cada um adota o que lhe convém, em sua percepção. Talvez não venha a ser o mais adequado – afinal, em geral, os mediandos não possuem qualquer experiência em tal tipo de situação.

A vestimenta, portanto, fugirá da habitual. O indivíduo dirige-se a um local desconhecido, para mergulhar em um ritual do qual pouco ou nada sabe onde estará sujeito a alguma hierarquia, de cujas regras tomará, então, conhecimento.

Entre as pessoas simples, mais desprovidas de recursos financeiros, sai do armário a “roupa de festa”, indicativa de respeito ou, talvez, temor. A maquiagem, ao ganhar reforço ou destaque, disfarça e, também, acentua detalhes da máscara da face.

Talvez seja o momento de reencontrar a outra parte em situação distante do palco habitual de conflito! São comuns os casos em que se pratica a exibição, eventualmente uma forma de comprovar o quanto aquela enganou-se! Coisas da mente humana, a respeito das quais não cabem maiores considerações.

A escolha da vestimenta, entretanto, contém muitas mensagens à disposição do profissional experiente. Ela conta a respeito das expectativas da pessoa e contém algo sobre a personalidade daquele indivíduo. Por esse motivo, muitos mediadores permanecem atentos a detalhes como joias, enfeites, estilo, valores e outros elementos.

O figurino e a maneira de se comportar falam do indivíduo: sugerem ousadia, conservadorismo, temor, confiança, respeito, medo, segurança etc. Se pode existir uma leitura pelo profissional de Mediação, esta seguramente será ainda mais intensa pelo oponente, conhecedor dos significados subliminares e explícitos neles embutidos. Por isso, contribuem para acentuar ou atenuar o clima de conflito (e a natureza deste) que possa reinar na sessão.

Compreende-se, portanto, que os figurinos integram o cenário psicológico da sessão. Esse fenômeno inicia-se, de fato, na maioria das Câmaras, no espaço onde se aguarda o início da sessão (é incomum que os mediandos disponham de locais de espera onde não se vejam).

4. INÍCIO DA SESSÃO

Os procedimentos também não são exatamente padronizados, mas, de maneira geral, o profissional de mediação organiza a mesa, estabelecendo os lugares dos participantes; explica, então, o método de trabalho e nivela os conhecimentos. A partir desse contato inicial com os participantes, os mecanismos psicológicos de defesa do mediador – tema deste trabalho – já podem entrar em ação.

O profissional, por mais experiente e treinado, não consegue furtar-se ao estranhamento provocado pelo diferente. O fenômeno é, ou pode ser, absolutamente inconsciente. Contudo, não é pelo fato de ser inconsciente que não pode ou não deva ser administrado pelo profissional.

Eis que se instalam à sua frente indivíduos com as mais diferentes características visuais: o rapaz tatuado em todas as partes visíveis do corpo; a moça a exibir exótica vitrine de piercings; a senhora a ostentar maquiagem inesperada para o momento e local; advogados envergando trajes formais, com os quais frequentam os ambientes forenses.

Perceberá em alguns o já citado esforço para se apresentar da melhor forma possível, enquanto, em outros, sinais de displicência e/ou contrariedade.

As faces revelam e sugerem. Olhares tímidos resvalam entre o assustado e o respeitoso. Expressões de pedantismo e superioridade opõem-se a gestos fugidios e esquivos; a determinação de uns contrapõe-se aos modos divagantes de outros. Os sorrisos reforçam ou atenuam as mensagens dos olhos. O agitar das mãos denota ansiedade, cautela, receio, raiva. Os cabelos completam a moldura facial com seus inúmeros estilos, cores e formatos.

Deste contato visual, brotam as primeiras percepções a respeito dos presentes. Surgem, então, os mecanismos psicológicos de defesa.

5. MECANISMOS PSICOLÓGICOS DE DEFESA

Deve-se a Sigmund Freud o conceito de "mecanismos psicológicos de defesa", empregados pelo psiquismo para diminuir a angústia nascida dos conflitos interiores. Ainda que inconscientes em sua gênese, tendem a constituir um padrão de reação, tornando-se, então, "mais ou menos conscientes" (SILLAMY, 1998, p. 70).

Por meio dessa estratégia, o psiquismo busca formas confortáveis de se ajustar às questões que a realidade lhe apresenta, e o faz distorcendo-a de alguma maneira considerada conveniente por ele (HUFFMAN; VERNOY; VERNOY, 2003, p. 478). Observe-se que a moderna neurociência explica essa estratégia como um processo fisiológico destinado à redução do gasto de energia psíquica.

Os operadores do Direito convivem intensamente com essa questão. Exemplo clássico encontra-se na figura do jurado que perde a concentração e não ouve a descrição minuciosa de uma cena de sexo. Para essa pessoa, as questões relacionadas com a sexualidade são tabus, dolorosas – algo que ele prefere evitar. Exposta a esse tipo de informação ou estímulo, seu pensamento, inadvertidamente, migra para outro objeto. Trata-se do mecanismo da distração (FIORELLI e MANGINI, 2016, p. 47).

A literatura de psicologia registra grande quantidade de mecanismos psicológicos de defesa, que emergem nas mais diversas situações e cuja escolha pelo indivíduo dependerá de alguns fatores que se combinam:

- experiências anteriores com aquele mecanismo de defesa (o psiquismo registra que ele já se revelou útil em situações anteriores, portanto, tende a repeti-lo);
- natureza do estímulo (imagem, som, aroma etc.), capaz de sugerir um ou outro que se mostre potencialmente mais adequado ao momento;
- expectativas (conscientes ou não) em relação ao possível desfecho ou evolução da situação vivenciada.

Mesmo uma situação aparentemente rotineira pode desencadear mais de um mecanismo psicológico de defesa. Os diferentes fatores combinam-se. Isso fica evidente, por exemplo, no caso de uma pessoa caminhar por uma rua escura e perceber outra vindo em sua direção. O que quer que ela pense a respeito desse possível encontro dependerá dos fatores anteriormente citados.

Se a simples apresentação dos mediandos e seus acompanhantes já se mostra suficiente para dar origem a esses mecanismos, com mais razão eles poderão aflorar no transcorrer da sessão.

A maneira de olhar, de gesticular; as expressões empregadas na fala; o teor das narrativas; o tom de voz e suas oscilações – qualquer coisa pode representar a semente que originará um mecanismo psicológico de defesa.

Uma única palavra – quer pelo significado, quer pela entonação – possui poder extraordinário, capaz de evocar imagens e situações particulares ao que ouve, trazendo à cena conteúdos recalcados pelo inconsciente.

Os mecanismos psicológicos de defesa a seguir descritos merecem toda a atenção para serem devidamente neutralizados. Foram escolhidos três que possuem maior chance de ocorrer, considerada a dinâmica típica dos processos de mediação:

- identificação;

- projeção e
- idealização.

6. IDENTIFICAÇÃO

A identificação consiste em estabelecer uma “aliança real ou imaginária com alguém ou algum grupo” (WEINTEN, 2002, p. 351).

Por meio desta aliança, o indivíduo pode encetar esforços para tornar-se igual ao outro; por extensão, adotar comportamentos que demonstrem, de alguma forma, que se irmana ou, no mínimo, compreende aquela pessoa com a qual experimenta um sentimento de identidade.

Situação extremamente comum: a pessoa identifica-se com um personagem e “adota” comportamentos que ele, supostamente, demonstra. O marketing utiliza amplamente o poder da identificação, com resultados contundentes e conhecidos: a jovem iguala-se à apresentadora, modelo ou artista na hora do banho, ao se ensaboar com o sabonete que aquela apregoa ou declara utilizar, apenas para citar um exemplo. Copia-lhe o corte de cabelo, o suposto perfume etc.

Este mecanismo encontra-se potencialmente presente na sessão de mediação quando o profissional possui ou julga possuir algumas características semelhantes às de um dos mediandos. Imagine-se a seguinte situação – nem de longe hipotética:

Uma jovem, em situação financeira visivelmente precária, apresenta a queixa. Seu olhar sugere uma vida de dificuldades de toda ordem. Ela demanda valores que alega lhe sejam devidos por serviços prestados. Do outro lado, uma senhora visivelmente de alto poder aquisitivo.

A primeira veste-se com simplicidade; na fala e nos gestos, demonstra timidez e receio. A segunda, mostra-se desenvolta, com a elegância natural à sua condição social. Sua narrativa mostra-se tão rica quanto é pobre a da jovem.

A demanda, típica, de natureza trabalhista, compreende itens como horas extras, férias, compensação de horas trabalhadas, período de descanso e outros, relacionados com a atividade de empregada do lar.

Desenha-se assim, uma situação que favorece o desenvolvimento de um sentimento de identificação com a jovem, ao remeter o observador à juventude, quando enfrentou dificuldades semelhantes e sujeitava-se a trabalhos simples e de baixa remuneração. A memória pode ser implacável.

Caso ocorra a identificação – e isto aplica-se a todos os mecanismos psicológicos de defesa – o mediador estará propenso a ouvir com mais atenção a jovem; a orientá-la com detalhes mais precisos; a reduzir a atenção à outra medianda; a dar menor credibilidade às informações desta do que às daquela.

No processo de equilibrar a mesa, o profissional poderá favorecer a reclamante, sem que se dê conta de que isso possa estar acontecendo! Sob a ótica da psicologia, trata-se da manifestação de um mecanismo psicológico de defesa – a insatisfação da demandante constitui fonte de desconforto psíquico e a mente trabalha para evitá-lo.

O mecanismo acentua-se ou se enfraquece dependendo dos valores e da visão de mundo do profissional. Por exemplo, a preocupação com a justiça; a revolta contra a violência doméstica; a indignação contra abandono ou maus tratos a menores. A ideologia tende a reforçar ou a reduzir o efeito do mecanismo, a favor ou contra a demandante. Isso constitui um outro aspecto a ser analisado e que extrapola os limites deste trabalho.

7. PROJEÇÃO

A projeção consiste em o indivíduo atribuir a outra pessoa (ou a um grupo, ou à sociedade), algo dele mesmo (WEINTEIN, 2002, p. 185).

Percebe-se este mecanismo de defesa, um dos mais presentes em mediandos, com relativa facilidade: um deles atribui ao outro alguma coisa, algum comportamento, que é dele mesmo. A projeção costuma apresentar-se por demais evidente nas outras pessoas. O mesmo não ocorre quando se trata do próprio observador.

De fato, inúmeras demandas representam a face visível de uma vingança impossível, que se consuma, em um primeiro momento, na sessão de mediação (antes ali, do que nos Boletins de Ocorrência...). A pessoa projeta nas outras as suas fraquezas e vai à Justiça buscando alguma compensação! Assim, justifica-se perante a sociedade!

Ocorre que o profissional de mediação não se encontra imune às vicissitudes que acometem as vidas dos mediandos e/ou a outras capazes de colocá-lo em situação de se comparar àquelas pessoas que ali se encontram.

Na vitrine explícita do conflito, exibem-se questões que envolvem sexualidade, criação ou ausência de filhos, cuidado com idosos, partilha de bens, pagamento de pensão alimentícia e tantas outras e que podem, em algum momento no passado próximo ou remoto – ou mesmo no presente – encontrar-se vivência daquele que media.

Da mesma forma que o fenômeno influencia um expectador de novela, o mediador corre o risco de desenvolver sutil sintonia emocional com aquele que sofre as consequências de determinado comportamento e/ou situação, com efeitos previsíveis para o bom funcionamento da sessão e a obtenção de soluções satisfatórias.

Aqui também, os atributos estéticos do sujeito – cor da pele, símbolos religiosos, tatuagens, piercings, joias, maquiagem, penteado – constituem elementos nesse sentido. Um profissional que suportou dificuldades ou sofrimentos ocasionados por pessoa com um ou mais desses atributos, inadvertidamente poderá estar percebendo no mediando características daquela pessoa (por exemplo, agressividade, desonestidade etc.), tanto mais, quanto mais graves foram as ocorrências (a cena será revivida e, com ela, emoções que a pessoa gostaria permanecessem reprimidas).

A projeção acentua-se (ou é desencadeada) pela fala, pelas narrativas, pelas características das relações entre os mediandos. Surgem aí a traição, o desinteresse, a falência da paixão, os ódios e rancores, as ganâncias, as vaidades. Também aparecem a compaixão, a honradez, o amor, o perdão, o desprendimento. Ao compor o perfil psicológico de cada participante, o mediador terá um espelho em que se refletir. Nesse reflexo, o risco da projeção.

8. IDEALIZAÇÃO

Este mecanismo faz com que uma pessoa perceba em outra aquilo que ela gostaria que a outra fosse (FIORELLI e MANGINI, 2016, p. 48).

Evidentemente, ocorre um prejuízo real do entendimento da situação, porque a idealização promove distorção na compreensão das comunicações.

Este mecanismo psicológico de defesa encontra-se, por exemplo, muito presente entre adeptos de lideranças carismáticas. A idealização faz com que as ações desses líderes recebam interpretações ajustadas aos ideais percebidos ou imaginados pelos liderados. Palavras e atos subordinam-se ao ideário.

Na situação de mediação, a idealização pode seguir-se à identificação. Uma vez que esta última ocorra, o psiquismo encarrega-se de idealizar aquela pessoa; com isso, justifica, moralmente, o fenômeno da identificação. Obviamente, imprimirá interpretações condizentes a esse estado de espírito na escuta de suas narrativas. Por outro lado, acontecerá o oposto em relação às narrativas do outro mediando.

A idealização recebe influência da função ou papel do mediando. Por exemplo, aquela pessoa que é mãe ganha atributos que o(a) mediador(a) confere, de forma padronizada ou estereotipada a todas as mães. Essa postura constata-se, com frequência, em julgamentos (na justiça convencional), quando se trata da guarda de filhos: ficam evidentes, em inúmeras decisões, a percepção idealizada da função materna, ancorada em uma jurisprudência já sem amparo nos usos e costumes contemporâneos.

Muitas profissões ou atividades costumam gerar idealizações a respeito dos que nelas atuam, na maior parte das pessoas, condizentes com o que o observador idealiza a respeito dos trabalhos por elas executados.

Quanto mais idealizado for o mediando, tanto mais possível será que o mediador deixe de perceber inconsistências em suas propostas ou assunções de compromissos. Por outro lado, maiores serão as incongruências que perceberá na outra parte.

A exemplo da projeção, a idealização sofre influência da ideologia, de experiências de vida e outros fatores, o que a torna um mecanismo de defesa de grande significado para auxiliar a compreender comportamentos e atitudes.

A face oposta da idealização, e igualmente perigosa, é o preconceito, que leva a pessoa a atribuir ideias e comportamentos a uma outra, sem qualquer sustentação em fatos, em evidências.

O preconceito aflora estimulado pela imagem pessoal, pela fala, pelas atividades que a pessoa exerce, da mesma maneira que a idealização. São faces opostas de uma mesma moeda psíquica, com o agravante de que ele se apresenta mais intenso – quando ocorre – pelo efeito dos meios de comunicação, sempre ávidos em rotular pessoas e profissões em busca de plateia fácil.

9. NEUTRALIZANDO OS MECANISMOS PSICOLÓGICOS DE DEFESA

Os mecanismos psicológicos de defesa possibilitam ao psiquismo evitar ou reduzir estresses que fazem parte da convivência humana. São, pois, essencialmente benéficos, desde que não se tornem “camisa de força” a ditar o comportamento do indivíduo ou que, ao surgirem, levem a pessoa a adotar comportamentos inadequados à situação.

A sessão de mediação, contudo, constitui um momento especial distante do cotidiano. Nela, o psiquismo encontra-se propenso a fugir dos seus padrões de reação habituais – e isso deve ser observado e considerado.

Ao assumir o importante desafio de mediar, o profissional investe-se de notável responsabilidade perante os mediandos: o equilíbrio da mesa, como bem alerta Kritek, em sua obra “La negociación en una mesa desapareja” (KRITEK, 1998). Ele terá a incumbência de propiciar o equilíbrio saudável para que ambos encontrem, em condição de igualdade, a melhor solução para a questão que os traz.

Esse papel do mediador requer, além do perfil profissional adequado, a extrema atenção a seus sentimentos e aos comportamentos que dele se originam. Daí a relevância de se estar atento aos mecanismos psicológicos de defesa aqui comentados, para que ele mesmo não se torne elemento capaz de acentuar eventuais desequilíbrios.

O caminho para a neutralização desses mecanismos apresenta duas variantes, que se complementam.

A primeira via é a do autoconhecimento. Esse percurso passa por questões de fundo psicológico e de foro íntimo de cada profissional. Detalhá-las foge às dimensões deste trabalho, contudo, constitui fator essencial que se encontra no âmago do bom desempenho.

Ao profissional de mediação cumpre desenvolver perfeita noção da extensão em que os comportamentos, manifestações, narrativas e outros fatores atribuíveis aos mediandos são capazes de influenciá-lo, de nele despertar emoções e a natureza destas.

Não se trata de ser inatingível ou frio aos relatos – algo que seria desastroso. Antes, de saber reconhecer as próprias emoções e encontrar formas de lidar com elas para assegurar a eficácia e a eficiência em suas ações.

Árduos são os caminhos estabelecidos pelo psiquismo.

Para bem trilhá-lo, recomenda-se aos mediadores que discutam seus procedimentos com seus pares, que insistam em treinamentos e participação nos eventos onde possam se desenvolver. Todo aquele que lida com conflitos precisa estar em permanente atualização.

A segunda via é a da técnica de mediar.

Algumas técnicas proporcionam informações objetivas, de grande utilidade, capazes de orientar o mediador a interpretações adequadas. Ao empregá-las, o profissional estará automaticamente neutralizando possíveis efeitos indesejáveis dos mecanismos psicológicos de defesa. É o poder da metodologia.

Em essência, elas propiciam, a transformação de conteúdos subjetivos das narrativas, em elementos objetivos, indispensáveis ao entendimento da história do conflito e à construção de opções de acordos plausíveis. Das muitas aplicáveis com essa finalidade, destacam-se as seguintes pela eficácia e abrangência:

- promoção do aumento do capital emocional positivo;
- criação de imagens felizes;
- troca de chapéus e
- desenho de cenários futuros.

A técnica do aumento do capital emocional positivo consiste em substituir nas expressões dos mediandos, emoções negativas por outras positivas.

Na bagagem psíquica dos mediandos há sempre um passivo emocional provocado pelo conflito. São emoções negativas que lhes roubam a energia necessária para a construção de bons acordos. Trata-se de estimular o oposto.

Para conseguir isso, solicita-se aos mediandos a evocação de lembranças felizes, em que as boas emoções encontram-se presentes. São exemplos: o casamento, o nascimento de um filho; uma formatura; uma viagem... Esses acontecimentos existiram em suas histórias, mas encontram-se em segundo plano. O recordar inicia o apaziguamento. O(a) mediador(a) perceberá que, alguns sentimentos próprios que pudessem incomodá-lo, também começam a desaparecer, pois os litigantes modificam-se.

Associada à anterior, segue-se a técnica de criação de imagens felizes. Uma imagem é algo que se consegue descrever, como o sorriso de uma filha, uma paisagem vista em algum passeio, o quarto das

crianças, um vestido de baile e assim por diante. É comum que os bons momentos propiciem boas imagens. O mediador estimula com facilidade: "fale-me de sua filhinha...".

As imagens felizes podem referir-se a um futuro apenas imaginado: aformatura de um filho, um futuro neto.... Mais uma vez, o profissional de mediação perceberá que seus sentimentos pessoais pouco influenciarão nos resultados dessa atividade. Boas lembranças e boas imagens fortalecem umas às outras, desarmam as pessoas e as predispõem a encarar o futuro de outra maneira.

A utilização da poderosa técnica de "troca de chapéus", isto é, colocar-se no lugar do outro, contribui para pavimentar a estrada do acordo e, ao mesmo tempo, colocar uma pá de cal em qualquer estereótipo que ainda permaneça a incomodar as interpretações e percepções do(a) mediador(a). Os resultados dessa técnica, muitas vezes, surpreendem os próprios mediandos, que passam a perceber os acontecimentos sob uma ótica completamente diferente daquela a que estavam acostumados.

A consolidação das ideias e opções consegue-se com a técnica de desenho de cenários. "O que aconteceria se ..." constitui a formulação-chave. Essa visualização do futuro afasta os pensamentos dos desentendimentos do passado, porque a resposta exigirá compromissos mútuos. O mediador perceberá, claramente, o funcionamento dos mediandos quando postos perante uma situação em que devem atuar cooperativamente. A palavra estará com eles. Mais uma vez, não sobrá espaço para os mecanismos psicológicos de defesa.

CONCLUSÃO

Os mecanismos psicológicos de defesa existem e se fortalecem quando o profissional de Mediação deixa-se envolver e não consegue dirigir a sessão adequadamente. Corre-se o risco de as emoções que acompanham os mediandos e seus advogados (se presentes) acabarem por contaminá-lo.

O autoconhecimento e o uso de técnicas adequadas possibilita ao profissional encaminhar, com segurança, suas observações e intervenções dentro de um quadro de comunicação objetiva, essencial para se lidar com o material altamente subjetivo que acompanha as narrativas dos envolvidos.

A aplicação das técnicas é extremamente simples e, uma vez incorporadas ao processo adotado pelo profissional, ocorrerá de maneira natural, contribuindo para a harmonia e efetividade dos trabalhos. O autoconhecimento constitui um desafio perene para todos aqueles que lidam com conflitos entre pessoas, com o objetivo de assegurar que se encontra sempre em condições psicológicas adequadas ao exercício de sua importante missão.

REFERÊNCIAS

FIORELLI, J. O.; FIORELLI, M. R.; MALHADAS JR., M. J. O. Mediação e solução de conflitos – teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2008. 298 p.

FIORELLI, J. O.; MAGINI, R. C. R. Psicologia Jurídica. 7ª ed. São Paulo: GEN/Atlas, 2016. 484 p.

HUFFMAN, K.; VERNON, M.; VERNON, J. Psicologia. São Paulo: Atlas, 2003. 814 p.

KRITEK, P. B. La negociación en una mesa despereja. Buenos Aires: Granica, 1998. 320 p.

SILLAMY, N. Dicionário de Psicologia. Porto Alegre: Larousse/ArtMed, 1998. 246 p.

WEITEN, W. Introdução à psicologia: temas e variações. 4ª ed. São Paulo: Pioneira, 2002. 584 p.

A ATUAÇÃO DO MEDIADOR À LUZ DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

THE PERFORMANCE OF THE MEDIATOR IN THE LIGHT OF THE GUIDING PRINCIPLES OF CONFLICT MEDIATION

Thayanne Marques Lima ¹⁷⁷

Mara Livia Moreira Damasceno ¹⁷⁸

RESUMO: O artigo tem por escopo demonstrar a importância normativa dada aos princípios norteadores da mediação e da atuação do mediador no ordenamento jurídico brasileiro. Inicialmente, investigou-se o mecanismo consensual de solução de conflito da mediação, com sua definição, e qual o papel do mediador na aplicação deste método. Analisou-se sobre os preceitos éticos que irá pautar a atuação do terceiro facilitador na mediação, com uma breve análise do Código de Ética dos Mediadores, instituído pela Resolução n.º 125/2010 pelo CNJ. Nesse sentido, aprofundou-se o estudo dos princípios que regularão o procedimento da mediação de conflitos e aqueles que irão basear a conduta do mediador. A metodologia utilizada para o desenvolvimento do artigo é de cunho bibliográfica e documental. Concluiu-se, portanto, que é imprescindível para o alcance da solução satisfatória da contenda levada à mediação, a observância pelo mediador dos princípios que orientam a sua conduta e o procedimento da mediação, bem como observância ao Código de Ética de Mediadores durante sua atuação, para que se alcance a efetiva solução do conflito, com o reestabelecimento do diálogo entre os conflitantes alcançando, por consequência a paz social.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação de conflitos. Princípios. Código de Ética de Mediadores e Conciliadores. Conselho Nacional de Justiça. Resolução 125 do CNJ.

ABSTRACT: The article is scope to demonstrate the normative importance given to the guiding principles of mediation and the mediator role in the Brazilian legal system. Initially, we investigated the mechanism of consensual mediation conflict resolution, with its definition, and which the mediator's role in the application of this method. Analyzed on the ethical principles that will govern the operation of the third facilitator in mediation, with a brief analysis of the Mediators Code of Ethics, established by Resolution No. 125/2010 by the CNJ. In this sense, it deepened the study of the principles that govern the procedure of conflict mediation and those that will be based on the conduct of the mediator. The methodology used for the development of the article is a bibliographical and documentary nature. It was concluded therefore that it is essential to achieve the satisfactory resolution of the dispute brought to mediation, the compliance by the mediator of the principles that guide their conduct and the mediation procedure as well as compliance with the Mediators Code of Ethics during its performance, for achieving effective resolution of the conflict, with the reestablishment of dialogue between the conflicting reaching therefore social peace.

KEYWORDS: Conflict mediation. Principles. Code of Ethics for Mediators and conciliators. National Council of Justice. Resolution 125 of the CNJ.

INTRODUÇÃO

A mediação de conflitos é um método alternativo e consensual de solução de conflitos em que um terceiro imparcial chamado mediador, escolhido ou aceito pelas partes, aplicará técnicas que facilitem o diálogo entre os envolvidos na contenda, fazendo com que eles mesmos alcancem uma solução para a desavença que melhor os satisfaça.

O mediador de conflitos é um terceiro imparcial, escolhido ou aceito pelas partes, que detêm a confiança dos envolvidos na controvérsia que, valendo-se das técnicas aplicáveis à mediação estimulará e facilitará a comunicação entre os indivíduos através da recontextualização da situação fática, fazendo-os perceber o conflito de outra forma e, por meio desse objetivo, o mediador auxiliará na restauração do diálogo e da relação anteriormente existente entre os conflitantes, com o fito de levá-los a compreenderem as questões escondidas nas posições assumidas aparentemente, fazendo-os alcançar uma solução e, conseqüentemente, prevenir as contendas, obtendo por consequência a pacificação social.

Nesse método, não cabe ao mediador intervir ou opinar na busca da solução à controvérsia, reiterando que o seu papel é utilizar-se de técnicas para facilitar a construção do diálogo entre as partes envolvidas no conflito, com objetivo na busca do consenso, possibilitando o alcance de decisões conjuntas.

¹⁷⁷ Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Atuou como estagiária voluntária do Núcleo de Mediação e Conciliação de Conflitos da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Atuou como estagiária do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, lotada no Gabinete da Desembargadora Tereze Neumann Duarte Chaves (2014-2016). E-mail:thayannemarques_@hotmail.com

¹⁷⁸ Instrutora de Mediação Judicial do Conselho Nacional de Justiça. Mediadora de Conflitos. Docente da disciplina de Mediação, Conciliação e Arbitragem do curso de graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (Unifor) e da Unichristus. Mediadora do Núcleo de Mediação do Escritório de Prática Jurídica da Universidade de Fortaleza e da Unichristus, conveniados com a Defensoria Pública do Estado do Ceará. Mestre em Direito Constitucional pela Unifor. E-mail: mara_lmd@hotmail.com

Para que o mediador de conflitos possa prestar o auxílio necessário na busca da solução consensual da controvérsia, faz-se imperioso que este profissional conceba uma capacitação especial e adequada para colocar em prática sua atividade, com o fito de prestar um tratamento competente e eficiente aos conflitos, com o intuito de reduzir a cultura eminentemente contenciosa da nossa sociedade.

Além da capacitação é imperioso que o mediador atue de acordo com os preceitos éticos, uma vez que ele é o responsável pela administração do conflito e do procedimento adotado na mediação, incumbindo-lhe optar pelas melhores técnicas a serem utilizadas em cada caso mediado. Portanto, os mediadores devem obedecer a preceitos éticos, em que, antes de tudo, são eminentemente pessoais, e observar aqueles contidos no Código de Ética dos mediadores e conciliadores, instituído pelo Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução n.º 125/2010, que instituiu a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, diante da necessidade de estimular a prática dos meios consensuais de solução de conflitos

1. CÓDIGO DE ÉTICA DOS MEDIADORES E CONCILIADORES

Antes de analisar o Código de Ética dos mediadores, é importante delimitar o que se entende por ética, demonstrando quais as vantagens de se estabelecer padrões éticos de comportamento aos mediadores. Assim, sobre a ética, descreve o doutrinador Carlos Eduardo de Vasconcelos (2015, p. 209):

[...] a ética é o campo da filosofia que busca a compreensão do comportamento, da moralidade e a indicação do que deve ser praticado enquanto virtude e do que deve ser evitado enquanto vício. E, assim, a ética contempla uma função normativa, pois, com fundamento nela, encontramos alguma orientação sobre o que pode ou deve ser permitido, obrigado ou proibido, nos comportamentos humanos.

O mediador deve orientar suas ações pautadas em um Código de Ética que visa estabelecer regramentos deontológicos e éticos, que estabelecem critérios para a conduta dos mediadores face os diferentes litígios com os quais irão interagir. Sobre o Código de Ética para mediadores, Tânia Lobo Muniz (2015, p. 101) dita que:

Têm a capacidade de favorecer o ambiente para o desenvolvimento dos trabalhos de mediação, o que desencadeia a boa qualidade da comunicação, alto rendimento e, por via de consequência, ampliação nas soluções dos conflitos mediados e dos acordos alcançados, com maior satisfação para os envolvidos no processo, facilitando o acesso à justiça.

A Resolução n.º 125/2010 (2016, online) prevê em seu art. 6º, inciso IV, que caberá ao CNJ, regulamentar, em Código de Ética, a atuação dos conciliadores, mediadores e demais facilitadores da solução consensual de controvérsias. Segundo disposto na Introdução ao Código de Ética, previsto no Anexo III da Resolução n.º 125/2010 (2016, online):

O Conselho Nacional de Justiça a fim de assegurar o desenvolvimento da Política Pública de tratamento adequado dos conflitos e a qualidade dos serviços de conciliação e mediação enquanto instrumentos efetivos de pacificação social e de prevenção de litígios, institui o Código de Ética, norteado por princípios que formam a consciência dos terceiros facilitadores, como profissionais, e representam imperativos de sua conduta.

O Código de Ética de mediadores e conciliadores é instituído por princípios que devem nortear a atuação desses facilitadores como profissionais da mediação, demonstrando sobretudo a capacidade de permanecerem neutros, atuando na busca da pacificação social e na prevenção de conflitos.

Desta forma, o CNJ através da Resolução n.º 125/2010 (2016, online), estabeleceu o Código de Ética dos conciliadores e mediadores judiciais, disposto no seu Anexo III, com nova redação dada pela Emenda n.º 2, de 8/03/2016, destacando os princípios elencados em seu art. 1º, são eles: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação

Além dos princípios e garantias supracitados, que serão melhor analisados no tópico seguinte, o CNJ garantiu ainda as regras que regem o procedimento da mediação e da conciliação, presentes no artigo 2º do Código de Ética. Ainda, estabeleceu as condições de atuação e sanções que deverão ser aplicadas ao mediador ou conciliador que não cumprir com as determinações da Resolução n.º 125/2010, bem como do Código de Ética dos Mediadores e Conciliadores.

2. PRINCÍPIOS NORTEADORES DA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

A capacitação prévia dos mediadores é crucial para o desenvolvimento da mediação e para a observância dos princípios que a regem, com o fim de que a mediação alcance o seu âmago, qual seja, a pacificação social com o restabelecimento da comunicação entre os envolvidos. Logo, cabe salientar que, os princípios têm tido maior relevância com a normatização deles no CPC/2015, na Lei de Mediação e no

Código de Ética de Mediadores e Conciliadores, que integra a Resolução n.º 125/2010 do CNJ. Sobre a normatização dos princípios, Diego Assumpção Rezende de Almeida, Fernanda Medina Pantoja e Juliana Loss de Andrade (2016, p. 51), descrevem que:

No caso da mediação, a existência de regras próprias e escopos específicos, bastante peculiares em relação ao processo judicial (que é o método tradicional de resolução de conflitos, monopolizado pelo Estado), reforçam a necessidade de previsão legal dos seus princípios fundamentais para conferir a sistematicidade e coerência do instituto.

Destaca-se que o CPC/2015 trouxe em seu art. 166 os princípios da mediação e da conciliação judicial, quais sejam, "da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.". Ainda, a Lei de Mediação (Lei n.º 13.140/2015) em seu art. 2º dispôs que a mediação será orientada pelos princípios da "imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé." (2016, online). E o Código de Ética dos Mediadores e Conciliadores (2016, online) elenca em seu art. 1º que a atuação dos mediadores e conciliadores será orientada pelos seguintes princípios "confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação".

Sobre a observância da aplicação dos princípios norteadores nos métodos consensuais de solução de conflitos, a doutrinadora Fernanda Tartuce (2015, p. 187) assevera que "Jurisdicionados e advogados brasileiros padeceram de muitas mazelas ao longo dos anos por conta de práticas enviesadas que, apesar de denominadas conciliatórias, não respeitavam princípios nem técnicas, buscando a extinção de processos judiciais a qualquer custo."

A Lei de Mediação (Lei n.º 13.140/2015) não traz de modo expresso a exigência de os mediadores, no início da primeira sessão de mediação, informarem às partes sobre os princípios que regem o seu procedimento, porém, para que os mediados possam ter conhecimentos dos princípios que estruturam a mediação e a atuação do mediador e, se for o caso, suscitarem eventual desatendimento a eles, é que o Código de Ética dos Mediadores e Conciliadores (previsto no anexo III, da Resolução n.º 125 do CNJ) dispõe em seu artigo 2º, inciso I, que:

Art. 2º As regras que regem o procedimento da conciliação/mediação são normas de conduta a serem observadas pelos conciliadores/mediadores para o bom desenvolvimento daquele, permitindo que haja o engajamento dos envolvidos, com vistas à sua pacificação e ao comprometimento com eventual acordo obtido, sendo elas:

I – Informação - dever de esclarecer os envolvidos sobre o método de trabalho a ser empregado, apresentando-o de forma completa, clara e precisa, informando sobre os princípios deontológicos referidos no Capítulo I, as regras de conduta e as etapas do processo; [...] (grifou-se)

A doutrina, ao tratar dos princípios orientadores da mediação e sua prática, acaba por sintetizar e separar os princípios que norteiam a própria mediação, ou seja, o procedimento da mediação, bem como os princípios que norteiam a atuação do mediador, para que através de sua boa atuação alcance a prática adequada na efetiva facilitação da comunicação das partes. Utilizando-se da sintetização e classificação feita por Carlos Eduardo de Vasconcelos (2015), os princípios norteadores da mediação são os da "autonomia, confidencialidade, oralidade, informalidade, consensualismo e boa-fé".

Pelo princípio da autonomia, entende-se que a mediação será intrinsecamente ligada à autonomia da vontade das partes, uma vez que o método da mediação permite que os indivíduos decidam o delinear da contenda, sendo os próprios envolvidos os responsáveis pela solução alcançada para o conflito. Para Diego Assumpção Rezende de Almeida, Fernanda Medina Pantoja e Juliana Loss de Andrade (2016, p. 61), o reconhecimento da autonomia da vontade dos mediados deve compreender:

(i) a aceitação livre e voluntária da mediação (e a possibilidade de interrompê-la a qualquer momento); (ii) a indicação do mediador (ou a possibilidade de oposição àquele que tenha sido eleito por distribuição, em caso de mediação judicial); (iii) a participação direta e espontânea no procedimento; e, finalmente, (iv) a autodeterminação para, ao final, celebrar ou não um acordo.

Quanto ao princípio da confidencialidade, entende-se que este é inerente à mediação, considerado um de seus pilares. O CPC/2015 (2016, online) reconheceu a tamanha importância deste princípio e o normatizou em seu art. 166, § 1º "A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.", ainda, em seu § 2º, assegura que "Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.". Para Humberto Dalla Bernardina de Pinho (2015, online) a confidencialidade é assegurada na mediação, uma vez que:

[...] o procedimento da mediação não é narrado ou comentado nem com o próprio juiz. As pessoas que participam da mediação firmam um compromisso de sigilo, que é necessário para que as partes se sintam livres para falar o que precisa ser falado e buscar uma solução para o conflito sem medo de que aquilo que digam seja futuramente usado contra elas.

O CNJ através do Código de Ética disposto no Anexo III da Resolução n.º 125 (2016, online), também confere destaque à confidencialidade, descrevendo no art. 1º, inciso I, que a confidencialidade é o "dever de manter sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão, salvo autorização expressa das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese;". A Lei de Mediação (2016, online) também deu grande importância a este princípio, separando sua Seção IV para tratar da confidencialidade e suas exceções. Essa Seção engloba os arts. 30 e 31 que, em síntese, dispõem que a confidencialidade não se aplica somente ao mediador e aos envolvidos na controvérsia, estende-se também aos prepostos, advogados, assessores técnicos, etc.; a prova apresentada em infração ao princípio da confidencialidade será inadmitida em processo arbitral ou judicial; bem como destaca as exceções ao princípio da confidencialidade, veja-se:

Art. 30. Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação.

§ 1º O dever de confidencialidade aplica-se ao mediador, às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e a outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação, alcançando:

I - declaração, opinião, sugestão, promessa ou proposta formulada por uma parte à outra na busca de entendimento para o conflito;

II - reconhecimento de fato por qualquer das partes no curso do procedimento de mediação;

III - manifestação de aceitação de proposta de acordo apresentada pelo mediador;

IV - documento preparado unicamente para os fins do procedimento de mediação.

§ 2º A prova apresentada em desacordo com o disposto neste artigo não será admitida em processo arbitral ou judicial.

§ 3º Não está abrigada pela regra de confidencialidade a informação relativa à ocorrência de crime de ação pública.

§ 4º A regra da confidencialidade não afasta o dever de as pessoas discriminadas no caput prestarem informações à administração tributária após o termo final da mediação, aplicando-se aos seus servidores a obrigação de manterem sigilo das informações compartilhadas nos termos do art. 198 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

Art. 31. Será confidencial a informação prestada por uma parte em sessão privada, não podendo o mediador revelá-la às demais, exceto se expressamente autorizado.

É válido ressaltar que, o art. 14 da Lei de Mediação determina aos mediadores que ao início da primeira reunião, ele deverá alertar as partes sobre a aplicação das regras de confidencialidade no procedimento da mediação. No caso de haver descumprimento ao princípio da confidencialidade aplicado à mediação, o CPC/2015 prescreve em seu art. 172 que, será excluído do cadastro de mediadores e conciliadores quem "I – agir com dolo ou culpa na condução da conciliação ou da mediação sob sua responsabilidade ou violar qualquer dos deveres decorrentes do art. 166, §§ 1º e 2º."

Quanto ao princípio da oralidade, este prescreve que a "dialética da mediação é ditada pela oralidade da linguagem comum. As partes ou mediandos são os principais protagonistas do procedimento, mesmo quando contam com a assistência dos seus advogados." (VASCONCELOS, 2015, p. 215). Este princípio torna o procedimento mais célere, pois, via de regra, não serão elaborados e nem analisados documentos escritos.

Quanto ao princípio da informalidade, tem-se que a mediação é gerida através do diálogo entre os conflitantes e o mediador, com o intuito de, através de técnicas aplicáveis à mediação, consiga tornar clara a situação com as percepções expostas pelas partes em relação ao conflito, inexistindo regras preestabelecidas para os atos a serem praticados no procedimento. Sobre esse princípio, a doutrinadora Fernanda Tartuce (2015, p. 195) leciona que "embora haja certas pautas de ação e várias ferramentas, não há um roteiro fechado a seguir durante a mediação. As técnicas são úteis e devem ser utilizadas com preparo e

cautela, mas não se podem precisar o certo e o errado em uma lógica reducionista [...]". A informalidade também diz respeito à forma de falar, sem termos técnicos, modo de vestir, pois não há necessidade do uso das tradicionais roupas utilizadas pelos operadores de Direito. Portanto, este princípio traz mais conforto às partes com intuito que elas fiquem à vontade para expor os reais conflitos.

O consensualismo traduz-se em alcançar soluções mutuamente aceitáveis, gerando uma reciprocidade, pois "os participantes da mediação encontram-se no exercício de uma igualdade de oportunidades e de uma liberdade igual [...]" (VASCONCELOS, 2015, p. 216).

E, por fim, o princípio da boa-fé, que tem grande relevância na realização da mediação, uma vez que "participar com lealdade e real disposição de atuar produtivamente são condutas essenciais para que a via consensual possa se desenvolver de forma eficiente." (TARTUCE, 2015, p. 188). Portanto, somente se viabilizará a realização da mediação quando presente o princípio da boa-fé, traduzindo-se na observância dos deveres de conduta, tais como o respeito mútuo entre os mediandos e a colaboração na busca do consenso.

Em continuidade à análise dos princípios, serão esclarecidos aqueles que são considerados norteadores da atuação do mediador de conflitos, quais sejam, os princípios da confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação

De início, ressalte-se que o princípio da confidencialidade está intrínseco no método da mediação e na atuação do mediador, porém, já foram feitas explanações acerca deste princípio quando mais acima tratou-se dos princípios norteadores da mediação,

Pelo princípio da decisão informada, entende-se que é dever do mediador advertir aos envolvidos na contenda sobre o seu direito de obterem todas as informações acerca do procedimento da mediação. A observância a esse princípio pressupõe condição de legitimidade para a prática da autocomposição. Nesse sentido, André Gomma de Azevedo (2015, online) leciona que "[...] somente será legítima a resolução de uma disputa por meio da autocomposição se as partes, ao eventualmente renunciarem a um direito, tiverem plena consciência quanto à existência desse seu direito subjetivo."

Quanto ao princípio da competência, entende-se que é dever do mediador possuir uma adequada capacitação para tornar-se habilitado a atuar como facilitador dos métodos autocompositivos, buscando constantemente atualizar-se, observando a reciclagem periódica obrigatória para a sua formação continuada.

A imparcialidade da atuação do mediador traduz-se no terceiro facilitador, durante a mediação, manter-se sem tomar partido, isento quanto ao conflito, tratando os envolvidos de forma equitativa. Sobre o assunto, o doutrinador Petronio Calmon (2015, p. 202) assevera que é um princípio que "[...] afirma o direito das partes a um método de mediação que lhes sirva de um modo justo e equitativo e a contar com mediadores que se abstenham de todo prejuízo ou favoritismo, percebido ou real, de fato ou de palavra".

A atuação do mediador deverá observar o princípio da independência, que implicará no "dever de atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para seu bom desenvolvimento, tampouco havendo dever de redigir acordo ilegal ou inexecutável", conforme dispõe o art. 1º, inciso V, do Código de Ética, inserido no Anexo III, da Resolução n.º 125/2010 do CNJ (2016, online). Ainda, a atuação do mediador será pautada no respeito à ordem pública e às leis vigentes, com o fito de que o acordo entabulado pelas partes não estejam evitados de vícios.

O empoderamento, tido também como técnica aplicável pelo mediador no método da mediação, exprime a ideia de que o mediador deve estimular a comunicação entre os conflitantes, uma vez que eles são os mais indicados a resolverem os seus conflitos da melhor maneira, tanto no presente, quanto no futuro, através da experiência vivida dentro da autocomposição.

Com relação ao princípio da validação, busca-se que o mediador estimule os indivíduos a terem uma maior consciência de humanização, para que se percebam como seres humanos igualmente merecedores de respeito. Nas palavras de André Gomma de Azevedo (2015, online):

[...] ao instruir as partes sobre a melhor maneira de se comunicar, de examinar questões controversas e de negociar com a outra parte, o terceiro neutro ao conflito está capacitando (ou empoderando) as partes, habilitando-as a lidar não somente com o conflito em análise, mas também com futuras controvérsias.

Denota-se que, através das considerações feitas acerca dos princípios norteadores da mediação e da atuação dos mediadores percebeu-se que, a força normativa dada aos princípios traduz-se na importância deles no processo de aplicação do método da mediação de conflitos, uma vez que estabelecem um fim a ser atingido, qual seja, a pacificação social através da cultura do diálogo.

CONCLUSÃO

No cenário em que se encontra o Poder Judiciário, ante a excessiva judicialização das contendas e a demora na resolução das demandas, a sociedade tem sido instruída a buscar os meios consensuais de solução de conflitos, mecanismos que são adequados à natureza e peculiaridade da controvérsia, visando o tratamento adequado do conflito, com fito de evitar o ingresso de demandas judiciais e a busca da pacificação social, sem, com isso, limitar o acesso à justiça, dando vazão a tão almejada celeridade.

Destaque-se, dentre os métodos alternativos, a mediação de conflitos, método autocompositivo de solução de controvérsias em que, com o auxílio de um terceiro neutro ao conflito (mediador), as partes buscarão uma solução que melhor as satisfaça, construído através do diálogo facilitado pelo mediador.

O procedimento da mediação não possui regramentos preestabelecidos, destacando-se que, para o alcance da solução satisfatória do conflito é imprescindível que o facilitador desse método pautar o seu ofício de mediador em preceitos éticos, observando as regras contidas no Código de Ética de Mediadores e Conciliadores, além de valer-se de princípios que baseiam a sua atuação frente ao conflito. Os princípios orientadores da mediação estão normatizados no Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015), na Lei de Mediação (Lei n.º 13.140/2015) e no Código de Ética de Mediadores e Conciliadores, disposto na Resolução n.º 125/2010 do CNJ.

Portanto, conclui-se que, somente com a observância aos princípios inerentes ao procedimento da mediação e a atuação dos mediadores é que os conflitos levados à busca da solução pelo método consensual da mediação serão tratados de forma mais adequada e eficiente, contribuindo para a construção da paz social, através do restabelecimento da comunicação entre os envolvidos na contenda, reduzindo a cultura eminentemente litigiosa.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diego Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; ANDRADE, Juliana Loss de. Fundamentos. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; NAVARRO, Trícia. O Marco Legal da Mediação no Brasil; comentários à Lei n.º 13.140, de 26 de Junho de 2015. São Paulo: Atlas, 2016.

AZEVEDO, André Gomma de. Manual de Mediação Judicial. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. (Org.). 5ª Edição (Brasília/DF:CNJ), 2015.

BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 08 jun. 2016.

_____. Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015. Brasília, DF: 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 08 jun. 2015.

_____. Resolução n.º 125, de 29 de novembro de 2010. Brasília, DF: 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_compilada.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2016.

CALMON, Petronio. Fundamentos da mediação e da conciliação. 3 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015.

MUNIZ, Tânia Lobo. A ética na mediação. IN Luciane Moessa de Souza (coord.), Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça (e-book); Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. Novos desafios da mediação judicial no Brasil: a preservação das garantias constitucionais e a implementação da advocacia colaborativa. Revista de Informação Legislativa – Brasília, v. 52, Número 205, p. 55-70, jan./mar. 2015. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509924/001024273.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 05.jun.2016.

TARTUCE, Fernanda. Mediação nos Conflitos Cíveis, 2 ed., São Paulo: Método, 2015.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas, 4 ed. São Paulo: Método, 2015.

A CONCILIAÇÃO, A CAPACITAÇÃO DO CONCILIADOR E O ACESSO À JUSTIÇA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.

CONCILIATION, CONCILIATOR CAPACITY BUILDING AND ACCESS TO JUSTICE IN THE NEW BRAZILIAN CODE OF CIVIL PROCEDURE

Luana Carvalho de Moraes¹⁷⁹.

RESUMO: O artigo tem como premissa o estudo do instituto da Conciliação sob à luz do Novo Código de Processo Civil Brasileiro, salientando sua importância para a resolução dos conflitos de forma menos traumática e litigiosa, assegurando o direito de solução aos envolvidos sem o comprometimento em último caso do devido acesso ao poder judiciário. Apesar de ter previsão na legislação brasileira desde a Constituição de 1824, a Conciliação sempre fora pouco utilizada, assim como, apresentou-se falha a preocupação com a formação de operadores do direito para a atuação nesse processo. Dessa forma, o artigo parte da disposição preambular da Constituição que tem como fundamento a resolução pacífica dos conflitos, seguindo-se da crucial análise da formação do profissional e por fim a apreciação do judiciário como último recurso. As legislações sobre o assunto servirão de fomento para a fundamentação do diálogo entre a cultura do conflito e sua resolução pacífica que deve atender de forma eficiente aos anseios dos interessados.

PALAVRAS CHAVES: Conciliação. Formação. Conciliadores. Código Civil. Constituição.

ABSTRACT: This article is premised on the study of the Conciliation Institute under the light of the New Brazilian Civil Procedure Code, emphasizing its importance for the resolution of disputes in a less traumatic and litigious manner, ensuring the right solution to those involved without compromising on last case because access to the judiciary. Despite forecasting Brazilian law since the 1824 Constitution, Reconciliation always been little used, as presented to failure concern for the training of legal professionals for the work in this process. Thus the article of the provision in the preamble of the Constitution which is based on the peaceful resolution of conflicts, followed by the critical analysis of professional training and finally the assessment of the judiciary as a last resort. The legislation on the subject will serve as encouragement for the reasoning of the dialogue between the conflict culture and its peaceful resolution serving efficiently the concerns of stakeholders.

KEYWORDS: Reconciliation. Formation. Conciliators. Civil Code. Constitution.

INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil disciplina o instituto da Conciliação, ensejando sua utilização na solução de conflitos como meio eficaz, sem afastar o direito ao processo judicial, mas infundido a cultura de pacificação.

A Constituição de 1824 já fazia referência à Conciliação como meio de resolução de conflitos, assim como as legislações infranconstitucionais brasileiras como os Códigos de Processo Civil de 1973 e 2002, a Lei 9.099/95 dos Juizados Especiais, a Consolidação das Leis do Trabalho, já se utilizavam desse recurso na solução de litígios. Assim, o Novo Código de Processo Civil, dá destaque a autocomposição na resolução de conflitos e enfatiza a sua utilização como meio precípua para uma cultura de pacificação.

O Preâmbulo da Constituição de 1988 aponta para a importância da solução pacífica das controvérsias acolhendo a Conciliação de forma introdutória, assim como é sabido salientar os Princípios Constitucionais e Processuais que evidenciam a solução consensual dos conflitos, tais como o Princípio da Legalidade, da Liberdade em que as partes podem demonstrar ou não seu interesse, a própria economia processual e a celeridade no processo.

A lei 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil) fundamenta, através de seus meios adequados, a solução consensual dos conflitos sem excluir da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão ao direito, destacando além da conciliação, a arbitragem e a mediação que devem ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e Ministério Público, considerando a previsão do art. 3º §2º e 3º, tanto na fase pré-processual quanto na processual.

Trata-se de favorecer uma nova concepção no tratamento do judiciário no que se refere à cooperação, a garantia do direito, economia processual e duração razoável do processo nos casos em que seja viável a composição, assegurando a satisfação dos interesses em questão como trata o artigo 3º §4º e 6º da referida Lei. Significando assim, uma mudança de paradigma no enfrentamento e resolução das controvérsias.

¹⁷⁹ É professora da Secretaria Estadual de Educação do Estado do Ceará. Professora do Mestrado em Educação da Anne Sullivan University. Licenciada em História pela Universidade Estadual do Ceará (UECE), graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR), com especialização em História e Cultura pela Faculdade Integrada do Ceará (FIC), especialização em Ensino da História pela Faculdade Farias Brito (FFB) e Mestre em História e Cultura pela Universidade Estadual do Ceará (UECE). Email: luanacarvalho@yahoo.com.br ou luanacarvalho@gmail.com

A Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça de novembro de 2010, em seus artigos 9º e 12, assim como o Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015, em seu artigo 11, determinaram que o conciliador deve ter capacitação conforme parâmetro curricular do Conselho Nacional de Justiça em conjunto do Ministério da Justiça, por meio de curso em entidade credenciada, como critério para a atuação judicial de conciliadores.

Lidar com interesses de terceiros é uma habilidade que necessita de capacitação, portanto o Novo Código de Processo Civil reserva um dispositivo e seus parágrafos para tratar do cadastro de conciliadores sua atuação e formação, demonstrando indubitável necessidade de capacitar operadores do direito ou bacharéis de outras áreas para atuar na resolução pacífica dos conflitos e efetivar o disposto sobre conciliação e mediação previsto em lei.

ACESSO À JUSTIÇA

O direito de acesso à Justiça, está previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, mas não limita a função do Estado de dirimir conflitos somente à apreciação do judiciário. Não se pode limitar a resolução de contendas tão somente à formulas fórmulas exclusivamente positivadas, devendo-se implementar no nosso ordenamento jurídico e processual mecanismos processuais e pré-processuais que efetivamente complementem o sistema instrumental, visando a melhor efetivação de seu objetivo fundamental.

A responsabilidade do Estado na composição de conflitos, impõe ao magistrado o dever de acompanhar e fiscalizar seus conciliadores. Assim como estimular o uso de práticas cooperativas em processos de resolução de disputas, o acesso à Justiça deve, sob a ótica da autocomposição, estimular, difundir e educar às partes para resolver conflitos por meio de ações autônomas e pacíficas. O Poder Judiciário precisa ser entendido não apenas como aquele que se encontra em um dos pólos de uma relação jurídica processual para apontar uma solução incontestável, mas observar o usuário do poder judiciário também como agente que possa aprender a melhor resolver seus conflitos, por meio de comunicações eficientes, estimuladas por terceiros, destacando-se a conciliação.

Assim, Tarso Genro (2013,p.13) bem define o conceito de acesso à justiça a partir da utilização de institutos como a conciliação. O verdadeiro acesso à Justiça abrange não apenas a prevenção e reparação de direitos, mas a realização de soluções negociadas e o fomento da mobilização da sociedade para que possa participar ativamente dos procedimentos de resolução de disputas como de seus resultados".

Na conciliação, as próprias partes se dispõem a utilizar da autocomposição e estabelecem as regras a serem cumpridas, sob a presença de seus advogados e de um terceiro também deve escolhido consensualmente, portanto, não existem vencedores e vencidos. Nesse sentido, a prática da conciliação permite que o Estado-Juiz exerça o desempenho eficaz de dizer direito, já que somente o que for decidido pelas partes será reduzido a termo e homologado por sentença, sendo a justiça somente acionada quando as partes não lograrem a solução do seu conflito amigável. Ilustrando com a conceituação de Petrônio Calmon (2008, p. 53):

A prevenção ou solução do litígio por decisão consensual das próprias pessoas envolvidas no conflito. Distingue-se da tutela jurisdicional porque, enquanto esta é uma solução heterocompositiva exercida mediante a imposição de um terceiro imparcial, na autocomposição não há imposição e a solução é parcial (por obra dos próprios envolvidos). Distingue-se da autotutela porque, enquanto esta é uma imposta (por uma das partes), a autocomposição é fruto do consenso.

No contexto atual, a Conciliação exerce um relevante papel de celeridade nas resoluções dos litígios e pacificação social. Pois, contribui para a redução de processos e permite que o Judiciário julgue com mais eficiência e rapidez as demandas em que realmente o conflito se instaura de forma que não possa ser resolvido pelas vias de conciliação.

Em observância aos dispositivos da Lei 13.105/2015, o Novo Código de Processo Civil, com a previsão da Conciliação e mediação, não afasta em nenhum momento a apreciação das lides pelo poder judiciário, caso as partes não manifestem interesse em apaziguar, ou não haja um consenso entre as partes, ou o conflito não se encaixe nos casos que se permitem a Conciliação.

Na Conciliação, as partes de acordo com o Código de Processo Civil em seu artigo 334, §§ 10 e 11, decidem abertamente sobre a constituição de um representante com poderes para negociar e transigir, assim como sobre a solução que melhor lhes convier, bastando que não contrariem dispositivo de lei, os interessados atuam como protagonistas na resolução da própria contenda. Como bem observa Falsarelli Pereira (2003, P.73):

As soluções construídas pelas partes envolvidas no conflito podem ser talhadas além da lei. Quando protagonistas do conflito inventam seus próprios remédios, em geral, não se apoiam na letra da lei porque seu pronunciamento é por demais genérico para observar a particularidade dos casos concretos.

Há, pois, a liberdade de criar soluções em as amarras dos resultados impostos pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido, as partes, antes alheias ao processo de elaboração das leis, "legislam" ao constituir suas próprias soluções não somente para enfrentar os conflitos já instaurados, mas para evitar adversidades futuras.

A prática da conciliação, enseja não somente a rápida resolução do litígio entre as partes, como coaduna com a razoável duração do processo, pois não existem os recursos que procrastinam a lide e mesmo, permite a pacificação social sem necessidade de interferência do Poder Judiciário, na fase pré-processual. Assim, a conciliação não pode ser vista como recurso somente para desafogar a justiça, mas como instituto que atente ao bem maior previsto no Preâmbulo da Constituição que versa sobre a solução pacífica dos conflitos.

Um Estado democrático não pode abandonar seus cidadãos a um processo lento e viciado, pois não é raro que as vidas e o destino das pessoas estejam diretamente vinculados à solução de um determinado processo, motivo pelo qual é extremamente leviano fazê-los aguardar tempo excessivo pela decisão judicial, somente porque faltam interesse e vontade política para estruturar e aparelhar adequadamente o Poder Judiciário. (...) um processo que dura um dia a mais do estritamente necessário não terá duração razoável e já será injusto. (HOFFMAN, Paulo. Op. cit., p. 212).

A Conciliação é prevista na lei enquanto mecanismo para resolução de conflitos através de acordo entre as partes, podendo ocorrer na fase pré-processual e dentro do próprio processo, neste caso, o extinguindo com resolução do mérito, reduzido a termo e homologado. Identifica-se como uma tentativa de mudança na cultura do litígio, enfatizando o direito adjetivo preconizado pela Constituição Federal com vistas ao Estado Democrático de Direito, pois visa à práticas que adequam juízes e partes a vislumbrarem por uma cultura de paz e celeridade sem dispendar demandas judiciais desnecessárias. Assim, os dispositivos que tratam da Conciliação devem ser observados como instrumentos que positivam o acesso à justiça de forma direta ou indireta.

O Novo Código de Processo Civil em seu artigo 3º e parágrafos, preconiza a possibilidade de composição entre as partes mediante a boa-fé, cooperação, duração razoável do processo, com vistas à satisfação de interesses de forma justa e efetiva. Estendendo esse conceito, o art. 334 dispõe que, preenchidas as condições da ação e, não for o caso, de improcedência liminar do pedido, será designado pelo Juiz audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de trinta dias, devendo o réu ser citado com pelo menos vinte dias de antecedência. Nesse sentido, a autocomposição é priorizada como regra, exceto se não houver interesse das partes de forma expressa, *in verbis*:

Art. 334 [...]

§ 4º A audiência não será realizada:

I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

II - quando não se admitir a autocomposição;

§ 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.

§ 6º Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes.

§ 7º A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei.

§ 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado. [...]

§ 11. A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença. (BRASIL, lei 13.105 de 2015).

Dessa forma, a conciliação pode ser considerada, instrumento de pacificação social, pois torna mais efetiva prestação jurisdicional e predispõe a satisfação das partes litigantes que tem suas demandas solucionadas de forma consensual.

Pode-se observar que em grande parte dos casos o custo do processo supera o benefício patrimonial objeto da demanda, o que já justifica a conciliação pelo Poder Público, além da solução pacífica dos conflitos permitir a legitimidade das decisões e maior eficiência, por serem decorrentes de consenso encontrado pelas próprias partes, em comum acordo.

A FORMAÇÃO DE CONCILIADORES

Com o objetivo de desenvolver uma cultura da paz e de solução adequada de conflitos mediante a autocomposição, os conciliadores serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justi-

ça ou de tribunal regional federal, com registro de profissionais habilitados com a indicação de sua área de atuação conforme assegura o art. 167 e seus parágrafos do Novo Código de Processo Civil.

De forma simples, partimos da conceituação de Lia Sampaio (2007), a qual afirma que a mediação é um processo pacífico de resolução de conflitos em que uma terceira pessoa, imparcial e independente, com a necessária capacitação, facilita o diálogo entre as partes, para que melhor entendam o conflito e busquem alcançar soluções criativas e possíveis.

A Conciliação ocorre a partir de três elementos: a disputa, as partes interessadas e o conciliador. O advogado deve participar, sendo presença imprescindível, como disposto no § 9º do artigo 334 do Novo Código de Processo Civil que prevê que as partes devem estar acompanhadas de seus advogados. A função precípua do conciliador é tentar pacificar as relações entre os litigantes, facilitando a comunicação entre ambas e sugerir para que possam chegar a uma decisão. De forma direta e objetiva, o conciliador apesar de não ter poder decisório, influencia diretamente no acordo entre as partes.

Para atuar como conciliador se faz necessário a capacitação em técnicas de conciliação, nos moldes da Resolução 125/2010 do CNJ e da Emenda n.1, de 23 de Janeiro de 2013, assim como no disposto na Lei 13.105 de 2015, que recepcionou as anteriores citadas, em seu artigo 167 e respectivos parágrafos. O conciliador não precisa ser bacharel em Direito, basta ter bacharelado em qualquer curso superior reconhecido pelo MEC, ou ser estudante, a partir do 4º semestre, mediante autorização expressa do Juiz de Direito, perante quem o conciliador exercerá suas funções e com isso ser certificado em curso de capacitação ministrado ou reconhecido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

Recepcionada pelo Novo Código de Processo Civil, a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, traz em seu escopo, a previsão de capacitação de conciliadores e mediadores nos termos do artigo 12 e seus parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º, determinando critérios plausíveis quanto à necessidade da qualidade dos serviços prestados à comunidade, a observância aos princípios éticos dessa atividade e carga horária a ser cumprida para a capacitação e aperfeiçoamento do conciliador.

Ao conciliador, as habilidades e técnicas adquiridas nas capacitações profissionais devem ser suficientes para responder aos desafios exigidos nas relações conflituosas da nova sociedade. A prática de conciliação, considerando o artigo 166 do Novo Código de Processo Civil, deve atentar para a observação dos princípios da independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e da decisão informada. Ressaltando a confidencialidade como importante princípio no procedimento conciliatório e admitida inclusive o uso de técnicas negociais.

O perfil do bacharel em direito nem sempre condiz com o desejado para a atuação como conciliador, pois como afirma Richard Sennet (2006, p.189): "é necessário um traço de caráter específico, uma personalidade disposta a descartar-se das experiências já vivenciadas". Por isso são necessários os cursos para a ampliação das técnicas em conciliação e da discussão de novas abordagens sobre o conflito, o Direito e a Justiça. Abrindo a possibilidade para a adequada inserção da prática dos meios consensuais de solução de conflitos fora ou no âmbito do Poder Judiciário. O perfil do profissional do Direito ou dos bacharéis de outras áreas que trabalharão com a conciliação, subtende um profissional de fácil receptividade às transformações, disposto a escutar e que valorize o diálogo.

O que se espera do conciliador, como bem observado acima, não comunga com a formação jurídica conservadora ainda vivida nas faculdades de Direito do País. Como bem salienta Nalini (2009, p. 30), essas instituições e profissionais não aceitam transformações facilmente e ainda são muito resistentes ao diálogo com outras ciências ou esferas do conhecimento. Faz-se assim necessária uma mudança na formação jurídica, diminuindo a normatividade excessiva, estimulando a interdisciplinaridade.

Podemos observar que a Justiça não objetiva apenas fazer incidir a vontade concreta da lei à controvérsia submetida à apreciação do Estado-juiz, daí a disposição de oferecer às partes a possibilidade de conciliar e chegarem de forma consensual à resolução de suas demandas, bem como a liberdade de escolha do terceiro para atuar como conciliador.

Consolidou-se então, a busca pela qualidade dos serviços e a qualificação técnica da equipe envolvida na formação de conciliadores com implementação de núcleos, especialmente no que se refere às diferenças conceituais e práticas entre a mediação e a conciliação e a preparação dos operadores do Direito para atuar de forma consensual e não mais exclusivamente litigiosa.

Se faz importante destacar já há algum tempo a reflexão de Lagrasta Neto (2008, p. 11), sobre essa preocupação quando afirma que se não houver mudança de estratégia na solução de conflitos, com intensa utilização de meios alternativos, previsto o engajamento de todos os lidadores do Direito, incluídos os servidores da Justiça, e o treinamento dos estudantes, desde os bancos acadêmicos, dificilmente se conseguirá alcançar o objetivo de amplo e irrestrito acesso a uma ordem jurídica justa, que nos encaminhe à mudança de mentalidade.

Não se pode conceber a conciliação como instrumento para produzir acordos e desafogar as vias judiciais, esse equívoco de ser corrigido com a capacitação adequada e de qualidade de compreensão da solução dos conflitos e seus objetivos para que se possa conduzir corretamente, focando na solução adequada a cada caso, fortalecendo os vínculos individuais e coletivo proporcionando o sentimento de paz e justiça.

É muito comum que se confunda os institutos da mediação e conciliação, o que pode vir a prejudicar as relações nas decisões entre as partes. A capacitação está relacionada diretamente ao conhecimento sobre o processo de conciliação, das diferenças conceituais entre mediação e arbitragem e das práticas dos vários meios consensuais de solução de conflitos, os princípios, as fases, os objetivos e as técnicas utilizadas, tais como a observação das expressões, a escuta ativa, o momento das perguntas abertas, ciência do litígio e suas causas, assim como o desejo das partes envolvidas.

A atuação do conciliador envolve o direito litigado por outros e por isso se estabelece como uma função complexa, considerando que ao final a decisão será ratificada pelo poder judiciário, daí a necessidade constante aperfeiçoamento e de capacitação contínua e cada vez mais aprofundada para que o conciliador possa atuar com segurança.

O Novo Código de Processo Civil em seu artigo 167 também trata do registro de profissionais e sua habilitação, assim como nos seus respectivos parágrafos atenta para a possibilidade de concurso público, os impedimentos de atuação como conciliadores quando forem advogados, o estabelecimento de um quadro próprio nos tribunais e no artigo 169 a forma de remuneração ressalvados os conciliadores do quadro próprio dos tribunais, preenchidos por concurso público.

Tal dispositivo se demonstra na contramão na valorização da profissão e pode vir a comprometer a formação a qualificação do quadro de profissionais que desempenham um papel de muita responsabilidade frente aos meios alternativos de solução de conflito no âmbito do judiciário. Mesmo dispondo da possibilidade de concurso público, a legislação deixa a desejar na valorização da profissão não oferecendo remuneração e plano de carreira aos profissionais dando margem a precarização da profissão.

Com o disposto no artigo 168 da Lei 13.105/2015 e a admissão do conciliador em Câmaras privadas de conciliação e com remuneração, fragiliza-se a atuação desses profissionais no âmbito dos tribunais.

A Política Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos através do Conselho Nacional de Justiça e da Resolução n. 125 de 2010, foi implementada com o objetivo de requerer a efetivação da mediação e a conciliação de conflitos no âmbito do Poder Judiciário, através de centros que que pudessem oferecer esse serviço de qualificada e adequada. A capacitação dos profissionais responsáveis pela mediação e conciliação foi apontada pela referida Resolução como crucial ao êxito do projeto, sendo apresentada necessidade da capacitação, orientações gerais sobre os temas a serem abordados nos cursos, carga horária mínima e realização de parcerias com o intuito de fortalecer aos centros nos tribunais em todos os estados brasileiros, esses preceitos foram ratificados pelo texto do Novo Código de Processo Civil de 2015 atualmente em vigor.

CONCLUSÃO

O artigo deixa claro que a autocomposição na resolução de conflitos não obsta a apreciação do judiciário caso não seja de interesse das partes a conciliação. Isso pois, a conciliação pode se dar tanto no início do processo quando no decorrer do processo, basta que haja disposição das partes para tal, sem que seja prejudicado o direito de ambos os envolvidos no litígio.

É notório que Novo Código de Processo Civil, atendendo ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e ao direito de solução pacífica de controvérsias, estabelece a necessidade de resolver de forma eficiente e eficaz o litígio, visando à premissa maior que é a satisfação dos interessados diretamente ou indiretamente no conflito.

Verificou-se perceptível que a disposição da lei que prevê a larga utilização dos mecanismos de solução pacífica de conflitos, em destaque aqui a conciliação, não obsta o acesso á justiça, pois o Novo Código de Processo Civil estabelece de forma clara a disposição das partes interessadas em optar desde já pela autocomposição.

A opção pela conciliação permite a construção conjunta de possíveis soluções para o conflito existente, procedimento dialógico, proporciona ao mesmo o exercício de se tornar sujeitos da relação em que estão inseridas e a livre escolha de eleger consensualmente um terceiro que conduzirá e influenciará numa resolução que atenda o direito de ambas as partes.

Foi de suma importância perceber o dispositivo da Lei que ressalta a devida formação para o operador do direito e aos demais interessados que vão tratar diretamente com a conciliação, pois o interesse é estabelecer a pacificação do conflito, e do conciliador é exigido um perfil de diálogo, de escuta ativa e receptividade às mudanças, já que este não só orienta, mas sugere saídas para a resolução do conflito.

Dessa forma, ressalta-se que a conciliação se estabelece como instituto indubitavelmente relevante para a solução de litígios, mas para o eficaz funcionamento da justiça e poder judiciário, b que não será dispendido em demandas que podem de forma pacífica serem resolvidas através do diálogo e intervenção de um terceiro que terá um papel de condutor de uma cultura de paz e conciliação.

Pelo exposto, percebe-se que o cerne disposto no Novo Código de Processo Civil estabelece previsões que sejam eficazes na redução das demandas desnecessárias e repetitivas, de modo a permitir uma Justiça mais célere e eficaz. Mas certamente, além da letra da lei há ainda muito a se fazer, não só em relação ao volume acumulado de demandas protocoladas no judiciário, respaldadas por uma cultura de litígio em contrapartida a nova mentalidade trazida pela aplicação da autocomposição dos conflitos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 13 de junho. 2016.

_____. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Institui o Novo Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 13 de junho. 2016.

_____. Resolução nº 125 do Conselho nacional de Justiça –CNJ. Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/arquivo_integral_republicacao_resolucao_n_125.pdf>. Acesso em 13 de junho. 2016.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e de Conciliação**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

GENRO, Tarso, **Prefácio da primeira edição de Azevedo, André Gomma (Org.) Manual de Mediação Judicial**, Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2013.

HOFFMAN, Paulo. **Razoável duração do processo**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LAGRASTA NETO, Caetano. **Mediação, conciliação e suas aplicações pelo tribunal de justiça de São Paulo**. In: GRINOVER, Ada Pelegrinni; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação**. São Paulo: Atlas, 2008.

NALINI, José Renato. **Conselho Nacional de Justiça: um marco no poder judiciário**. Revista Jurídica Consulex, São Paulo, ano XIII, n. 310, p. 28-30, 15 dez. 2009.

PEREIRA, Gláucia Falsarelli. **Justiça Comunitária – Por uma justiça da emancipação. Dissertação de Mestrado em Direito** – Universidade de Brasília. Brasília: 2003.

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; Braga neto, Adolfo. **O que é mediação de conflitos** (Coleção primeiros passos). São Paulo: Brasiliense, 2007.

SENNET, Richard. **A cultura do novo capitalismo**. Rio de Janeiro: Record, 2006.

A RELEVÂNCIA DA CAPACITAÇÃO DO MEDIADOR DE CONFLITOS OFERECIDA PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

THE RELEVANCE OF CAPACITY BUILDING FOR THE MEDIATOR OF CONFLICTS OFFERED BY THE NATIONAL COUNCIL OF JUSTICE IN THE LIGHT OF THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

Thayanne Marques Lima¹⁸⁰

Mara Livia Moreira Damasceno¹⁸¹

RESUMO: O artigo tem por escopo demonstrar a importância da capacitação do Conselho Nacional de Justiça para a correta atuação do mediador no ordenamento jurídico brasileiro. Inicialmente, investigou-se a utilização dos mecanismos consensuais de solução de conflitos, tais como a mediação e a conciliação, com suas definições e diferenças. Nesse sentido, aprofundou-se o estudo sobre a capacitação do Conselho Nacional de Justiça para o terceiro facilitador, que tenta auxiliar na construção de soluções consensuais por meio da mediação. A metodologia utilizada para o desenvolvimento do artigo é de cunho bibliográfica e documental. Concluiu-se, portanto, que é imprescindível para o alcance da solução satisfatória da contenda levada à mediação, a capacitação prévia do mediador e o respeito ao Código de Ética de Mediadores durante sua atuação, inclusive para os advogados, para que se alcance a efetiva solução do conflito, a paz social, através do restabelecimento da comunicação dos envolvidos no conflito.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação de conflitos. Capacitação do Mediador. Advogado Mediador. Conselho Nacional de Justiça. Resolução 125 do CNJ.

ABSTRACT: The article is scope to demonstrate the importance of capacity building of the National Council of Justice for the correct performance of the mediator in the Brazilian legal system. Initially, we investigated the use of consensual dispute resolution mechanisms such as mediation and conciliation, with their definitions and differences. In this sense, it deepened the study on the capacity of the National Council of Justice for the third facilitator, trying to help build consensual solutions through mediation. The methodology used for the development of the article is a bibliographical and documentary nature. It was concluded therefore that it is essential to achieve the satisfactory resolution of the dispute brought to mediation, previous training of the mediator and respect for Mediators Code of Ethics for its operations, including lawyers, for achieving effective solution to the conflict, social peace through the restoration of communication of those involved in the conflict.

KEYWORDS: Conflict mediation. Mediator training. Lawyer Mediator. National Council of Justice. Resolution 125 of the CNJ.

INTRODUÇÃO

Diante do crescente número de demandas judiciais, o Conselho Nacional de Justiça instituiu, através da Resolução n.º 125/2010, a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos, que tem por objetivo dar maior efetividade à garantia Constitucional do acesso à justiça, estampado no art. 5.º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, criando os Centros Judiciários de Soluções de Conflitos e Cidadania, ofertando à sociedade o uso dos meios consensuais de solução de conflitos, tais como a mediação e a conciliação, objetivando o tratamento adequado ao conflito, a pacificação social e, por consequência, a redução na judicialização das controvérsias.

Em 2015, estes métodos ganharam reconhecimento expressivo advindo do Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015) e da Lei de Mediação (Lei n.º 13.140/2015), tornando-se essenciais ao ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, faz-se necessário analisar a como se dará a capacitação da figura do mediador para que, efetivamente, haja o tratamento adequado ao conflito. Portanto, o presente artigo volve-se em analisar os seguintes questionamentos: Quem pode ser mediador? Como é realizada a capacitação dos mediadores judiciais? Qual a importância da capacitação do mediador para que o tratamento adequado ao conflito seja feito de forma competente e eficiente? Qual a importância do advogado mediador para o ordenamento jurídico brasileiro?

¹⁸⁰ graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Atuou como estagiária voluntária do Núcleo de Mediação e Conciliação de Conflitos da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Atuou como estagiária do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, lotada no Gabinete da Desembargadora Tereze Neumann Duarte Chaves (2014-2016).E-mail: thayannemarques_@hotmail.com

¹⁸¹ instrutora de Mediação Judicial do Conselho Nacional de Justiça. Mediadora de Conflitos. Docente da disciplina de Mediação, Conciliação e Arbitragem do curso de graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (Unifor) e da Unichristus. Mediadora do Núcleo de Mediação do Escritório de Prática Jurídica da Universidade de Fortaleza e da Unichristus, conveniados com a Defensoria Pública do Estado do Ceará. Mestre em Direito Constitucional pela Unifor.E-mail: mara_lmd@hotmail.com

1. CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

Faz-se mister, inicialmente, diferenciar mediação e conciliação para que não haja equívoco quando forem aplicados ao caso concreto, sendo substancial para o alcance da pacificação social. O método autocompositivo da conciliação é aquele em que após ouvir as partes envolvidas no conflito, um terceiro imparcial intervém para auxiliá-los, sugerindo propostas e soluções à controvérsia, com o intuito de que os assistidos cheguem a um acordo que os satisfaçam. Assim leciona Luchiarri (2012, p.15):

A conciliação é o método de solução de conflitos no qual um terceiro imparcial, que domina a escuta, sem forçar as vontades dos participantes, investiga apenas os aspectos objetivos do conflito e sugere opções para sua solução, estimulando-os à celebração de um acordo.

Já o método autocompositivo da mediação é aquele em que um terceiro imparcial, escolhido ou aceito pelas partes, aplicará técnicas que facilitem o diálogo entre os envolvidos no conflito, fazendo que eles mesmos cheguem a uma solução para a desavença, que melhor os satisfaça. Portanto, não cabe, neste método, ao terceiro imparcial intervir na busca da solução, este poderá facilitar a construção do diálogo entre as partes envolvidas sem opinar. Nesse sentido, leciona Sales (2010, p.02):

A mediação, por suas peculiaridades, torna-se um meio de solução adequado a conflitos que versem sobre relações continuadas, ou seja, relações que são mantidas apesar do problema vivenciado. Ressalte-se também que os conflitos envolvendo sentimentos e situações fruto de um relacionamento – mágoas, frustrações, traições, amor, ódio, raiva – revelam-se adequados à mediação.

Vale salientar que o Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015), no seu art. 165, §§ 2º e 3º, definiu o conceito para aplicação da mediação e conciliação. A Lei de Mediação (Lei n.º 13.140/2015) trouxe em seu art. 1º, parágrafo único, a definição de mediação, assegurando que é o procedimento por meio do qual os litigantes buscam o auxílio de um terceiro imparcial que irá contribuir na busca pela solução do conflito. Esse terceiro não tem poder de decisão, ele auxilia os envolvidos na busca e obtenção de uma solução consensual. Porém, ressalta-se a atenção que tem que ser dada quando da aplicação desses métodos, conforme lecionam Sales e Chaves (2014, *online*):

A implementação da mediação e dos outros meios consensuais junto ao Poder Judiciário requerem uma atenção ainda maior, pois eles se apresentam com uma lógica diversa do tradicional processo judicial. Enquanto a atuação tradicional junto ao Poder Judiciário ressalta o formalismo, a excessiva normatividade, o caráter adversarial do litígio, o perde ganha, o pouco diálogo, o poder de decisão do juiz, a atuação requerida na prática dos meios consensuais ressalta o diálogo, a cooperação, o ganha-ganha, a escuta-ativa, a empatia, a convergência, a interdisciplinaridade.

Neste sentido, quando há a aplicação dos meios consensuais/autocompositivos da mediação e da conciliação, percebe-se a grande chance que os brasileiros têm de vivenciar uma solução mais satisfatória para as controvérsias que surgem. Assim, para que saibam qual o método certo a ser aplicado ao caso concreto, é preciso identificar quais as semelhanças e diferenças presentes nesses métodos, conhecer as etapas e técnicas de cada um, partindo-se daí a importância da capacitação do mediador, principal figura para a correta implementação da prática da mediação, prevista no Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/15) e na Lei de Mediação (Lei n.º 13.140/15).

2. O MEDIADOR DE CONFLITOS

O mediador será um terceiro imparcial, escolhido ou aceito pelas partes, que detêm a confiança dos envolvidos na controvérsia, e valendo-se das técnicas aplicáveis à mediação estimularão e facilitarão a comunicação entre os indivíduos através da recontextualização da situação fática, fazendo-os perceber o dissídio de outra forma e, por meio desse objetivo, o mediador auxiliará na restauração do diálogo e da relação anteriormente existente entre os conflitantes, com o fito de levar os mediados a compreenderem as questões escondidas nas posições assumidas aparentemente, alcançando uma solução e prevenção das contendas, obtendo por consequência a pacificação social. Nas palavras de Sales (2003, p. 132):

O mediador, terceiro imparcial que facilita o diálogo entre as partes, deve estar capacitado para realizar as sessões de mediação com diligência, prudência e competência, permitindo que os indivíduos em conflitos alcancem a comunicação justa, gentil e pacífica. Deve ser paciente para ouvir mais do que falar e humilde para compreender que muitas vezes o seu entendimento sobre o conflito pode estar completamente equivocado e a sua interferência direta e indutora pode desvirtuar a essência da função de mediador e prejudicar as partes na busca pelo diálogo. Deve compreender e aceitar que os protagonistas do conflito são os indivíduos que ali estão dispostos a dialogar e não o mediador que participa, porém, a este reserva-se um papel coadjuvante. O mediador não decide, facilita a decisão por meio da efetiva comunicação.

Na visão de Vezzulla (1998), o mediador figura como um novo tipo de profissional, portanto, ele não poderá agir como um advogado, pois não poderá enquadrar a situação fática a uma solução baseada

nas leis e jurisprudências, não podendo, ainda, ter uma visão parcial do conflito apresentado, como os advogados possuem; não poderá agir como um psicólogo, pois a escuta na mediação não será com fins terapêuticos, mas sim com fins didáticos, ensinando aos conflitantes a relacionarem-se de forma inteligente e benéfica; diferencia-se também de um médico, posto que este escuta os sintomas para delimitar um diagnóstico, na mediação o facilitador escutará os "sintomas", ou seja, tomará conhecimento dos problemas, contudo serão as partes que irão buscar e alcançar a solução para o impasse. Portanto, percebe-se que a posição do mediador é incômoda por não haver correspondência ou encaixe em nenhuma das profissões existentes.

A Lei de Mediação Lei nº 13.140/2015 (2016, *online*) dispõe, no parágrafo único do art. 1º, a mediação como atividade técnica, sendo 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.", ainda, no § 1º do art. 4º, define, em síntese, a atividade do mediador, que "[...] conduzirá o procedimento de comunicação entre as partes, buscando o entendimento e o consenso e facilitando a resolução do conflito.". Portanto, não diverge do que trata o CPC/2015 (2016, *online*) em seu art. 165, § 3º, em que define a figura do mediador como sendo aquele que:

[...] atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Cumprido ressaltar, conforme já mencionado, que o mediador conta com a confiança das partes para atuar como facilitador no conflito, não necessitando, em regra, que possua uma formação específica, mas é essencial que tenha habilidade para restabelecer a comunicação pacífica com os conflitantes. "O mediador tem a incumbência de clarificar as razões reais da disputa e as possíveis soluções e, considerando o eventual nível de hostilidade entre as partes, trabalhar para que as discussões ocorram com urbanidade e respeito recíprocos, inclusive para que cada uma das partes possa discernir quais são seus interesses reais e suas paixões momentâneas." (REIS, 2015, p.227).

A figura do mediador é de auxiliar as partes na composição de uma contenda, facilitando o diálogo entre eles. Nesse sentido, Azevedo (2015, *online*) leciona como deverá atuar a figura do mediador:

No exercício dessa importante função, **ele deve agir com imparcialidade e ressaltar às partes que ele não defenderá nenhuma delas em detrimento da outra – pois não está ali para julgá-las e sim para auxiliá-las a melhor entender suas perspectivas, interesses e necessidades.** O mediador, uma vez adotada a confidencialidade, deve enfatizar que tudo que for dito a ele não será compartilhado com mais ninguém, excetuado o supervisor do programa de mediação para elucidações de eventuais questões de procedimento. (grifou-se)

Porém, no âmbito judicial, como se verá mais adiante, o facilitador na mediação deverá observar outros requisitos específicos à sua capacitação profissional, exigindo-se, também, qualificações em outras áreas de conhecimento. Nas palavras de Azevedo (2015, *online*) "as habilidades autocompositivas são adquiridas predominantemente por intermédio de um adequado curso de técnicas autocompositivas.". Ademais, cabe pontuar as características para quem deseja ser um mediador bem preparado/capacitado, que segundo leciona Azevedo (2015, *online*) deve possuir as habilidades definidas em:

aplicar diferentes técnicas autocompositivas de acordo com a necessidade de cada disputa; escutar a exposição de uma pessoa com atenção, utilizando de determinadas técnicas de escuta ativa (ou escuta dinâmica); inspirar respeito e confiança no processo; administrar situações em que os ânimos estejam acirrados; estimular as partes a desenvolverem soluções criativas que permitam a compatibilização dos interesses aparentemente contrapostos; examinar os fatos sob uma nova ótica para afastar perspectivas judicantes ou substituí-las por perspectivas conciliatórias; motivar todos os envolvidos para que prospectivamente resolvam as questões sem atribuição de culpa; estimular o desenvolvimento de condições que permitam a reformulação das questões diante de eventuais impasses; abordar com imparcialidade, além das questões juridicamente tuteladas, todas e quaisquer questões que estejam influenciando a relação (social) das partes.

Portanto, mesmo na mediação extrajudicial em que basta que o facilitador detenha a confiança dos conflitantes, é imperiosa a necessidade deste buscar um aperfeiçoamento técnico com a finalidade de amadurecer como profissional. A mediação no âmbito extrajudicial, também chamada de mediação privada, é aquela realizada por mediadores comuns (pessoas independentes) ou por instituições que atuem com o propósito de realizá-las, sem que tenham auxílio de componentes do Judiciário, ou seja, é externo ao processo judicial.

O CPC/2015 no art. 168 prevê que "As partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação." (2016, *online*), ainda, a Lei de Mediação reservou aos Mediadores Extrajudiciais a Subseção II, da Seção II do Capítulo I, preconizando em seu art. 9º quem poderá atuar como mediador extrajudicial (2016, *online*), veja-se:

Art. 9º Poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se. (grifou-se)

Com relação ao artigo supracitado, Tartuce (2015, p.281) pontua que há três requisitos essenciais a serem preenchidos por quem atuará como mediador extrajudicial, quais sejam, a capacidade de direito (aferível a partir das regras civis), a confiança das partes e a capacitação no método da mediação, sem imposição de algum curso específico para que obtenha a habilidade em mediar.

Em relação à mediação no âmbito judicial, esta foi inserida com regramentos próprios no Código Processual Civil e na Lei de Mediação. O CPC/2015 (2016, *online*) no art. 165 dispõe que “Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.”.

Assim, o método da mediação no âmbito judicial, aplicar-se-á quando já houver o ingresso de uma demanda, com o fito de auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. No que tange aos mediadores judiciais, a Lei de Mediação (2016, *online*) dispôs sobre os requisitos necessários para a sua atuação, conforme preconiza o art. 11, *in verbis*:

Art. 11. Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça. (grifou-se)

Ademais, o CPC/2015 prevê expressamente no art. 167 a necessidade de capacitação por meio de curso credenciado pelo Conselho Nacional de Justiça e cadastramento dos mediadores judiciais no âmbito nacional e estadual, com a possibilidade do cadastro vir a ser precedido de concurso para a efetivação do respectivo registro.

Por derradeiro, ressalta-se que o CPC/2015 trata em seu art. 149 que o mediador e conciliador judicial são auxiliares da justiça: “São auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, o mediador, o conciliador judicial, o partidor, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias.”. Contudo, para efeitos penais o art. 8º da Lei de Mediação (2016, *online*) dispõe: “o mediador e todos aqueles que o assessoram no procedimento da mediação quando no exercício de suas funções ou em razão delas, são equiparados a servidores públicos.”

Estabelecido quem pode atuar como mediador nos âmbitos extrajudicial e judicial, faz-se necessário apresentar a capacitação dos mediadores judiciais, como requisito necessário para que possa prestar o auxílio adequado na busca da solução consensual dos conflitos no ordenamento jurídico brasileiro.

3. A CAPACITAÇÃO DO MEDIADOR JUDICIAL À LUZ DA RESOLUÇÃO N.º 125 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Inicialmente, é imperioso ressaltar que com a crescente evolução da prática dos métodos consensuais de solução de conflitos e com o expressivo reconhecimento normativo, aumenta-se a preocupação em relação à qualificação daqueles que irão colocar em prática tais métodos, uma vez que será por meio da correta aplicação desses métodos, advinda de uma capacitação adequada, que o terceiro facilitador, junto aos envolvidos no conflito, alcançarão a finalidade pretendida com uso dos métodos autocompositivos, qual seja, a mudança de paradigma da cultura do litígio e da passividade pela cultura da pacificação social por meio do reconhecimento de que todos os envolvidos em conflitos são responsáveis e devem agir, ter autonomia para resolvê-los e deixar de delegar suas cizânias à terceiros. Nas palavras de Sales (2003, p. 112), “o cuidado com a competência do mediador tem sido um caminho para o aperfeiçoamento dessa atividade”.

Sobre a capacitação dos mediadores, conforme leciona Tartuce (2015, p. 272) “deve-se conceber um treinamento especial para que a atividade do mediador seja eficiente no tratamento consensual de conflitos, levando-se em conta especialmente as resistências inerentes à nossa cultura eminentemente contenciosa.”. Nesse sentido, a capacitação do terceiro facilitador (conciliador e mediador) foi desenvolvida pelo Conselho Nacional de Justiça, estando inserida na Resolução n.º 125/2010 (2016, *online*), norma regulamentadora que inicialmente estabeleceu as orientações sobre a mediação de conflitos no Brasil.

Assim, o CNJ estabeleceu parâmetros para a capacitação dos mediadores judiciais através da Resolução n.º 125/2010, presente no seu Anexo I, com redação dada pela Emenda n.º 2, de 08.03.16,

dispondo que o curso de capacitação em mediação judicial se dividirá em dois módulos, teórico e prático (estágio supervisionado). No módulo teórico serão desenvolvidos determinados temas dispostos no conteúdo programático, bem como serão indicadas obras de natureza introdutória ligadas à conciliação e mediação, de leitura obrigatória, e ainda, serão realizadas simulações pelos alunos. O conteúdo programático do módulo teórico, disposto no Anexo I da Resolução n.º 125/2010, será desenvolvido de acordo com diversos temas por ele estabelecido.

Quanto ao material utilizado no módulo teórico, inclui-se apostilas, obras introdutórias e obras relacionadas ao tipo de mediação abordada. Com relação à carga horária, deve ser observado o mínimo de 40 horas de aulas teóricas, podendo dividir-se em uma parte feita a distância e outra de forma presencial e a frequência exigida para garantir aprovação neste módulo será de 100% (cem por cento), habilitando o aluno a ingressar no módulo prático. O módulo prático, que se chama estágio supervisionado, tem carga horária entre 60 a 100 horas de prática supervisionada e a frequência exigida para garantir aprovação neste módulo também é de 100% (cem por cento), devendo ainda ser entregue pelo aluno, ao final do módulo, um relatório com a função de avaliar o seu aproveitamento.

Neste módulo prático o aluno irá aplicar o conhecimento obtido no módulo teórico aos casos reais, devendo este aluno estar acompanhado de 1 supervisor (membro da equipe docente) e, necessariamente, estar desempenhando as funções de observador, co-conciliador ou comediador, e conciliador ou mediador. Requer-se que, ao final de cada sessão, o aluno apresente um relatório acerca do que foi realizado, descrevendo impressões e comentários acerca da utilização das técnicas aprendidas, não devendo este relatório ser limitado a descrever o caso concreto, mas sim demonstrar as técnicas utilizadas, expondo a facilidade ou dificuldade de lidar com o caso concreto. Ressalta-se que é permitido o estágio autossupervisionado, estando a critério do Nupemec (Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos) de cada Estado, quando não houver professores suficientes para acompanhar todas as etapas deste módulo.

Ressalte-se que o módulo prático é de natureza imprescindível para a obtenção do certificado de conclusão do curso, habilitando o mediador ou conciliador a atuar perante o Poder Judiciário. Por fim, deverão ser entregues os relatórios de todas as sessões participadas, e ser cumprida a carga horária mínima exigida, para que seja emitida declaração de conclusão do curso básico de capacitação necessário para que seja providenciado o cadastramento como mediador junto ao respectivo Tribunal de atuação, segundo o artigo 12 da Resolução 125/2010 do CNJ. Sobre a atuação do mediador pautada na importância da sua capacitação, a doutrina leciona que:

Obviamente chegar a um acordo por meio do processo de mediação não é tarefa fácil. Exige tempo, dedicação e preparação adequada do mediador. Seria um erro grave pensar em executar mediações em série, de forma mecanizada, como hoje, infelizmente, se faz com as audiências prévias ou de conciliação, nos juizados especiais e na justiça do trabalho. A mediação é um trabalho artesanal. Cada caso é único. Demanda tempo, estudo, análise aprofundada das questões sob os mais diversos ângulos. O mediador deve se inserir no contexto emocional-psicológico do conflito. Deve buscar os interesses por trás das posições externas assumidas, para que possa indicar às partes o possível caminho que elas tanto procuravam. (PINHO, 2016, *online*)

Após feitas considerações acerca da capacitação dos mediadores judiciais pelo CNJ, constata-se a dificuldade de se capacitar mediadores em todo o Brasil devido à sua ampla extensão territorial e ao número insuficiente de profissionais aptos a facilitar o curso, diante da grande necessidade de se capacitar adequadamente o maior número de mediadores possíveis para atender a demanda do ordenamento jurídico brasileiro. Neste sentido Sales e Chaves (2014, *online*) apresentam:

Sugestões para fortalecer a implementação da mediação de conflitos no Brasil, como o credenciamento pelo Conselho Nacional de Justiça das instituições aptas a capacitar profissionais mediadores e conciliadores (exemplo: universidades brasileiras e instituições com histórico em desenvolver capacitações) e, a contínua atualização dos programas de capacitação com vistas a uma adequação a realidade de cada Tribunal e região.

Portanto, percebe-se que a atuação qualificada do facilitador na mediação decorre de uma concreta e bem elaborada capacitação dos mediadores, sendo de suma importância que haja o domínio das técnicas aplicadas à mediação, para que o seu objetivo principal, qual seja, a pacificação social com o restabelecimento da comunicação dos envolvidos na controvérsia, seja alcançado com êxito.

4. CÓDIGO DE ÉTICA DOS MEDIADORES E CONCILIADORES

Além da capacitação, ou seja, do conhecimento teórico e prático das técnicas, é imperioso que o mediador atue de acordo com os preceitos éticos, uma vez que ele é o responsável pela administração do conflito na mediação, incumbindo-lhe optar pelas melhores técnicas a serem utilizadas em cada caso mediado. Portanto, os mediadores devem obedecer princípios, em que, antes de tudo, são eminentemente

personais, e observar aqueles contidos no Código de Ética para mediadores. Sobre o Código de Ética para mediadores, Muniz (2015, p. 101) dita que:

Têm a capacidade de favorecer o ambiente para o desenvolvimento dos trabalhos de mediação, o que desencadeia a boa qualidade da comunicação, alto rendimento e, por via de consequência, ampliação nas soluções dos conflitos mediados e dos acordos alcançados, com maior satisfação para os envolvidos no processo, facilitando o acesso à justiça.

A Resolução n.º 125/2010 (2016, *online*) prevê em seu art. 6º, inciso IV, que caberá ao CNJ, regulamentar, em Código de Ética, a atuação dos conciliadores, mediadores e demais facilitadores da solução consensual de controvérsias. Sendo instituído por princípios que devem nortear a atuação desses facilitadores, demonstrando sobretudo a capacidade de permanecerem imparciais. Desta forma, o CNJ estabeleceu o Código de Ética dos conciliadores e mediadores, disposto no Anexo III da Resolução, com nova redação dada pela Emenda n.º 2, de 8/03/2016, destacando os princípios em seu art. 1º: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação.

Além dos princípios supracitados, o CNJ garantiu ainda, as regras que regem o procedimento da mediação e da conciliação, presentes no artigo 2º do Código de Ética. Ainda, estabeleceu as condições de atuação e sanções que deverão ser aplicadas ao mediador ou conciliador que não cumprir com as determinações da Resolução n.º 125/2010, bem como do Código de Ética. Cabe salientar que, esses princípios ganharam maior relevância com a normatização deles no CPC/2015, na Lei de Mediação.

Destaca-se que o CPC/2015 (2016, *online*) trouxe em seu art. 166 os princípios da mediação e da conciliação judicial, quais sejam, "da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.". Ainda, a Lei de Mediação (Lei n.º 13.140/2015) em seu art. 2º dispôs que a mediação será orientada pelos princípios da "imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé." (2016, *online*).

Sobre a observância dos princípios na aplicação dos métodos consensuais de solução de conflitos, a doutrinadora Fernanda Tartuce (2015, p. 187) assevera que "Jurisdicionados e advogados brasileiros padeceram de muitas mazelas ao longo dos anos por conta de práticas enviesadas que, apesar de denominadas conciliatórias, não respeitavam princípios nem técnicas, buscando a extinção de processos judiciais a qualquer custo."

Seguir os princípios e regras contidos no Código de Ética da Resolução 125 do CNJ é essencial tanto para mediadores como para os advogados, pois permite que estes estabeleçam um elo de confiança com seus clientes, permitindo uma melhor condução no procedimento da mediação ou do processo judicial.

5. O ADVOGADO MEDIADOR

A figura do advogado no método autocompositivo da mediação é fundamental diante dessa nova perspectiva profissional advinda pela Política Nacional de incentivo aos métodos consensuais. Conforme dispõe o Código de Ética e Disciplina da OAB (2016, *online*), constitui dever dos advogados, nos termos do art. 2º, parágrafo único, inciso VI, "estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios".

O advogado quando procurado por uma parte é o primeiro a obter contato com o conflito e, diante de suas orientações é que deverá ser encaminhado o caso real para a utilização de mecanismos autocompositivos. "Nesse cenário, o advogado pode e deve funcionar como um eficiente agente da realidade." (TARTUCE, 2015, p.103).

Na mediação a função do advogado será de grande valia, pois ao ter o primeiro contato com a parte envolvida no conflito, caberá a ele prestar as primeiras informações sobre as formas consensuais de resolução de conflitos, discorrendo as vantagens na adoção desses mecanismos, bem como prestar orientações jurídicas acerca do assunto. Sobre o assunto, Calmon (2015, p. 219) corrobora que o advogado exerce três importantes atividades, são elas:

[...] como gestor do conflito, orienta seu cliente na individualização do sistema mais conveniente para resolver o conflito; como procurador, atua como negociador e como consultor de seu cliente durante as tratativas; e pode, ainda, atuar como o terceiro imparcial que facilita a autocomposição (conciliação ou mediação).

Relembrando que caberá apenas ao advogado que acompanhará o assistido na sessão de mediação a prestar orientações jurídicas, não cabendo este papel ao mediador, posto que este, mesmo sendo advogado, está impedido de prestar serviços profissionais, de qualquer natureza, aos envolvidos em

processo de conciliação/mediação sob sua condução, de acordo com o art. 7º do Código de Ética dos Mediadores, inserido na Resolução n.º 125/2010 do CNJ, salientando-se, ainda, o disposto no art. 167, § 5º do CPC/2015 (2016, *online*): “Os conciliadores e mediadores judiciais cadastrados na forma do caput, se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções”. Nesse sentido, Tartuce (2015, p. 104) assevera que:

Para otimizar a eficiência dos mecanismos autocompositivos, a participação do advogado pode ser valiosa; o fomento à adoção do meio consensual pelo cliente e a presença na sessão propiciará aos envolvidos contar com um profissional habilitado a orientar, sanar dúvidas, conferir a viabilidade de pactos e alertar quanto a elementos úteis à sua exequibilidade.

Por ser de grande importância a presença do advogado nas sessões de mediação, é que este deve estar preparado para atuar de modo colaborativo e, “para exercer esses novos papéis é fundamental a formação adequada, o que gera outra sorte de atividades, em um universo acadêmico.” (CALMON, 2015, p. 219).

Ante ao expressivo reconhecimento normativo dos métodos consensuais de solução de conflitos, faz-se necessário que sejam incluídas as soluções alternativas de disputa como disciplina obrigatória da matriz curricular dos cursos de Direito. A portaria do Ministério da Educação n.º 1.886 de 1994 (2016, *online*), estabeleceu em seu art. 11, as diretrizes curriculares e o conteúdo mínimo dos cursos de Direito acerca do tema, somente no âmbito dos estágios supervisionados desenvolvidos durante a graduação:

Art. 11. As atividades do estágio supervisionado serão exclusivamente práticas, incluindo redação de peças processuais e profissionais, rotinas processuais, assistência e atuação em audiências e sessões, visitas a órgãos judiciários, prestação de serviços jurídicos e **técnicas de negociações coletivas, arbitragens e conciliação**, sob o controle, orientação e avaliação do núcleo de prática jurídica. (grifou-se).

A Lei de Mediação (2016, *online*) em seu artigo 10, permitiu às partes da mediação no âmbito extrajudicial a estarem assistidas por advogado, contudo, se na sessão de mediação, uma das partes estiver assistida por advogado, e outra não, o procedimento será suspenso até que todos os envolvidos estejam assistidos. Com relação à mediação no âmbito judicial, as partes deverão obrigatoriamente estar assistidas por advogado, exceto quando se tratar de procedimentos de competência dos Juizados Especiais. E, ainda, nos casos de insuficiência de recursos, a assistência será prestada pela Defensoria Pública, conforme caput e parágrafo único do artigo 26 de Lei de Mediação.

Dispõe, ainda, no Código de Ética dos mediadores inserido na referida Resolução, em seu art. 4º, parágrafo único, que:

Parágrafo único. O mediador/conciliador deve, preferencialmente no início da sessão inicial de mediação/conciliação, proporcionar ambiente adequado para que advogados atendam o disposto no art. 48, § 5º, do Novo Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil. (Incluído pela Emenda n.º 2, de 08.03.16)

Como pode-se perceber, a atuação do advogado nos métodos autocompositivos de solução de conflitos merece ganhar uma maior valorização, observando as vantagens advindas ao cliente, bem como aos ganhos monetários profissionais advindos de forma mais célere ao advogado, sendo vedada a sua diminuição em decorrência da solução do litígio por qualquer mecanismo adequado de solução extrajudicial, conforme previsto no art. 48, § 5º, do novo Código de Ética e Disciplina da OAB (2016, *online*), que passará a vigorar em Setembro do corrente ano.

Ressalte-se, ainda, que de acordo com Resolução n.º 125/2010 (2016, *online*), caberá ao CNJ estabelecer interlocução com a Ordem dos Advogados do Brasil, visando sua aproximação e participação nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e valorizando a atuação na prevenção dos litígios (art. 6º, VI), assim em abril de 2016 aconteceram as primeiras reuniões entre o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec) do Tribunal de Justiça do Ceará e a OAB-CE para implementação de parceria entre estas entidades, com intuito de instalar um Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejudc) na sede da OAB-CE.

CONCLUSÃO

Acredita-se que em um Estado desenvolvido busca-se a prevenção da judicialização de conflitos, adotando-se, contudo, uma maior valorização dos meios de resolução consensual de controvérsias, para que a contenda seja tratada de forma adequada, desviando-se da cultura eminentemente contenciosa. Para isto denota-se a importância da Resolução n.º 125 do Conselho Nacional de Justiça, do novel Código Processual Civil (Lei n.º 13.105/2015), bem como, o da Lei n.º 13.140/2015 (Lei de Mediação).

Dentre os métodos consensuais de solução de conflitos, destaca-se a mediação, que é uma forma autocompositiva de tentativa de solução de controvérsias, em que os próprios envolvidos no conflito buscam alcançar uma solução ao litígio através do diálogo, obtendo o auxílio de um terceiro imparcial – o mediador – que tem como função facilitar a comunicação entre eles. Este método é regido pela voluntariedade, cabendo exclusivamente aos envolvidos as decisões sobre o litígio e, ainda, pela confidencialidade, que visa dar maior liberdade às pessoas envolvidas no conflito para falar o que quiserem, sem que seja usado contra elas posteriormente.

Deste modo, cabe salientar que, a importância da capacitação do mediador deve-se ao fato de que o profissional bem preparado, através do conhecimento técnico aplicável ao método da mediação, bem como ao acompanhamento dos princípios éticos que regem a sua atuação, só obterá um resultado mais satisfatório à solução alcançada pelas partes com o auxílio prestado pelo mediador capacitado, que poderá ser mediador judicial (a mediação ocorrerá no curso do processo judicial) ou extrajudicial (a mediação ocorrerá fora do âmbito judicial).

Quanto ao mediador judicial, conforme o art. 11 da Lei de Mediação, adota-se a capacitação oferecida pelo CNJ, observando requisitos necessários ao seu cadastro como mediador judicial, entre eles, ser pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso superior de ensino reconhecido pelo MEC, enquanto que o mediador extrajudicial, conforme dispõe o art. 9º da Lei de Mediação, adotará uma capacitação que não foi especificada em lei, devendo ser pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer a mediação.

Vale salientar que a importância da capacitação da mediação de conflitos deve ser inserida desde a formação acadêmica dos profissionais do Direito, em especial os advogados, posto que eles serão os primeiros à estarem de frente às partes conflitantes, e “sofrem” com a insatisfação da sociedade com os jurisdicionados e com o descrédito com relação ao órgão em que trabalham, ou seja, o Judiciário, devendo-se, portanto, haver uma mudança de mentalidade com relação ao litígio.

Portanto, conclui-se que, a importância da capacitação do mediador visa garantir à sociedade o seu direito de acesso à justiça, assegurando-lhes que o seu conflito será tratado de forma mais adequada e eficiente por um profissional devidamente capacitado e, acima de tudo, ético em relação ao trabalho que será exercido, respeitando-se os princípios norteadores da mediação.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, André Gomma de. **Manual de Mediação Judicial**. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. (Org.). 5ª Edição (Brasília/DF:CNJ), 2015.

BRASIL. **Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015**. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 08 mar. 2016.

_____. **Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015**. Brasília, DF: 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 08 mar. 2015.

_____. **Resolução n.º 125, de 29 de novembro de 2010**. Brasília, DF: 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_compilada.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2016.

_____. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. **Portaria n.º 1.886, de 30 de dezembro de 1994**. Disponível em: <<http://www.ufpb.br/sods/consepe/resolu/1997/Portaria1886-MEC.htm>>. Acesso em: 09.maio.2016.

_____. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Novo Código de Ética e Disciplina da OAB**, Brasília/DF, 2015

CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 3 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015.

FIORELLI, José Osmir, FIORELLI, Rosa, MALHADAS JUNIOR, Marcos Olivé. **Mediação e solução de conflitos: teoria e prática**. São Paulo: Atlas, 2011.

LUCHIARI, Valeria Lagrasta. **Coleção ADRs - Mediação Judicial - Análise da Realidade Brasileira**. Forense, 2012.

MUNIZ, Tânia Lobo. **A ética na mediação**, in: Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça (*e-book*), coord.: Luciane Moessa de Souza – Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015.

REIS, Adacir. **Mediação e Impactos Positivos para o Judiciário**. In: Rocha, Vieira, C. C., Salomão, (Coord.), L. F. Arbitragem e Mediação: A Reforma da Legislação Brasileira. Atlas, 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522496990/>>. Acesso em 05.maio.2016.

SALES, Lilia Maia de Moraes Sales. **Mediare**: um guia prático para mediadores. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: GZ, ed., 2010.

_____. Lilia Maia de Moraes Sales. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. Lilia Maia de Moraes Sales; CHAVES, Emmanuela Carvalho Cipriano. **Mediação e conciliação judicial - a importância da capacitação e de seus desafios**. Revista Sequência, no.6. Florianópolis. Jul./dez. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552014000200011&lng=pt>

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo (Org.). **A resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça e o papel do terceiro conciliador e mediador na sua efetivação**. Curitiba: Multideia, 2013.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. **Novos desafios da mediação judicial no Brasil**: a preservação das garantias constitucionais e a implementação da advocacia colaborativa. Revista de Informação Legislativa – Brasília, v. 52, Número 205, p. 55-70, jan./mar. 2015. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509924/001024273.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 05.maio.2015. 78

_____. Humberto Dalla Bernardina de. **O novo CPC e a a mediação**: reflexões e ponderações. Revista de Informação Legislativa – Brasília, v. 48, Número 190, p. 219-235, abr./jun. 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242895/000923117.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 05.maio.2015.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**, 2 ed., São Paulo: Método, 2015.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**, 4 ed. São Paulo: Método, 2015.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Teoria e prática da mediação**. Curitiba: Instituto de mediação e arbitragem no Brasil, 1998.

O ADVOGADO-CONCILIADOR E SUA FORMAÇÃO ACADÊMICA EM MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

THE CONCILIATOR ATTORNEY AND HIS ACADEMIC TRAINING IN APPROPRIATE METHODS OF RESOLVING CONFLICTS

Raphael Franco Castelo Branco Carvalho ¹⁸²

Jéssica Araújo da Silva ¹⁸³

RESUMO: O presente trabalho aborda a importância da formação dos acadêmicos de direito, em práticas dialógicas de resolução de disputas, e o papel do advogado na fomentação do diálogo no cenário da nova política nacional das deliberações de litígios no Poder Judiciário, com o intuito de demonstrar a importância da interlocução desde a formação acadêmica dos discentes de Direito até a deficiência da prática em comunicação na carreira dos advogados, salientando que os instrumentos comunicativos são essenciais para a realização de pactos consensuais no Poder Judiciário, uma vez que garantem a cidadania e aduzem a solução pacífica das lides trazidas pelos demandados que constroem seus acordos a partir de uma ética discursiva.

PALAVRAS-CHAVE: Advogado. Diálogo, Poder Judiciário. Resolução de conflitos.

ABSTRACT: This paper discusses the importance of training of legal scholars in dialogic practices of dispute resolution and the lawyer's role in the dialogue fostering the setting of the new national policy on dispute resolutions in the judiciary, in order to demonstrate the importance of dialogue from the academic training of students of law to the teaching of deficiency in language and communication in the careers of lawyers, noting that the communicative tools are essential to the practice of consensual agreements in the judiciary, since they guarantee citizenship and put forward the peaceful settlement of litigations brought by the defendants that build mutual covenants from a discursive ethics.

KEYWORDS: Lawyer. Dialogue. Judicial Power. Conflict Resolutions.

INTRODUÇÃO

Os métodos de soluções de disputas existem desde as fases primitivas da civilização humana, sendo praticados por vários povos espalhados pelo mundo, tais como os chineses, judeus, mórmons e asiáticos que utilizavam técnicas de negociação e o princípio da tolerância às individualidades para resolverem questões conflituosas. Com o passar dos anos, estes métodos foram sendo estudados por pesquisadores americanos como uma teoria que através da comunicação e das descobertas dos valores, necessidades e interesses do ser humano, elaboravam pactos mútuos e transformavam as relações sociais.

Assim, a partir de 1970 começam a surgir em nosso país meios extrajudiciais para atender aos diversos conflitos, sendo elencados nos artigos 98 da CF/88 e 125, IV da Lei 8952/94 e, atualmente, no novo Código de Processo Civil, na Resolução 125/ CNJ e na Lei da Mediação 13.140/15, integrando estes métodos em um contexto legal que auxilia na desburocratização das demandas no Poder Judiciário e na contribuição de uma justiça mais vertiginosa e efetiva.

A vista disso é necessário que os advogados reflitam, acerca do contexto atual de sua atribuição na administração da justiça em nosso país, versando o exercício da advocacia como um instrumento de fomentação da prática do diálogo no Poder Judiciário, como também, a importância de seu conhecimento adquirido na academia em técnicas de tratamento de conflitos e o seu papel comunicativo diante dos embates que estão sobre o seu domínio. Pois, seu ofício é de grande importância social e sua função deve garantir uma prestação jurisdicional eficiente e célere para os seus constituintes.

1. A FORMAÇÃO ACADEMICA DOS ADVOGADOS EM MEIOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

O grande desafio para os cursos jurídicos do nosso país é formar profissionais com visão humanitária e transdisciplinar, onde seus discentes compreendam a diversidade das relações jurídicas, a melhor forma de tratar as lides e encaminhá-las na direção de uma solução efetiva e pacífica dos conflitos, por meio de técnicas que dominem a complexidade do papel do advogado na sociedade com fundamento na argumentação. Uma vez que, o ambiente acadêmico deve ser o lugar ideal a propiciar uma melhor forma-

¹⁸² Advogado. Professor Universitário. Mestre em Direito Constitucional - Universidade de Fortaleza (2015). Pós-Graduação em Direito Previdenciário. Graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2012). Vice-Presidente da Comissão dos Direitos do Idoso da OAB/CE. Membro do Conselho Estadual dos Direitos da Pessoa Idosa do Ceará. Membro da Comissão Especial de Mediação, Conciliação e Arbitragem da OAB/CE (2013-2015). E-mail: raphaelfcbrvalho@gmail.com

¹⁸³ Graduada em Direito. Pós graduanda em Direito Público Estácio-FIC. Conciliadora e Mediadora de Conflitos- Formação pelo TJCE. Pesquisadora do Laboratório Conflitualidade e Violência- UECE. Pesquisadora do Laboratório NUPEISC- MAPPS-UECE. Pesquisadora do Laboratório LINCOS- ESTÁCIO-FIC. E-mail:jessica-araujosilva2010@hotmail.com

ção ao jurisconsulto para que este possa realizar uma efetiva prestação da justiça, conforme as Diretrizes Curriculares Nacionais nº 9 elaboradas pela Comissão de Especialistas de Ensino de Direito, propostas ao CNE pela SESU/MEC, de 29 de setembro de 2004:

Art. 3º. O curso de graduação em Direito deverá assegurar, no perfil do graduando, sólida formação geral, humanística e axiológica, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, adequada argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, aliada a uma postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício da Ciência do Direito, da prestação da justiça e do desenvolvimento da cidadania (CNE/CES n. 9, de 29 de setembro de 2004).

Diante do exposto, fica evidente que na advocacia contemporânea o patrono deverá possuir qualificações voltadas em ferramentas típicas dos Meios Adequados de Solução de Conflitos, tais como, escuta ativa, empatia e diálogo, no intuito de dar um sentido às regras do direito, pois os mecanismos da aplicabilidade da norma ao caso concreto não satisfaz a eficácia dos embates apresentados sem a presença desses instrumentos. Conforme os ensinamentos de Breton, a palavra faz parte do convívio social:

(...) a palavra está no centro da vida coletiva e possui poder de decisão, seja ele judiciário ou político. Os gregos inventaram, portanto, novas técnicas destinadas a uma melhor argumentação, nessa nova situação que passou a ser chamada de democracia (o "poder do povo"). A retórica, verdadeira "arte de convencer", foi definida por Aristóteles como o método para encontrar "aquilo que um determinado caso possui de convincente". A argumentação como capacidade para convencer o outro em uma relação simétrica, e também para se deixar convencer em seu ponto de vista, é sem dúvida, historicamente, a primeira prática democrática. A democracia foi inventada ao andar, ou melhor ao falar. Ela foi, inicialmente, uma nova competência da palavra, antes de ser um valor e um ideal. Os indivíduos aprenderam a conter seus impulsos (...) a escutar os outros, e levar em conta o ponto de vista dos outros (...). Foram estabelecidos, e ensinados, métodos para prender a atenção, para planejar uma argumentação, para construir argumentos que o outro possa aceitar em um diálogo pacífico. (BRETON, 2005, p. 11-12).

Percebe-se assim, que há muito que realizar, pois ainda existem muitas carências a serem supridas em práticas dialógicas e, conseqüentemente, na presença da fragmentação curricular apresentada pelas Instituições Superiores em temáticas voltadas na realização de mudanças no desenvolvimento acadêmico dos operadores de Direito, tais como: comunicação, práticas restaurativas, cidadania e ética. Pois, em muitas ocasiões, por não possuírem contato com técnicas de solução de disputas, os patronos acabam limitando suas visões ao deparar-se com os conflitos sociais não vindo a concretizar o emprego da norma ao caso concreto.

Pensando nisso, foi realizado um levantamento acerca do quantitativo de Instituições de Educação Superior do curso de Direito que adicionaram em seus currículos alguma disciplina que versassem sobre Métodos Adequados de Solução de Disputas, tendo como pesquisa o Estado do Ceará:

| Nº | INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR | CIDADE | CLASSIFICAÇÃO CARGA HORÁRIA | | NOME DA DISCIPLINA |
|----|--|-----------|-----------------------------|-----------------------|-----------------------------------|
| 1 | Faculdade do Vale do Jaguaribe - FVJ | Aracati | Obrigatória | 60h | Negociação, Mediação e Arbitragem |
| 2 | Universidade Regional do Cariri - URCA | Crato | Optativa | 60h | Mediação de Conflitos |
| 3 | Centro Univers. Christus - UNICHRISTUS | Fortaleza | Obrigatória | 40h | Mediação e Arbitragem |
| 4 | Centro Univers. Estácio do Ceará - ESTÁCIO FIC | Fortaleza | Não Informada no Site | Não Informada no Site | Não Informada no Site |
| 5 | Faculdade Ari de Sá - FAS | Fortaleza | Não Informada no Site | Não Informada no Site | Não Informada no Site |
| 6 | Faculdade Cearense - FAC | Fortaleza | Não Informada no Site | Não Informada no Site | Não Informada no Site |

| Nº | INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR | CIDADE | CLASSIFICAÇÃO CARGA HORÁRIA | | NOME DA DISCIPLINA |
|----|---|----------------|-----------------------------|-----------------------|---|
| 7 | Faculdade de Ensino e Cultura do Ceará - FAECE* | Fortaleza | Obrigatória | 30h | Métodos Alternativos e Resolução De Conflitos: Arbitragem (I) |
| | | | Obrigatória | 30h | Métodos Alternativos e Resolução De Conflitos: Negociação e Mediação (II) |
| 8 | Faculdade de Fortaleza - FAFOR* | Fortaleza | Obrigatória | 30h | Métodos Alternativos e Resolução de Conflitos: Arbitragem (I) |
| | | | Obrigatória | 30h | Métodos Alternativos e Resolução De Conflitos: Negociação e Mediação (II) |
| 9 | Faculdade Farias Brito - FFB | Fortaleza | Optativa | 72h | Soluções Alternativas de Conflitos |
| 10 | Faculdade Integrada da Grande Fortaleza - FGF | Fortaleza | Obrigatória | 80h | Mediação e Arbitragem |
| 11 | Faculdade Maurício de Nassau - FMN Fortaleza | Fortaleza | Obrigatória | 40h | Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem |
| 12 | Faculdade Metrop. da Grande Fortaleza - FAMETRO | Fortaleza | Optativa | 60h | Mediação e Arbitragem em Conflitos Empresariais |
| 13 | Faculdade Nordeste - FANOR | Fortaleza | Obrigatória | Não Informada no Site | Mediação e Arbitragem |
| 14 | Faculdade Sete de Setembro | Fortaleza | Não Informada no Site | Não Informada no Site | Não Informada no Site |
| 15 | Universidade de Fortaleza- UNIFOR | Fortaleza | Obrigatória | Não Informada no Site | Soluções Extrajudiciais de Disputas |
| 16 | Universidade Federal do Ceará - UFC | Fortaleza | Optativa | 32h | Arbitragem, Mediação e Conciliação |
| 17 | Universidade Regional do Cariri - URCA | Iguatu | Optativa | 60h | Mediação de Conflitos |
| 18 | Fac. de Ciências Aplicadas Dr. Leão Sampaio - FLS | Juaz. do Norte | Obrigatória | 40h | Métodos Adequados de Tratamento de Conflitos |
| 19 | Faculdade Paraíso do Ceará - FAP | Juaz. do Norte | Obrigatória | 40h | Negociação, Mediação e Arbitragem |
| 20 | Faculdade Católica Rainha do Sertão -FCRS | Quixadá | Optativa | 60h | Mediação, Conciliação e Arbitragem |
| 21 | Faculdade Luciano Feijão - FLF | Sobral | Obrigatória | 80h | Negociação, Mediação e Arbitragem |
| 22 | Instituto Superior de Teologia Aplicada - INTA | Sobral | Obrigatória | 45h | Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos |
| 23 | Universidade Estadual Vale do Acaraú- UVA | Sobral | Não Informada no Site | Não Informada no Site | Não Informada no Site |

| Nº | INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR | CIDADE | CLASSIFICAÇÃO CARGA HORÁRIA | | NOME DA DISCIPLINA |
|----|--------------------------------|-----------|--|-----------------------|-----------------------|
| 24 | Faculdade Ieducare - FIED-FIED | Tianguá | Não Informada no Site | Não Informada no Site | Não Informada no Site |
| | TOTAL – 24 IES | 7 Cidades | 06 Optativas 06 Não Informadas no Site 12 Obrigatórias | Min 30h e Máx 80h | |

Fonte: Portal do MEC e Sites das Universidades

Dos 184 municípios do Ceará, 07 deles possuem faculdades ou universidades de Direito, ficando no total de 24 a quantidade de estabelecimentos de ensino, sendo 01 em Aracati, 01 em Crato, 14 em Fortaleza, 01 em Iguatu, 02 em Juazeiro do Norte, 1 em Quixadá, 03 em Sobral e 01 em Tianguá, tendo na temática dos Métodos Adequados de Solução de Disputas, 06 instituições com disciplinas optativas, 12 com disciplinas obrigatórias e 06 com disciplinas não informadas no site das Instituições Educadora, possuindo no geral carga horária mínima de 30h e máxima de 80h, demonstrando assim, a disparidade do ensino estruturado nos cursos jurídicos do Estado do Ceará.

Fazendo com que seja questionada a terminologia jurídica das disciplinas e sua carga horária para abordar os três métodos de solução de embates, pois como o discente poderá adquirir um saber holístico, transdisciplinar e argumentativo diante deste cenário? Como praticarão estas técnicas com carga horária para teoria e não para a prática? Qual o papel da academia jurídica na construção do saber destes futuros operadores do Direito?

2. A FUNÇÃO SOCIAL DO ADVOGADO E OS DESAFIOS DO SISTEMA DE JUSTIÇA

A Constituição Federal em seu art. 133º aduz que o advogado é uma peça fundamental à administração da justiça, pois tem como objetivo provocar o Judiciário para o acesso a justiça dos cidadãos. Uma vez que, o Poder Judiciário não funcionará se não for provocado, se alguém não lhe exigir que atue, conforme o princípio "Nemo iudex sine actore" não há juiz sem autor. Assim, se faz necessária a participação deste profissional, seja público ou privado para um bom funcionamento no Poder Judiciário, visto que, pelo princípio da inércia, o juiz não poderá ser parcial, pois deve garantir o equilíbrio e a imparcialidade nas ações. (SILVA, 2005, p 594).

E para que este funcionamento possa dar continuidade, é importante que o mesmo saiba da sua relevância social neste tempo que irá conduzir o seu cliente, para que assim, por meio de suas orientações, possa contribuir nas reflexões da decisão que os envolvidos irão realizar.

Desta forma, podemos perceber que a advocacia não é somente uma profissão, mas também uma peça integrativa que forma o Poder Judiciário, visto que o Estatuto da Advocacia (lei 8.906/94) em seu art. 2º parágrafo 1º declara: "O advogado presta serviço público e exerce função social". Sendo constatado que o primordial do seu trabalho se encontra na efetivação da justiça pelos conflitos das pessoas que o procuram e que foram interpostas por ele. Sendo que tais pessoas, na maioria das vezes, possuem seus direitos burocratizados devido à má administração da justiça.

Dos mencionados dispositivos, emerge o protagonismo conferido pelo ordenamento pátrio ao advogado no processo de construção e administração da política judiciária brasileira, sendo, portanto, agente capaz de propor, criticar e elaborar propostas de implementação de melhorias ao Sistema de Justiça de forma geral.

Bizato (2000, p. 54), assevera que:

Não é possível que a massa popular tenha pleno conhecimento das leis, donde surge a figura do advogado, como um especialista na arte de consultar (estudar e conhecer as leis), conciliar (propor acertos) e pleitear (ingressar em juízo).

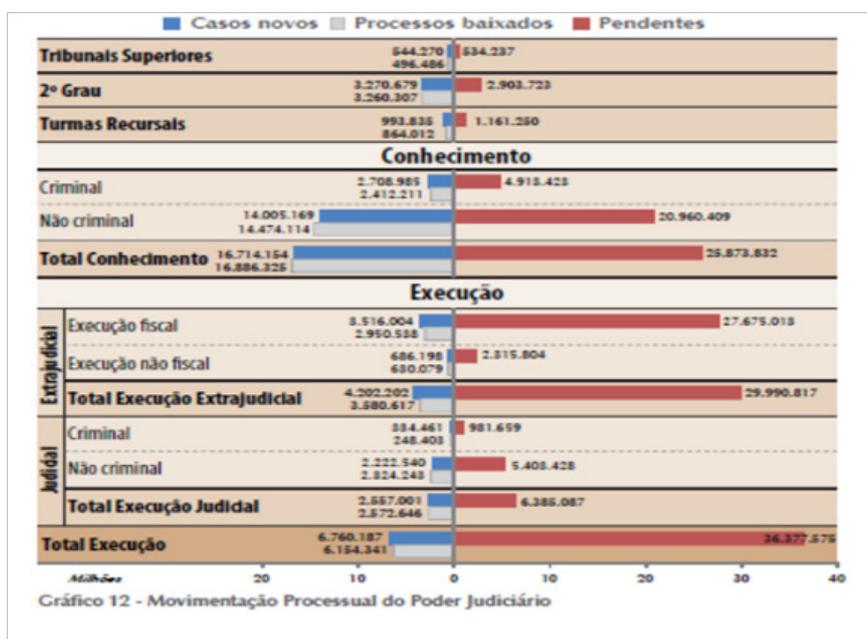
O acesso à justiça é característica intrínseca ao exercício da cidadania e da prevalência dos valores democráticos. Dados recém-apresentados pelos relatórios exarados pelo Poder Judiciário dão conta que atualmente tramitam em todo o país cerca de 93 milhões processos judiciais e que, a cada ano, pouco menos de 20 milhões de novas demandas são protocoladas.

Consoante relatório de dados em exarado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2014) tem-se que em 65% das ações cíveis, valores inferiores a R\$1.000,00 (mil reais) são objetos de demandas e que cada novo processo demanda dos cofres públicos cerca de R\$1.300,00 (mil e trezentos reais), podendo levar até dez anos para serem resolvidos.

Nesse contexto, a advocacia brasileira, assim como em todos os momentos outros da história de implementação de mudanças neste país, deve se inserir com protagonismo nas discussões acerca das políticas públicas de resolução de litígios, apresentando novas possibilidades e caminhos para a criação de um novo paradigma: de prevalência de uma cultura de diálogo que abra caminhos para efetivação da justiça para as partes.

3. A MUDANÇA CULTURAL NAS RESOLUÇÕES DE LITÍGIOS NO PODER JUDICIÁRIO E O PAPEL DO ADVOGADO NESTE CENÁRIO

Esse mesmo Relatório de 2014 do Conselho Nacional de Justiça aponta o excesso de litigância e o aumento das demandas pendentes e a desproporção do número de ações novas ingressadas. Conforme mostra a imagem abaixo:



Fonte: Conselho Nacional de Justiça 2014

Consoante o apresentado, percebemos que há um risco iminente de criminalização dos laços sociais e do mau uso do Direito a ser aplicado nos pedidos dos querelados, visto que, as pessoas possuem uma aparente solução para os conflitos ingressados.

De acordo com Antoine Garapon declara:

(..) o excesso de garantia pode mergulhar a justiça numa espécie de adiamento ilimitado. De tanto ver tudo através do prisma deformador do Direito, corre-se o risco de criminalizar os laços sociais e de reativar o velho mecanismo sacrificial(...) Em resumo, o mau uso do Direito é tão ameaçador para a democracia como seu pouco uso. (GARAPON, 2001, p. 53).

Assim, temos a prática dialógica como um elemento integrativo na atividade advocatícia, pois esta serve como uma ponte entre os envolvidos, promovendo uma solução pacífica dos embates que foram adentrados no Judiciário, não vindo criminalizar os laços sociais, mas efetivar o bom uso do Direito através da cidadania exercida pelos constituintes, acarretando em decisões apaziguadoras dos litígios apresentados. Fazendo com que a mediação se constitua como uma interessante forma de resolução pelos serviços prestados do advogado, visto que o mesmo que atua conforme a sua função social, como as partes envolvidas, exercem a cidadania ao democraticamente construírem maneiras pactuais de solucionar conflitos. Pois uma mediação bem elaborada traz satisfação aos causídicos e auxilia na prevenção de novos desentendimentos sobre aquela matéria.

Contemporaneamente, os desafios impostos pelo Judiciário fazem com que a figura tradicional do advogado "litigista" seja substituída por um novo estilo de profissional mais voltado à cultura da construção de consensos e à resolução mutuamente construtiva de conflitos. Ao novo perfil do profissional da advocacia cabe encontrar criativas soluções jurídicas dos casos trazidos pelos seus constituintes, de modo que não basta mais ser apenas um técnico jurídico perante o Aparelho Judiciário, mas um "advogado-

-conciliador" que formule ações administrativas e interpessoais para resolução da disputa, apresentado, desta forma, à clientela um diferencial de suas respectivas bancas advocatícias no modo de tratamento adequado aos conflitos que lhes são levados.

Enfrentar a realidade de um Sistema de Justiça abarrotado de demandas não é particularidade do Brasil. Há algumas décadas, essa necessidade já vinha sendo discutida pela advocacia estrangeira. Em 1982, nos Estados Unidos, Warren Burger já refletia acerca das dificuldades de eficiência da litigância: nosso sistema é muito dispendioso, traz demasiado sofrimento, destrutivo e ineficiente para o povo verdadeiramente civilizado (tradução livre).

Frank Sander, por seu turno, asseverava a importância de se buscar métodos alternativos de resolução de disputas, como forma de alteração daquele quadro de morosidade vigente, senão vejamos:

Nós, advogados, temos tido um pensamento muito absoluto quando o assunto é resolução de conflitos. Nós tendemos a crer que os tribunais são os naturais e óbvios – e únicos - solucionadores de conflitos. De fato, lá existe uma rica variedade de processos que podem resolver conflitos de forma bem mais efetiva. Por muitas vezes a polícia tem procurado "resolver" disputas raciais, na escola e entre vizinhos e nós, povo, temos realizado mais e mais demandas nas cortes para resolver disputas que outrora eram lidadas por outras instituições da sociedade. Obviamente, as cortes não podem continuar a se responsabilizarem de forma efetiva por todas as demandas que necessitam ser equacionadas de modo rápido. É, portanto, essencial que se examinem outras alternativas.

Com efeito, as idéias de Frank Sander ecoaram por toda a nação americana, fazendo eclodir a vontade estatal de se implementar no âmbito do Poder Judiciário novos parâmetros de obtenção de justiça, prezando pelo incentivo de mecanismos múltiplos de resolução de conflitos. A este modelo deu-se a denominação de Multidoor Courthouse System – Sistema das Múltiplas Portas, através do qual, por meio de vários mecanismos de solução de conflitos procura-se conferir o tratamento mais adequado aquele tipo de demanda trazida ao Judiciário. Dentre tais mecanismos de resolução, se destaca mediação, arbitragem, med-arb, corte superior, fact-finding, ombudsman, malpractice screening panel.

Tem-se, portanto, que no cenário que ora se vivencia em nosso país e em consonância com exemplos já vivenciados no estrangeiro, a consolidação de mecanismos como a Conciliação no Brasil tende a trazer reflexos positivos, tanto no campo jurídico, como no organizacional do Judiciário, trazendo, por conseguinte, marcos positivos de produtividade e eficácia à classe de advogados de maneira geral.

CONCLUSÃO

O atual panorama do judiciário brasileiro faz com que compreendamos a demasiada necessidade de uma justiça célere e democrática, por meio de uma inclusão participativa dos envolvidos nas lides auxiliados por seus patronos. Nesse sentido, aos advogados cabe contribuir com maneiras adequadas de soluções para os mais complexos embates, fazendo com que a atividade advocatícia seja, sobretudo, um instrumento de busca por meios que assegurem a obtenção do direito dos seus clientes e principalmente a satisfação dos mesmos para a construção de um justo consenso.

Promovendo uma justiça mais cidadã, a integração da mediação com a atividade advocatícia está modernizando a atuação do profissional do Direito, deixando em sintonia com as mudanças no ordenamento processual implementadas pela Resolução 125 do CNJ, o novo CPC e a Lei de Mediação 13.140 de 2015 inaugurando um novo momento de construção de Justiça no Brasil.

REFERÊNCIAS

BIZATTO, Jose Ildefonso. Deontologia Jurídica e Ética Profissional. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 54.

BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8906.htm>. Acesso em: 31 maio.2016.

BRASIL. Lei nº 15.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 07 junho 2016.

BRETON, Philippe. Como Argumentar em situação difícil. 1. ed. Tradução de Soni Augusto. São Paulo: Manole, 2005.

BURGER, Warren. Isn't There a Better Way?. Annual Report on the State of the Judiciary, Remarks at the Mid-Year meeting of the American Bar Association (Jan. 24, 1982) in 68 A.B.A. J. 274. 275 (1982).

CNE. Resolução CNE/CES 9/2004. Diário Oficial da União, Brasília, 1º de outubro de 2004, Seção 1, p. 17

GARAPON, Antoine. O juiz e a democracia: o guardião de promessas. 2. ed. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Renavan, 2001

Justiça em números 2014: ano-base 2013. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2014. Disponível em: ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf. Acesso em: 31 maio. 2016.

SANDER, Frank. The Multi-Door Courthouse: Settling Disputes in the Year 2000. HeinOnline: 3 Barrister 18, 1976.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo, volume único: São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo, 29º ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

Faculdade do Vale do Jaguaribe : <<http://www.fvj.br/graduacao/direito>> Acesso em: 07 junho 2016

Universidade Regional do Cariri -Crato <<http://prograd.urca.br/portal/index.php/matrizes-curriculares/file/20-matriz-curricular-direito>> Acesso em: 07 junho 2016

Centro Universitário Christus <<http://unichristus.edu.br/graduacao/direito/>> Acesso em: 07 junho 2016

Centro Universitário Estácio do Ceará <http://portal.estacio.br/graduacao/direito.aspx?query_curso=direito> Acesso em: 07 junho 2016

Faculdade Ari de Sá: <<http://faculdadearidesa.edu.br/graduacao/direito/>> Acesso em: 07 junho 2016

Faculdade Cearense: <<http://www.faculdadescearenses.edu.br/pdf/matriz/DIREITO-2014.pdf>> Acesso em: 07 junho 2016

Faculdade de Ensino e Cultura do Ceará : <<http://www.faece.edu.br/ensino/graduacao/tradicionais/direito.asp>> Acesso em: 07 junho 2016

Faculdade de Fortaleza : <<http://www.famor.edu.br/ensino/graduacao/tradicionais/direito.asp>> Acesso em: 07 junho 2016

Faculdade Farias Brito : <<http://ffb.edu.br/graduacao/direito>> Acesso em: 07 junho 2016

Faculdade Integrada da Grande Fortaleza : <<http://www.fgf.edu.br/cursos-presenciais/bacharelado/>> Acesso em: 07 junho 2016

Faculdade Maurício de Nassau : <<http://www.mauriciodenassau.edu.br/>> Acesso em: 07 junho 2016

Faculdade Metropolitana da Grande Fortaleza <<http://www.fametro.com.br/graduacao/bacharelado/direito>> Acesso em: 07 junho 2016

Faculdade Nordeste <<http://www.devrybrasil.edu.br/fanor>> Acesso em: 07 junho 2016

Faculdade Sete de Setembro : <<http://www.fa7.edu.br/>> Acesso em: 07 junho 2016

Universidade de Fortaleza: : <http://unifor.br/index.php?option=com_content&view=article&id=51&Itemid=27> Acesso em: 07 junho 2016

Universidade Federal do Ceará : <<http://www.ufc.br/ensino/cursos-de-graduacao/235-direito-diurno-fortaleza>> Acesso em: 07 junho 2016

Universidade Regional do Cariri – Iguatu: <<http://prograd.urca.br/portal/index.php/matrizes-curriculares/file/20-matriz-curricular-direito>> Acesso em: 07 junho 2016

Fac. de Ciências Aplicadas Dr. Leão Sampaio: <<http://www.leaosampaio.edu.br/curso/direito>> Acesso em: 07 junho 2016

Faculdade Paraíso do Ceará: <<https://www.fapce.com.br/?p=direito>> Acesso em: 07 junho 2016

Faculdade Católica Rainha do Sertão: <<http://www.fcrs.edu.br/graduacao/direito>> Acesso em: 07 junho 2016

Faculdade Luciano Feijão - FLF :<<http://flucianofejao.com.br/novo/?courses=direito#more-760>> Acesso em: 07 junho 2016

Instituto Superior de Teologia Aplicada - INTA : <<http://www.inta.edu.br/SouINTA/#>> Acesso em: 07 junho 2016

Universidade Estadual Vale do Acaraú : <<http://www.uvanet.br/>> Acesso em: 07 junho 2016

Faculdade Ieducare : <<http://www.fied.edu.br/novo/modelo-pedagogico-fied/#>> Acesso em: 07 junho 2016

Portal do Ministério da Educação: <<http://emec.mec.gov.br/>> Acesso em: 07 junho 2016

O PAPEL DO ADVOGADO E AS INFLUÊNCIAS DA LEI 13.140/2015 E DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - CPC NA MEDIAÇÃO COMO FORMA ALTERNATIVA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

THE ATTORNEY'S ROLE AND THE INFLUENCE OF LAW 13.140/2015 AND THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE – (CPC) IN MEDIATION AS AN ALTERNATIVE MEANS OF CONFLICT RESOLUTION

Betania Moreira de Moraes¹⁸⁴

Conceição de Maria Mouta Holanda¹⁸⁵

Kaline Mariele Sant'Ana Monteiro¹⁸⁶

RESUMO: O sistema judiciário brasileiro passa por situações que dificultam a solução de problemas entre os membros de uma sociedade de maneira rápida, democrática e eficiente em razão da grande quantidade de processos que se encontram acumulados. A mediação como forma alternativa para solução de conflitos aparece então como mais um instrumento para a democratização da justiça. A abordagem dedutiva, o procedimento de observação, a técnica de pesquisa bibliográfica e o estudo documental serviram de base para a adoção da metodologia aplicada no processo de elaboração desse artigo, podendo-se concluir que tal prática contribui efetivamente para diminuir as desigualdades sociais. O advogado, como parte integrante do sistema judiciário, não poderá ficar à margem desse processo e precisa urgentemente atentar para o fato de que a mediação é um dos caminhos mais curtos para solucionar o problema dos seus clientes.

PALAVRAS-CHAVE: Conflito. Mediação. Resolução.

ABSTRACT: The Brazilian legal system goes through situations that hinder the solution of problems between members of a society in a quick, democratic and efficient way because of the large number due to the large amount of processes that are accumulated. Mediation as an alternative way to solve conflicts then appears as an additional instrument for the democratization of justice. The deductive approach, the procedure of observation, the technique of literature and documentary study formed the basis for the adoption of the methodology applied in the present work, it may be concluded that this practice contributes effectively to reducing social inequality. The lawyer, as part of the judicial system can not be left out of this process and needs urgent attention to the fact that mediation is one of the shortest ways to solve the problem of its customers.

KEYWORDS: Conflict. Mediation. Resolution.

1 INTRODUÇÃO

A resolução pacificada dos conflitos resultantes das relações sociais entre os homens contribui para a democratização da justiça, permitindo que aqueles que ainda não têm acesso à saúde, à educação, à moradia digna, ao trabalho, ao transporte público e até mesmo ao sistema judiciário, possam encontrar caminhos mais rápidos para a solução de seus problemas, bem como para a descentralização e desobstrução do próprio sistema judiciário, através de formas alternativas de resolução de conflitos; no caso específico de nosso estudo, através da mediação. A importância dessa forma alternativa de resolução de conflito foi devidamente valorizada e bem enfatizada pela Lei 13.140/2015 e pelo Novo Código de Processo Civil - CPC, nos artigos 165 a 175.

Segundo Leite (2008, p.19) "Se um ser humano se aproxima de outro surge a possibilidade de conflitos entre eles, o que muitas vezes acontece [...]" e dessa relação podem surgir diversos tipos de conflitos. Nesse momento, verifica-se que a mediação pode ser utilizada como técnica capaz de apresentar soluções para tais problemas. Apesar de ser um instrumento bastante conhecido como forma alternativa para resolução de conflitos, ainda é muito pouco utilizada em nosso país. Mas essa realidade tende a mudar completamente. Com o advento da Lei 13.140/2015 e o Novo Código de Processo Civil, a utilização da mediação como forma alternativa de resolução de conflito assumiu um importante papel e se configura como um caminho que pode ser utilizado pelas partes e incentivado pelo próprio Sistema Judiciário que deverá buscar meios para a implantação desse processo.

184 Pós-Doutorado em Psicologia (UFRN) e Doutorado em Educação Brasileira (UFC); Professora Adjunta do Curso de Pedagogia, do Curso de Psicologia e do Programa de Pós-Graduação em Educação (UECE); Professora do Curso de Direito (UVA); Psicóloga Técnica do Núcleo de Prática Jurídica – NPJ do Curso de Direito (UVA). E-mail: betaneamoraes@gmail.com

185 Graduada em Ciências Contábeis pela Universidade Estadual Vale do Acaraú em 1991. Estudante do Curso de Direito pela Universidade Estadual Vale do Acaraú. Empregada da Caixa Econômica Federal desde março de 1989, tendo ocupado função gerencial durante 10 (dez) anos, de janeiro de 2003 a maio de 2013, na agência Sobral/CE, onde trabalha até hoje. E-mail: conceicaoholanda@yahoo.com.br

186 Graduação em Ciências Contábeis pela Unidade Federal do Ceará e especialista em Controladoria Governamental pela mesma instituição. Estudante do curso de Direito pela Faculdade Luciano Feijão. Já participou do "Grupo de estudo de Gênero na era Pós-gênero" no período de setembro de 2015 a março de 2016. E-mail: kalmarielle@hotmail.com

O advogado, como preceitua o artigo 133 da Constituição Federal de 1988 e o artigo 2º da Lei 8.906, de 04 de julho de 1994, Estatuto da Advocacia e da OAB, é indispensável à administração da justiça. E para bem desempenhar o exercício de sua função social precisa estar atento à importância de seu papel no contexto do processo de mediação. Faz-se necessária uma reflexão de como o advogado precisará rever seus conceitos e sua postura diante dessa nova realidade.

A justificativa para o presente trabalho é a obtenção do conhecimento científico sobre a mediação como uma das formas alternativas para a resolução de conflitos. E, de posse desse conhecimento adquirido através das observações fáticas e das experiências controladas, assumimos nossa "[...] responsabilidade em relação aos demais e à natureza.", como cita Forte (2013, p.2). O advogado não pode ficar à margem do processo de mediação que tem se revelado ágil e eficiente, mas pouco utilizado por esse profissional e pela própria sociedade.

O objetivo geral da pesquisa é compreender que a mediação pode ser um meio ágil e eficaz para a resolução de conflitos e a importância do papel que o advogado pode desempenhar neste processo na busca da satisfação da vontade das partes envolvidas, sem que seja necessária a intervenção estatal, isto é, a solução do conflito pode ser encontrada pelas próprias partes, com a ajuda do mediador, sem sobrecarregar mais ainda o nosso sistema judiciário.

2 CONCEITO DE MEDIAÇÃO

Todo e qualquer instituto jurídico carece de ser orientado por princípios fundamentais na sua efetivação. Com a mediação não poderia ser diferente; esta deverá ser orientada pelos seguintes princípios: independência do mediador; imparcialidade do mediador; isonomia entre as partes; oralidade; informalidade; autonomia da vontade das partes; busca do consenso; confidencialidade; boa-fé; decisão informada (BRASIL, 2015a).

O objeto da mediação é a resolução do conflito, através da responsabilização dos interessados, capazes de elaborar, eles mesmos, acordos duráveis. Mas, o que significa conflito? Diniz (2005, p. 918) define conflito como "[...] tensão provocada pela presença simultânea de motivos contraditórios".

A Sociologia desempenha um papel muito importante para entendermos o processo da mediação porque essa ciência estuda as relações entre as pessoas que pertencem a uma comunidade ou aos diferentes grupos que formam a sociedade e os conflitos gerados como resultado das relações entre esses indivíduos.

Na mediação os interessados tomam as decisões em conjunto. Eles não abrem mão do poder de resolução ser exclusivamente deles, apesar do mediador ter influenciado diretamente na tomada da decisão. A mediação é processo de pacificação de conflitos que busca a resolução por meio de conversação entre as partes exercida por um terceiro imparcial. Sua conceituação está no parágrafo único do art.1º da lei 13.140/2015 definida como "[...] 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.", o qual não diverge do §3 do art.165 do CPC.

Em relação ao acesso à justiça, para que o mesmo seja efetivamente democratizado, Santos (1996, p.176) descreve:

As reformas que visam à criação de alternativas constituem hoje uma das áreas de maior inovação na política judiciária. Elas visam criar, em paralelo à administração da justiça convencional, novos mecanismos de resolução de litígios cujos traços constitutivos têm grandes semelhanças com os originalmente estudados pela antropologia e pela sociologia do direito, ou seja, instituições leves, relativa ou totalmente desprofissionalizadas, por vezes impedindo mesmo a presença de advogados, de utilização barata, se não mesmo gratuita, localizados de modo a maximizar o acesso aos seus serviços, operando por via expedita e pouco regulada, com vista à obtenção de soluções mediadas entre as partes.

Existem dois tipos de mediação: judicial e a extrajudicial. A primeira é realizada pelo judiciário de acordo com o Novo Código de Processo Civil. O mediador judicial deve ser pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação, ter feito curso de capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos Tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ em conjunto com o Ministério da Justiça. Cumpridos esses requisitos, o mediador poderá requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro do TJ ou TRF (BRASIL, 2015a).

A mediação extrajudicial ocorre quando as partes optam por tentar resolver o conflito por meio da mediação antes de ingressarem na via judicial. Poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, art. 9º da Lei

13.140/2015. Essa pessoa escolhida como mediador não precisa estar vinculada a qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação de mediadores.

Na mediação extrajudicial, as partes é quem escolhem livremente o mediador.

2.1 Técnicas de mediação

Toda e qualquer negociação precisa de técnicas para a satisfação das partes e a mediação não seria diferente nesse ponto. Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição na mediação, conforme § 3º do art. 166 do CPC (BRASIL, 2015).

As técnicas surgem para melhorar a realização da mediação e de acordo com Neves (2016, p.278) "A técnica é interessante porque não só valoriza a capacidade das partes chegarem à solução do conflito como também passa a elas essa percepção de capacidade, o que contribui significativamente com a obtenção da pacificação". Elas ocorrem para dar vantagem à mediação e vincular os interessados na continuação da convivência futura.

Algumas das técnicas utilizadas na mediação são: tratar o cliente com um colaborador/parceiro; manter a imparcialidade no conflito; saber entrevistar; fazer avaliações independentes dos fatos e da lei; procurar formas de minimizar o conflito; aconselhar sempre e de maneira equilibrada a consumação de acordos satisfatórios para todos, mesmo que não haja certeza sobre a totalidade dos pontos; construir afinidades por meio da cordialidade, do respeito e da educação; pensar, refletir e ter paciência e ponderação; dar a perceber ao cliente o valor da atuação do profissional (COLLEY, 2001).

Um dos pontos mais importantes é a confiança que o cliente tem para com o advogado não somente no conhecimento da legislação, mas nas suas habilidades para a pacificação do conflito.

O advogado precisa ser isento de pressuposições e de envolvimento específicos do conflito para não perder sua capacidade objetiva e realizar de forma imparcial, profissional, ética e eficiente a mediação.

O ato de entrevistar as partes requer do mediador uma sensibilidade para a percepção dos fatos detalhados que são essenciais à promoção e à solução dos problemas indicados e para os que não foram relatados e não expressados, ou seja, que estão além dos externados.

3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA MEDIAÇÃO NO MUNDO

Desde os primórdios o homem vivencia conflitos, consigo mesmo e com seus pares. Thomas Hobbes (2004, p. 95) tão bem registrou esse fato através da expressão "o homem é o lobo do homem".

O conflito é próprio do homem e das relações sociais nas sociedades de classes. A forma como se resolve o conflito tem evoluído ao longo do tempo, em função da cultura, da história e do próprio desenvolvimento do ser humano. A Lei de Talião sentenciava: "olho por olho, dente por dente", como forma de solução de conflito. Na Antiga China Confúcio foi o pioneiro na utilização da mediação como método para a solução de conflitos quando indicava um terceiro para mediar conflitos entre pessoas ou grupos, buscando sempre uma decisão mais benéfica para todos. Algumas tribos indígenas, comunidades religiosas e muitas culturas orientais também utilizavam o diálogo como formas pacíficas de resolução de conflitos. A Grécia Antiga e a Civilização Romana também conheciam e usavam a mediação para solucionar litígios.

As populações foram aumentando e se distanciando, o que tornou mais difícil a utilização desse processo. Já não era tão fácil a aceitação de um terceiro sem tanto vínculo com o grupo e sem reais interesses para a solução de um determinado conflito. Tal situação proporcionou a evolução de métodos informais de solução de problemas para métodos formais, o que deu origem ao tradicional Sistema Judiciário, que determinava não somente um acordo benéfico para as partes, mas, com seu poder coercitivo, apontava quem perdia e quem ganhava, impossibilitando um acordo que pudesse trazer ganhos para ambas as partes.

De acordo com Leite (2008) na Idade Moderna, na década de 1970, os Estados Unidos utilizaram a mediação com excelentes resultados, o que favoreceu a incorporação desse processo ao ordenamento legal daquele país. A Inglaterra, em 1989, lançou uma campanha que buscava soluções alternativas de conflitos. Alguns estados, dentre eles a Califórnia, determinaram a obrigatoriedade da passagem do processo por uma instância de mediação, antes de ingressar no sistema judiciário formal. A França também teve um papel importante na história da mediação utilizada no Direito Público e no Direito do Trabalho. A Europa, através da Diretiva da União Europeia 2008/52/CE, facilitou o recurso à mediação como método de resolução de litígios transfronteiras em matéria civil e comercial.

3.1 Evolução histórica da mediação no Brasil

O Brasil demorou muito a perceber a mediação como um método rápido e eficaz para a solução de conflitos, apesar da Constituição de 1824, em seus artigos 160 e 161, fazer referência a uma espécie de mediação, através de juízes árbitros nomeados pelas partes, que poderiam executar as sentenças sem recurso, se assim fosse convencionado. E nenhum processo poderia ser iniciado sem que antes fosse tentada a conciliação.

O Decreto 1572/95 regulamentou a mediação na negociação coletiva de natureza trabalhista.

A Constituição de 1988, nos incisos I e II do artigo 98, dispõe sobre possibilidades de resoluções de conflitos fora do Sistema Judiciário.

A Lei 10.101, de 19 de dezembro de 2000, prevê, especificamente no inciso I do artigo 4º, a utilização da mediação, caso a negociação, visando participação nos lucros ou resultados da empresa, resulte em impasse.

A Lei 13.140, de 26 de junho de 2015, dispõe especificamente sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

O Novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015b) dá grande ênfase à mediação como forma alternativa de solução de litígios. Nesse dispositivo legal constam 39 citações do termo mediação, o que comprova a importância dada pelos legisladores a esse processo que se configura como um caminho que poderá nos levar a obter soluções mais rápidas e eficazes para os conflitos cada vez mais presentes em nossa sociedade.

4 O PAPEL DO ADVOGADO NO PROCESSO DE MEDIAÇÃO

A modernidade nos trouxe um número maior de conflitos emocionais, econômicos e psicológicos entre clientes e advogados. Segundo Cooley (2001, p. 23) “[...] na última década do século XX, a profissão jurídica passou por grandes mudanças.”, deixando claro que antes só havia possibilidade de se buscar um litígio tradicional em tribunais para resolver os conflitos das partes.

Na procura por resolução de disputa de forma mais célere, econômica, com menos riscos e melhores resultados para os clientes a mediação surgiu como uma alternativa na busca da solução do conflito.

Os advogados e a sociedade em geral precisam conhecer o que é a mediação e passar por uma mudança cultural de aceitação desta como uma das formas mais ágeis para o alcance de seus objetivos.

A presença do advogado na mediação necessita ser estimulada por mediadores, apesar de que estes não podem fazer quaisquer esclarecimentos legais durante a sessão.

Como o advogado tem o contato prévio com o cliente, conhecendo toda a sistemática do problema/conflito, é primordial que o mesmo aja de forma colaborativa, desde o início do procedimento, até a conclusão da mediação. É preciso, pois, se desprender de vaidades e ter mais humildade priorizando a vontade das partes e uma melhor solução para os envolvidos.

4.1 Papel do mediador

O papel do mediador é auxiliar as partes a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar soluções consensuais que gerem benefícios mútuos, atuar preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, não propondo soluções para os litigantes.

Didier Jr (2016, p. 274), afirma em relação à importância do mediador, que ele:

[...] exerce um papel um tanto diverso. Cabe a ele servir como veículo de comunicação entre os interessados, um facilitador do diálogo entre eles, auxiliando-os a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam identificar, por si mesmos, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

O mediador é um facilitador na tomada de decisões conjuntas dos interessados, assessora estes a identificar suas questões, suas necessidades e seus desejos, a explorar soluções alternativas, a focar a discussão e a controlar quaisquer arroubos emocionais.

O bom mediador utiliza processos mentais criativos, conceituais, reações intuitivas, artísticas, holísticas, simbólicos, emocionais, com habilidades interpessoais e sensibilidade para com indicadores psicológicos e comportamentais sutis (SOUZA NETO, 2000).

Existem empresas que desempenham as atividades da mediação em caráter privado, oferecendo isso como um serviço à população. Essas empresas possuem em seu quadro de empregados conciliadores

e mediadores profissionais, ou seja, pessoas que fizeram cursos e dominam as técnicas adequadas para ter êxito em uma mediação. O CPC (BRASIL, 2015b) previu a existência dessa atividade e denominou tais empresas de "câmaras privadas de mediação e conciliação". Possuem mecanismos enxutos e eficientes em termos de custos sob a forma de acordos expedidos mutuamente proveitosos de julgamentos privados de risco limitado.

5 CONCLUSÃO

Atualmente o sistema judiciário brasileiro passa por problemas que dificultam a resolução de conflitos de maneira rápida e democrática. Tal situação impele a sociedade a procurar outros meios para solucionar seus problemas. Nesse ínterim, surgem novas maneiras pacíficas e consensuais para resolução de conflitos que buscam uma decisão rápida, democrática e satisfatória.

A mediação é um método de diálogo por excelência, permitindo preservar o que é mais importante: as relações interpessoais. Partindo desta ideia foi publicada a Resolução nº 125/2010, do CNJ, instituindo a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses e assegurando à sociedade o direito de resolver seus conflitos por meios que consideram sua natureza e peculiaridade. Com isto, utiliza-se como uma das alternativas a proposta da mediação, determinando a criação de núcleos com profissionais neutros e imparciais plenamente capazes, de comprovada idoneidade moral e profissional, habilitados pelo curso de mediação reconhecido pelo Ministério Público, demonstrando um importante passo na criação de políticas públicas, que, por sua vez, são capazes de gerar transformação social. A Mediação é um meio alternativo de resolução de conflitos em que as partes participam ativamente com a ajuda de um mediador, que pode estar representado pelo advogado no momento em que o cliente busca seus serviços na busca da melhor solução possível para o litígio que se interpõe entre elas, tendo como objetivo alcançar um acordo que as satisfaçam e que possa ser cumprido. A mediação promove também a instauração da cidadania ativa, porque incentiva as próprias partes a terem uma participação direta na resolução de seus conflitos. Na verdade, a decisão final da mediação está sob o controle das partes.

Na prática, a mediação enquanto política pública é um instrumento gerador de transformação e evolução social. Ademais, sua utilização permite a comunicação rompida entre as partes e o restabelecimento social, promovendo a convivência pacífica da sociedade, de forma mais rápida e sem comprometer mais ainda a lentidão do sistema judiciário. Sobre as dificuldades de se lidar com os conflitos e sobre as percepções, tanto da comunidade quanto dos profissionais em relação às formas de solução, através dos dados empíricos trazidos pelas verificações, referem-se à necessidade de se incentivar práticas sociais e profissionais que possam ser inovadoras e transformadoras.

Foi percebido ainda que, às vezes, as pessoas buscam a solução de um conflito real relacionado aos seus mais íntimos sentimentos e não somente a solução do conflito aparente, relatado no processo inicial da mediação. O advogado precisa desenvolver a percepção dos verdadeiros motivos que impelem seu cliente na busca por uma solução para seu conflito de forma ágil e eficiente.

O presente trabalho se propõe a trazer maiores elucidacões sobre o assunto: mediação como forma alternativa de resolução de conflitos e quais os benefícios trazidos por esse processo para a população em geral, prioritariamente, para a mais carente. A contribuição dada pela sociologia foi muito importante para a análise do tema em referência, porque essa ciência nos mostra o quanto a desigualdade social e as diferenças entre as sociedades e indivíduos contribuem para que os menos favorecidos economicamente tenham inúmeras dificuldades e, em alguns casos, impossibilidade de acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Rio de Janeiro. 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 14 mar. 2016

_____. Conselho Nacional de Justiça - CNJ 2013. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/acesso-a-justica/conciliacao/conciliador-e-mediador>>. Acesso em: 01 jun. 2016.

_____. Lei 10.101, de 19 de dezembro de 2000. Dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 19. dez. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10101.htm>. Acesso em: 03 jun 2016.

_____. Lei 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 26. Jun. 2015a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 03 jun. 2016.

_____. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código Processo Civil. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 16. mar. 2015b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso: 03 jun. 2016

_____. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 125, de 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 03 jun. 2016 _____. Decreto 1572, de 28 de julho de 1995. Regulamenta a mediação na negociação coletiva de natureza trabalhista e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 28. jul. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/D1572.htm> Acesso em: 03 jun 2016.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 1988.

COOLEY, John W. A advocacia na mediação. Trad. René Loncan. Brasília: editora da Universidade de Brasília, 2001.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ, Aula inaugural do curso de conciliação e mediação em sobral, 2013. Disponível em:

<<http://dp-ce.jusbrasil.com.br/noticias/100358989/aula-inaugural-do-curso-de-conciliacao-e-mediacao-em-sobral>>. Acesso em 01 jun. 2016

DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico. 2 ed. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2005

JR. DIDIER, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo do conhecimento. 18 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FORTE, Joannes Paulus Silva. Pesquisa Social para Futuros Profissionais do Campo Jurídico. Sobral, 2013.

HOBBS, Thomas. Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2004.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Grandes temas da atualidade: Mediação, Arbitragem e Conciliação. Volume 7. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MELLO, Luiz Gonzaga de. Antropologia Cultural: iniciação, teorias e temas. Petrópolis - RJ: Vozes, 1982.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo. Salvador: Juspodivm, 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. 2 ed. São Paulo: Cortez, 1996.

SOUZA NETO, João Batista de Mello e. Mediação em juízo: Abordagem prática para a obtenção de um acordo justo. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. Para um Novo Senso Comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. (Coleção "Crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência). 8ª ed. v.1. São Paulo: Cortez, 2011.

UNIÃO EUROPEIA, Diretiva da União Europeia 2008/52/CE. EUR- Lex – Europa.eu Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A32008L0052>>. Acesso em 16 jun 2016.

HINO NACIONAL BRASILEIRO

Música de Francisco Manoel da Silva
Letra de Joaquim Osório Duque Estrada

Ouviram do Ipiranga as margens plácidas
De um povo heróico o brado retumbante,
E o sol da Liberdade, em raios fúlgidos,
Brilhou no céu da Pátria nesse instante.

Se o penhor dessa igualdade
Conseguimos conquistar com braço forte,
Em teu seio, ó Liberdade,
Desafia o nosso peito a própria morte!

Ó Pátria amada,
Idolatrada,
Salve! Salve!

Brasil, um sonho intenso, um raio vívido
De amor e de esperança à terra desce,
Se em teu formoso céu, risonho e límpido,
A imagem do Cruzeiro resplandece.

Gigante pela própria natureza,
És belo, és forte, impávido colosso,
E o teu futuro espelha essa grandeza

Terra adorada,
Entre outras mil,
És tu, Brasil,
Ó Pátria amada!

Dos filhos deste solo és mãe gentil,
Pátria amada,
Brasil!

Deitado eternamente em berço esplêndido,
Ao som do mar e à luz do céu profundo,
Fulguras, ó Brasil, florão da América,
Iluminado ao sol do Novo Mundo!

Do que a terra mais garrida
Teus risonhos, lindos campos têm mais flores;
“Nossos bosques têm mais vida”,
“Nossa vida” no teu seio “mais amores”.

Ó Pátria amada,
Idolatrada,
Salve! Salve!

Brasil, de amor eterno seja símbolo
O lábaro que ostentas estrelado,
E diga o verde-louro desta flâmula
– Paz no futuro e glória no passado.

Mas, se ergues da justiça a clava forte,
Verás que um filho teu não foge à luta,
Nem teme, quem te adora, a própria morte.

Terra adorada
Entre outras mil,
És tu, Brasil,
Ó Pátria amada!

Dos filhos deste solo és mãe gentil,
Pátria amada,
Brasil!

HINO DO ESTADO DO CEARÁ

Música de Alberto Nepomuceno

Letra de Tomás Lopes

Terra do sol, do amor, terra da luz!
Soa o clarim que tua glória conta!
Terra, o teu nome e a fama aos céus remonta
Em clarão que seduz!
Nome que brilha – esplêndido luzeiro
Nos fulvos braços de ouro do cruzeiro!

Mudem-se em flor as pedras dos caminhos!
Chuvas de prata rolem das estrelas...
E despertando, deslumbrada, ao vê-las
Ressoa a voz dos ninhos...
Há de florar nas rosas e nos cravos
Rubros o sangue ardente dos escravos.

Seja teu verbo a voz do coração,
verbo de paz e amor do Sul ao Norte!
Ruja teu peito em luta contra a morte,
Acordando a amplidão.
Peito que deu alívio a quem sofria
e foi o sol iluminando o dia!

Tua jangada afoita enfune o pano!
Vento feliz conduza a vela ousada!
Que importa que no seu barco seja um nada
Na vastidão do oceano,
Se à proa vão heróis e marinheiros
E vão no peito corações guerreiros!

Sim, nós te amamos, em aventuras e mágoas!
Porque esse chão que embebe a água dos rios
Há de florar em meses, nos estios
E bosques, pelas águas!
selvas e rios, serras e florestas
Brotem no solo em rumorosas festas!

Abra-se ao vento o teu pendão natal
sobre as revoltas águas dos teus mares!
E desfaldado diga aos céus e aos mares
A vitória imortal!
Que foi de sangue, em guerras leais e francas,
E foi na paz da cor das hóstias brancas!

**Mesa Diretora
2017-2018**

Deputado José Albuquerque
Presidente

Deputado Tin Gomes
1º Vice-Presidente

Deputado Manoel Duca
2º Vice-Presidente

Deputado Audic Mota
1º Secretário

Deputado João Jaime
2º Secretário

Deputado Júlio César Filho
3º Secretário

Deputada Augusta Brito
4ª Secretária



**Assembleia Legislativa
do Estado do Ceará**

**INSTITUTO DE ESTUDOS E PESQUISAS SOBRE O
DESENVOLVIMENTO DO ESTADO DO CEARÁ**

Inesp

Thiago Campêlo Nogueira

Presidente

Gráfica do Inesp

Ernandes do Carmo

Coordenador

Cleomarcio Alves (Marcio), Francisco de Moura,

Hadson França e João Alfredo

Equipe Gráfica

Aurenir Lopes e Tiago Casal

Equipe de Produção Braille

Carol Molfese e Mário Giffoni

Equipe de Diagramação

José Gotardo Filho e Valdemice Costa (Valdo)

Equipe de Design Gráfico

Lúcia Maria Jacó Rocha e Vânia Monteiro Soares Rios

Equipe de Revisão

Site: www.al.ce.gov.br/inesp

E-mail: inesp@al.ce.gov.br

Fone: (85) 3277-3701

Fax: (85) 3277-3707



**Assembleia Legislativa
do Estado do Ceará**

Assembleia Legislativa do Estado do Ceará

Av. Desembargador Moreira 2807,

Dionísio Torres, CEP 60170-900, Fortaleza, Ceará,

Site: www.al.ce.gov.br

Fone: (85) 3277-2500