

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

JUSTIÇA MEDIÁTICA E PREVENTIVA

ADRIANA SILVA MAILLART

JAMILE BERGAMASCHINE MATA DIZ

MAURO JOSÉ GAGLIETTI

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

J961

Justiça mediática e preventiva [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Adriana Silva Maillart, Jamile Bergamaschine Mata Diz, Mauro José Gaglietti – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-060-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Mídia. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

JUSTIÇA MEDIÁTICA E PREVENTIVA

Apresentação

APRESENTAÇÃO

É com grande satisfação que apresentamos este livro produto dos dezenove trabalhos apresentados no GT de Justiça Mediática e Preventiva na 24ª edição do CONPEDI em Aracajú (Sergipe) em junho de 2015. O tema deste GT ganhou relevância e, já há algum tempo, sentia-se a necessidade de um ambiente próprio para a discussão dos meios adequados de resolução de controvérsias, tendo em vista, principalmente, o aumento do número e a qualidade dos artigos apresentados nesta área. Assim, por iniciativa dos coordenadores dos GTs de Acesso à Justiça e da Diretoria do Conselho Nacional de Pós Graduação e Pesquisa em Direito entendeu-se relevante a criação de um GT específico para tratar das formas consensuais de solução de conflitos.

A criação deste novo GT coaduna com um momento importante pela qual passam as ADRs no Brasil, principalmente, com a aprovação da Lei n.º. 13.129/2015, que amplia a aplicação da arbitragem; da sanção do Novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015), que traz capítulo específico sobre a mediação e conciliação e diretrizes para as audiências conciliatórias e mediáticas; e também da tão aguardada promulgação da Lei Brasileira de Mediação (Lei n.º. 13.140, de 26 de junho de 2015).

Desta maneira, o Conpedi, atento às transformações no âmbito jurídico e social, vem, uma vez mais, responder aos anseios e às demandas da sociedade acadêmica, criando um veículo para tratar das discussões oriundas dos cursos de pós-graduação e pesquisas em Direito. Isto reflete, sem dúvida, na importância essencial do Conpedi como instrumento de encontro, discussão, reflexão e divulgação dos trabalhos realizados em cenário nacional e internacional.

Assinala-se, assim, que ficamos muito felizes com a incumbência de coordenarmos a primeira edição deste GT voltado à Justiça Mediática e Preventiva. Ao todo, como ressaltado anteriormente, foram 19 trabalhos apresentados, destacando-se que todos os autores e autoras marcaram, significativamente, presença. O debate foi conduzido de modo a facilitar a comunicação, o diálogo e o entendimento entre as pessoas interessadas, todos com grande envolvimento pessoal, profissional e afetivo com os temas abordados e revelam o estágio das pesquisas no que se refere à cultura da autocomposição dos conflitos emergentes na sociedade brasileira, enfatizando-se, nesse caso, os aspectos associados ao litígio na esfera do

Poder Judiciário, e fora, na intervenção junto aos conflitos de interesse cujas partes ao procurarem os núcleos de prática jurídica e as câmaras arbitrais (Lei 9.307/96) tendem a acessar à justiça de um modo mais abrangente e eficiente.

A temática em tela encontra-se em voga em virtude do papel que passa a exercer a mediação na conjectura do Código de Processo Civil (CPC) que vigorará no Brasil a partir de março do próximo ano na medida em que está em harmonia com o Preâmbulo da Constituição Federal de 1988. Nesse contexto, a institucionalização da mediação no Brasil torna-se extremamente relevante, sobretudo, por abordar extrajudicialmente e judicialmente - os conflitos associados à parentalidade e à conjugalidade no âmbito das famílias brasileiras. Assim, salientam-se os tópicos presentes no novo Código de Processo Civil e na Lei da Mediação aprovados recentemente para refletir acerca da necessidade da preparação cultural do conjunto da sociedade, das famílias e dos profissionais do Direito.

Nessa senda, percebe-se que há um incentivo ao diálogo e ao entendimento, voltando-se, assim, para a busca de um acordo. Provavelmente, a instalação da mediação por via institucional, estatal, e, sobretudo, o seu entendimento e a sua implementação poderá colaborar com a alteração da cultura do litígio expresso, em grande medida, pela judicialização de todas as controvérsias que ocorrem no âmbito social, e, ao mesmo tempo, poderá reduzir a quantidade de processos, que se arrasta junto ao Poder Judiciário há muitos anos. Ao mesmo tempo, nota-se a preocupação segundo a qual é necessário pensar para além da legislação, sobretudo, em relação à singularidade dos operadores do Direito no Brasil. Assinala-se, nesses termos, que o direito que vigora no País possui entre as suas fontes os princípios gerais que também interferem na criação da lei e, principalmente, na sua efetivação (ou não efetivação) ao concretizar materialmente o direito entendido aqui como o acesso à justiça enquanto direito fundamental dos direitos fundamentais.

Pode-se afirmar que, se inicialmente o movimento de acesso à justiça buscava endereçar conflitos que ficavam sem solução em razão da falta de instrumentos processuais efetivos, voltando-se inicialmente a reduzir a denominada litigiosidade contida. Hoje, atenta-se para o fato de a processualística voltar-se a resolver disputas de forma mais eficiente e eficaz - afastando-se muitas vezes de fórmulas exclusivamente jurídicas e incorporando métodos transdisciplinares a fim de atender não apenas aqueles interesses juridicamente tutelados, mas também outros que possam auxiliar na sua função de pacificação social diante da percepção segundo a qual todo o conflito se diferencia do litígio à razão de ser multidisciplinar, ao passo que o litígio é um aspecto do conflito, aquele que se associa direta e indiretamente à dimensão jurídica. Toda a sentença é uma boa resposta ao litígio, mas não resolve o conflito em sua amplitude.

Além disso, percebe-se que por meio da incorporação desses diversos procedimentos ao sistema processual o operador do direito tende a preocupar-se, também, com a litigiosidade remanescente aquela que, em regra, persiste entre as partes após o término de um processo heterocompositivo à medida que amplia-se a existência de conflitos de interesses que não foram tratados no processo judicial - seja por não se tratar de matéria juridicamente tutelada, seja por não se ter aventado certa matéria juridicamente tutelada perante o Estado. Soma-se a tal atitude, outra, a atentar para o princípio do empoderamento, em sintonia fina com um modelo preventivo de conflitos na medida em que capacita as partes a melhor comporem seus conflitos educando-as com técnicas de negociação e mediação. Além desses dois aspectos, pode-se voltar mediante o emprego desse instrumento de pacificação social para que haja uma maior humanização do conflito. Em outros termos: concebe-se o princípio da validação ou o princípio do reconhecimento recíproco de sentimentos, sobretudo, à medida que esse novo paradigma de ordenamento jurídico se desenvolve, nota-se a necessidade da adequação do exercício profissional de magistrados para que estes assumam cada vez mais uma função de gestão de processos de resolução de disputas. Naturalmente, a mudança de paradigma decorrente dessa nova sistemática processual atinge, além de magistrados, todos os operadores do direito, já que, quando exercendo suas atividades profissionais nesses processos, que, em regra são menos adversarial e mais propenso à utilização criativa dos instrumentos jurídicos existentes no ordenamento jurídico para uma atuação cooperativa enfocada na solução de controvérsias de maneira mais eficiente. Desse modo, criou-se a necessidade de um operador do direito que aborde questões como um solucionador de problemas ou um pacificador a pergunta a ser feita deixou de ser "quem devo acionar" e passou a ser "como devo abordar essa questão para que os interesses que defendo sejam atingidos de modo mais eficiente".

Assim, as perspectivas metodológicas do processo de mediação refletem uma crescente tendência de se observar o operador do direito como um pacificador mesmo em processos heterocompositivos, pois começa a existir a preocupação com o meio mais eficiente de compor certa disputa na medida em que esta escolha passa a refletir a própria efetividade do profissional. A composição de conflitos "sob os auspícios do Estado", de um lado, impõe um ônus adicional ao magistrado que deverá acompanhar e fiscalizar seus auxiliares (conciliadores autocompositivos, mediadores e árbitros no âmbito da Lei 9.307/1996), ainda que somente quando requisitado como no exemplo da demanda anulatória de arbitragem. Por outro lado, a adequada sistematização desses mecanismos e o seu estímulo para que as partes os utilizem é marcante tendência do direito processual, na medida em que vai ganhando corpo a consciência de que, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes.

A arbitragem, neste sentido, funciona como um instrumento alternativo para solucionar as controvérsias que privilegia a autonomia das partes para determinar o alcance das medidas compositivas e a lei aplicável para alcançar tal solução. No âmbito interno, embora a Lei n. 9.307/96 não inaugure a arbitragem no plano jurídico nacional, foi responsável por imprimir uma feição mais moderna além de promover a sistematização do tema e, por isso, compreender as influências sob as quais se encontravam a jurisprudência brasileira em relação à arbitragem no momento de sua elaboração permite conhecer os mecanismos que proporcionaram o desenvolver de sua aplicação no país. No âmbito internacional, pode-se perceber a influência das Convenções de Direito Internacional em matéria de arbitragem na elaboração da lei nacional. Ainda que antes da incorporação de alguns instrumentos normativos ao âmbito interno, certas garantias eram necessárias para que o país pudesse apresentar uma maior confiabilidade a nível internacional no que concernia a proteção jurídica das questões arbitrais.

Agora, um dos pilares da arbitragem se refere à questão da segurança jurídica que deve ser analisada também sob a perspectiva da aplicação e interpretação posterior do reconhecimento e admissibilidade dos efeitos da sentença arbitral sobre as relações jurídicas. Ainda que haja uma regulação específica atinente à utilização do mecanismo arbitral, este só ganha força na medida em que as autoridades judiciais se inclinam pela devida observância da vontade das partes em se submeter a esta forma de solução de controvérsias, e logram admitir que no âmbito da esfera privada podem os particulares pactuar da forma que melhor lhes convier, observados os limites dispostos pelo próprio sistema. A adoção de uma lei segundo os mais avançados parâmetros internacionais não tem o condão de fornecer a segurança jurídica necessária se as instituições brasileiras, especialmente o Judiciário, não conseguirem compreender a importância do instituto para a concretização inclusive do direito fundamental de acesso à justiça.

O Novo Código de Processo Civil confirma a arbitragem como um instrumento jurisdicional autônomo e reconhece a importância do mesmo, pondo fim à eterna e estéril discussão sobre legitimidade, validade, legalidade e aplicação da sentença arbitral. Além disso, inova ao estabelecer a possibilidade de integração entre juízo arbitral e juízo estatal para cumprimento de medidas liminares, cautelares e antecipações de tutelas, bem como para condução e oitiva de testemunha renitente, dando plena eficácia ao art. 22 da Lei de arbitragem. Outro ponto digno de nota é que preserva uma das características básicas da arbitragem que é justamente o sigilo, já que a confidencialidade é essencial para a manutenção de certos negócios ou a formulação de estratégias empresariais e o desenvolvimento de novos produtos.

A mediação, a ser nesse momento discutida, constitui uma prática jurídica que pode contribuir com a construção da autonomia. Sendo assim, a obra em foco sugere a você leitor /leitora que atente para esse mecanismo não-adversarial de encaminhamento de conflitos enquanto prática pedagógica de construção da autonomia e de construção do Direito emancipatório. Em outras palavras, a mediação transformadora é, na verdade, uma forma de ecologia política de resolução dos conflitos sociais e jurídicos. Forma particular na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal. A mediação é uma forma alternativa ao processo judicial (com o outro) de resolução de conflitos e litígios, sem que exista a preocupação de dividir a justiça ou de ajustar o acordo às disposições do direito positivo.

Por fim, quer-se que essa obra possa contribuir com os esforços dos juristas que há décadas clamam pela mediação emancipatória que ao se transmutar de um mero procedimento de resolução de conflitos para se converter em um verdadeiro instrumento de exercício da cidadania, na medida em que possibilita a criação de um direito inclusivo, rompendo com o normativismo jurídico estatal, possibilitando - concretamente - o surgimento de um direito plural, capaz de absorver as expectativas de uma maior variedade de sujeitos sociais, em especial aqueles oriundos de segmentos mais marginalizados da sociedade. Assim, a mediação transformadora assinada por Luis Alberto Warat se coaduna perfeitamente com as perspectivas de uma nova política judiciária que deve estar comprometida com a democratização do direito e da sociedade.

Pode então o direito transformar a sociedade? Os autores/autoras dos textos desse livro pensam e agem de forma otimista a tal assertiva na medida em que além de guiar as coletividades na defesa daquilo que foi ao menos formalmente conquistado, o debate jurídico, enquanto manifestação do político, possibilita a ampliação do campo de luta pela afirmação de identidades sejam elas individuais ou coletivas e a conquista do reconhecimento e legitimação da pluralidade, em um verdadeiro exercício de emancipação da cidadania e democratização da sociedade. Diante de tal perspectiva, um livro pode transformar pessoas e estas o mundo.....

Nesse caso, nos resta a desejar a você que está nos acompanhando até aqui, que seja feliz, na medida do possível e faça uma adorável viagem mental entre as linhas dos trabalhos que se encontram nas próximas páginas!

Até breve,

Profa. Dra. Adriana Silva Maillart (Uninove)

Prof. Dr. Mauro Gaglietti (URI, FAI, IMED)

Prof. Dra. Jamile Bergamaschine Mata Diz (UIT e UFMG)

Organizadores da obra

MEDIAÇÃO: NOVA FACE DA JUSTIÇA NO DESENVOLVIMENTO DO MILÊNIO
MEDIACIÓN: NUEVA APARIENCIA DE JUSTICIA EN EL DESARROLLO DEL
MILENIO

Ivan Aparecido Ruiz
Tais Zanini De Sá Duarte Nunes

Resumo

O presente texto tem por objetivo primacial refletir sobre os Métodos alternativos de solução de conflitos de interesses, em especial acerca da Mediação, ressaltando a sua importância e a possibilidade de utilização como uma Justiça Mediática e Preventiva. Para tanto, pretende-se trazer uma reflexão sobre a ampliação do termo acesso à justiça em contrapartida a crise enfrentada pela justiça estatal, a qual tem como um de seus obstáculos principais a cultura litigiosa desencadeada no Século XX. O ressurgimento das ADR's, em meados da década de 1970, trouxe esperanças quanto a possibilidade de compartilhamento, numa espécie de uma Justiça Mediática e Preventiva, entre o Estado e os próprios indivíduos da responsabilidade pela resolução dos conflitos de interesses, com a promessa de maior pacificação social, além da redução do número de demandas, bem como do tempo de resolução das ações que tramitam pelo Poder Judiciário. Acredita-se, assim, que a Mediação constitui-se num excelente Método alternativo de solução de conflitos de interesses, contribuindo em muito para a realização da Justiça.

Palavras-chave: Mediação, Método alternativo, Acesso à justiça.

Abstract/Resumen/Résumé

Este texto tiene por finalidad primordial reflexionar sobre los métodos alternativos de resolución de conflictos de interés, sobre todo en la mediación, haciendo hincapié en su importancia y la posibilidad de uso como Justicia Mediática y Preventiva. Por lo tanto, tenemos la intención de aportar una reflexión sobre la extensión del término acceso a la justicia por el contrario la crisis que enfrenta la justicia estatal, que tiene como uno de sus principales obstáculos en la cultura litigiosa desencadenó el siglo XX. El resurgimiento de las RAM en la década de 1970, trajo esperanza a la posibilidad de participar en una especie de Justicia Mediática y Preventiva entre el Estado y los propios individuos de la responsabilidad por el conflicto de intereses con la promesa mayor paz social, además de reducir el número de demandas, así como el tiempo de resolución de las demandas presentadas por el poder judicial. Se cree, por lo tanto, que la mediación constituye un excelente método alternativo de resolución de conflicto de intereses, lo que contribuye en gran medida a la realización de la justicia.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Mediación, Método alternativo, Acceso a la justicia.

INTRODUÇÃO

A procura por Métodos alternativos de solução dos conflitos de interesses – Conciliação, Mediação e Arbitragem –, de forma especial a Mediação, em lugar da jurisdição estatal, como formas de resolução de conflitos de interesses decorre da constatação evidente de que o Método Oficial – Processo – mais utilizado demonstra-se insuficiente e apto a atingir o pleno e efetivo acesso à justiça e, em alguns casos, não se atende às exigências individuais e sociais acerca dos conflitos de interesses emergentes nos tempos atuais.

Com efeito, a justiça, nos tribunais, não raramente, não só deixa de responder oportunamente aos litígios que lhe são submetidos, como comporta variados custos que merecem atenção especial dos responsáveis políticos, dos estudiosos e dos interessados diretos, que são as pessoas, assim como as empresas e demais instituições públicas e privadas, incluindo o próprio Estado-Administrador e Estado-Legislator.

A Mediação, como forma de uma Justiça Mediática e Preventiva, poderá desempenhar um papel determinante na diminuição da insatisfação justificada de seus usuários, uma vez que poderão converter-se em abordagens mais eficazes nos seus âmbitos de aplicação.

Como nova resposta de prevenção e resolução de conflitos de interesses, a Mediação não constitui ainda, para a generalidade dos potenciais interessados, opção muito acolhida e experimentada, bem pelo contrário. Por isto mesmo, este novo caminho carece de alcançar o seu próprio mérito, o prestígio e o reconhecimento social que afastem os receios que recorrentemente vêm sendo invocados, nomeadamente sobre uma alegada falta de capacitação de seus agentes ou de efetividade da solução.

Desta forma, necessário e importante difundir-se esse Método alternativo para resolução de conflitos de interesses, pois a Mediação, trazendo consigo a desjudicialização, com ganhos na desburocratização e na simplificação processual, como elementos identificadores desta nova modalidade de Justiça, poderá constituir-se, ainda, em um importante e reconhecido instrumento de Justiça Mediática e Preventiva. Portanto, plenamente justificável o estudo da temática, no contexto do Direito, da Constituição e da Cidadania, nesse encontro nacional, contribuindo para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

2 A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO

O acesso à justiça alcançou, no Século XX, patamar de direito e garantia fundamental e, portanto, de princípio constitucional, ao lado de outros direitos essenciais à existência humana, uma vez que torna possível que outros direitos fundamentais sejam concretizados, buscando-se exaltar e resguardar o princípio da dignidade da pessoa humana, que também é um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito, segundo art. 1º, inc. III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.¹

J. J. Gomes Canotilho confirma o princípio da proteção jurídica como um dos fundamentos do Estado de direito:

<<Terceira dimensão do Estado de direito>>, <<pilar fundamental do Estado de direito>>, <<coroamento do Estado de Direito>>, são algumas das expressões utilizadas para salientar a importância, no Estado de direito, da existência de uma protecção jurídico-judiciária individual *sem lacunas* (cfr. arts. 20.º/1, 268.º/4). Embora a protecção dos direitos através do direito exija uma prévia e inequívoca consagração desses direitos (cfr. DL 389-B/87, de 29/12), sobre o regime legal de acesso ao direito e aos tribunais), o sentido nuclear da protecção judicial dos direitos é esta: a garantia dos direitos fundamentais só pode ser efectiva quando, no caso da violação destes, houver uma instância independente que restabeleça sua integridade.²

A efetivação do direito e garantia ao acesso à justiça deve estar diretamente relacionada ao princípio da garantia de via judiciária, constitucionalmente consagrado pelo art. 5º, inc. XXXV³, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o qual é dividido pelo renomado constitucionalista J. J. Gomes Canotilho em dimensões materiais, funcionais e organizatórias, dentre as quais se destaca no presente estudo a *Garantia de protecção jurídica*, reconhecida como a conexão entre o princípio da abertura da via judiciária e a defesa dos direitos, ou seja, é inaceitável a inexecutabilidade ou ineficácia do princípio da efetividade dos direitos e garantias fundamentais sob a justificativa de falta de meios judiciais adequados.⁴

Cynthia Robert e Elida Séguin concluem que:

¹ “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana; [...]”

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina. 6. ed. 2002, p. 273.

³ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...]”

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina. 6. ed. 2002, p. 273.

A garantia aos Direitos Humanos constitui a base material e primordial da legitimidade do Estado Democrático de Direito, funcionando como limitador do Poder. É uma conquista frente à arbitrariedade e à opressão estatal. Assegurar a preservação e defesa dos Direitos Humanos na órbita interna (Direitos e Garantias Fundamentais) propiciou o surgimento do garantismo.⁵

Segundo Mauro Cappelletti e Bryan Garth, “A expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar suas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Nosso enfoque, aqui, será primordialmente sobre o primeiro aspecto, mas não poderemos perder de vista o segundo. Sem dúvida, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, *pressupõe* o acesso efetivo”.⁶

Esta concepção de acesso à justiça tornou-se, progressivamente, cada vez mais ampla, exigindo-se também do Estado uma solução rápida e eficaz, reconhecendo-se o acesso efetivo à justiça, como aborda Gustavo Santana Nogueira:

Que as decisões judiciais têm aptidão para alterar o mundo jurídico não se discute, mas essas mesmas decisões devem ter aptidão para alterar a realidade. Uma decisão formalmente perfeita, proferida após a cognição exauriente (juízo de certeza) e a obediência do devido processo legal, sempre será capaz de solucionar a lide (no plano teórico), mas em razão da demora poderá ela ser totalmente incapaz de promover o resultado efetivo.⁷

Superando o entendimento da expressão “acesso à justiça” do início do Século passado, Cínthia Robert e Elida Séguin esclarecem que:

A expressão Acesso à Justiça envolve mais que o simples acesso aos Tribunais pois engloba também o acesso ao Direito. É insuficiente assegurar o acesso aos Tribunais através da isenção do pagamento de custas, emolumentos e honorários advocatícios, se o Direito Positivado, que só tem razão de ser conhecido e aplicado, não é efetivado.⁸

⁵ ROBERT, Cinthia. SÉGUIN, Elida. *Direitos Humanos, acesso à justiça: um olhar da defensoria pública*. Rio de Janeiro: Forense. 2000, p. 7.

⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris. 1988, p. 8.

⁷ SOARES, Fabio Costa [organizador]. *Acesso à justiça: segunda série*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004, p. 140-141.

⁸ ROBERT, Cinthia. SÉGUIN, Elida. *Direitos Humanos, acesso à justiça: um olhar da defensoria pública*. Rio de Janeiro: Forense. 2000, p. 75.

Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco elencam entre as funções primordiais do Estado social também a prestação efetiva de serviços para pacificação social:

[...] E hoje, prevalecendo as ideias do *Estado social*, em que ao Estado se reconhece a função fundamental de promover a plena realização dos valores humanos, isso deve servir, de um lado, para pôr em destaque a função jurisdicional pacificadora como fator de eliminação dos conflitos que afligem as pessoas e lhes trazem angústia; de outro, para advertir os encarregados do sistema quanto à necessidade de fazer do processo um meio efetivo para a *realização da justiça*. Afirma-se que o objetivo-síntese do Estado contemporâneo é o *bem-comum* e, quando se passa ao estudo da jurisdição, é lícito dizer que a projeção particularizada do bem comum nessa área é a *pacificação com justiça*.⁹

O despertar dos Estados para a necessidade de se travar uma batalha contra os obstáculos ao acesso à justiça deu-se em meados da década de 1960, quando se reconheceu que: a) as técnicas processuais servem a funções sociais; b) os tribunais não são a única forma de solução de conflitos de interesses a ser considerada; c) qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva, devendo ser analisado qual o impacto social que dele decorrerá.¹⁰

Nessa perspectiva de proteção efetiva ao “acesso à justiça”, Mauro Cappelletti e Bryan Garth realizaram uma pesquisa e estudo, chamado “Projeto de Florença”. Após estabelecer o significado de um direito ao acesso à justiça e os obstáculos a serem transpostos, apontaram as soluções práticas para os problemas de acesso à justiça, que ficaram conhecidas como “ondas renovatórias”, assim elencadas: **a)** a primeira onda: *assistência judiciária para os pobres*, onde abordam o *sistema Judicare*; o advogado remunerado pelos cofres públicos; modelos combinados; a assistência judiciária: possibilidades e limitações; **b)** a segunda onda: *representação dos interesses difusos*, discorrendo sobre a ação governamental; a técnica do procurador-geral privado; a técnica do advogado particular do interesse público; **c)** a terceira onda: *do acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla de acesso à justiça*. *Um novo enfoque de acesso à justiça*.

Por sua vez, quando os referidos autores adentram no Capítulo acerca das *Tendências no uso do enfoque do acesso à justiça* passam a enfrentar as seguintes temáticas: **a)** reformas

⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 30. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Malheiros. 2014, p. 43.

¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracei Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris. 1988, p. 12.

dos procedimentos judiciais em geral; **b**) imaginando métodos alternativos para decidir causas judiciais. Neste item abordam assuntos como “O juízo arbitral”, a “conciliação”, “incentivos econômicos”; **c**) instituições e procedimentos especiais para determinados tipos de causas de particular “importância social”.

Uma nova tendência no sentido da especialização de instituições e procedimentos judiciais, enfrentando, aqui, “Procedimentos Especiais para Pequenas Causas” e seus desdobramentos **a**) a promoção de acessibilidade geral; **b**) a tentativa de equalizar as partes; **c**) a alteração no estilo de tomada de decisão; e **d**) a simplificação do direito aplicado; “Tribunais de “Vizinhança” ou “Sociais” para Solucionar Divergências na Comunidade; “Tribunais Especiais para Demandas de Consumidores”; “Mecanismos Especializados para Garantir Direitos “Novos” em Outras Áreas do Direito; **e**) Mudanças nos métodos utilizados para a prestação de serviços jurídicos, que se desdobra em “o Uso dos “Parajurídicos”; “O desenvolvimento de planos de assistência jurídica mediante “Convênio” ou “em Grupo”; **f**) Simplificando o direito.¹¹

No Brasil, desde o final da década de 1970 vários estudos vem sendo realizados para diagnosticar os principais obstáculos enfrentados pelas pessoas em termos de acesso à justiça. Segundo o Ministério da Justiça, ainda na década de 70, Boaventura de Sousa Santos vivenciou durante 6 meses a realidade de uma favela no Rio de Janeiro a fim de realizar um estudo empírico sobre as divergências entre o direito oficial e o direito de Pasárgada, criado pela comunidade local, identificando várias dificuldades da comunidade em usufruir do sistema judiciário, levando-as a adotarem procedimentos não estatais para solução de seus conflitos de interesses.¹²

Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco elencam alguns dos principais óbices para a efetividade do processo: a *admissão ao processo*, devendo eliminar-se as dificuldades econômicas que impeçam as pessoas de litigar ou oferecer a defesa adequada; o *modo de ser do processo*, sendo necessário oportunizar as partes a participação dialógica resguardando-se a ordem legal dos atos processuais; a *justiça das decisões*, cabe ao Magistrado pautar-se pelo critério de justiça seja para apreciar uma prova, enquadrar os fatos em normas e categorias jurídicas ou interpretar as normas positivadas, devendo sempre buscar o resultado mais justo; e a *efetividade das decisões*, as medidas judiciais não podem ser inúteis, porquanto “Todo processo deve dar a

¹¹ Consulte-se a obra *Acesso à justiça* de Mauro Cappelletti e Bryant Garth.

¹² BRASIL. *Atlas de acesso à justiça: Indicadores Nacionais de Acesso à justiça*. Brasília: Ministério da Justiça. 2013, p. 11.

quem tem um direito *tudo aquilo e precisamente aquilo* que ele tem o direito de obter. Essa máxima de nobre linhagem doutrinária constitui verdadeiro *slogan* dos modernos movimentos em prol da *efetividade do processo* e deve servir de alerta contra tomadas de posição que tornem acanhadas ou mesmo inúteis as medidas judiciais, deixando resíduos de injustiça”.¹³ Assim, estas barreiras devem ser superadas pela atuação positiva do Estado.

Neste contexto, o Poder Judiciário passou a ser visto como o meio mais adequado para solução de conflitos de interesses e concretização dos direitos e garantias fundamentais, ampliando-se o significado da expressão *acesso à justiça*, promovendo alterações na legislação processual civil, dotando-o de técnicas e mecanismos para dar acesso efetivo à justiça por meio da jurisdição, com vistas à tão almejada pacificação social.

Deve-se reconhecer que as alterações na legislação processual, os estudos e as medidas adotadas para efetivação do acesso à justiça realmente ampliaram e facilitaram o acesso aos Tribunais brasileiros; todavia, o Poder Judiciário não estava devidamente preparado para as mudanças na ordem social ocorridas principalmente após as décadas de 1980 e 1990, como a busca pela democratização, o aumento populacional concentrado nos centros urbanos, o progresso de forma significativa da ciência e tecnologia e, principalmente, com relação aos novos tipos de conflitos de interesses envolvendo matérias como meio ambiente, consumidor, direitos fundamentais, direitos sociais, políticas públicas, conflitos de massas, dentre outros. Frente a esse quadro, ainda, em contrapartida, não bastasse o alto custo para utilização dos serviços do Poder Judiciário, verificava-se a morosidade deste Poder em dar uma resposta tempestiva, útil e adequada, até mesmo ante a falta de recursos materiais, instrumentais, humanos no desenvolvimento da administração da Justiça.

Assim, tem-se que inúmeras são as causas da crise do Poder Judiciário; mas, há um acentuado consenso entre os doutrinadores, estrangeiros e nacionais, quanto ao agravamento decorrente da cultura litigiosa, uma vez que é elevado o número de processos que chegam ao Poder Judiciário anualmente.

Diante desse quadro, Kazuo Watanabe, numa visão contemporânea do direito processual civil, amplia o sentido de acesso à justiça, ressaltando a importância do Estado em promover o *acesso à ordem jurídica justa* também por meio da orientação e dos Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos de Interesses, *in verbis*:

¹³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 30. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Malheiros. 2014, p. 54.

[...] cabe ao Judiciário não somente organizar os serviços que são prestados por meio de processos judiciais, como também aqueles que socorram os cidadãos de modo mais abrangente, de solução por vezes de simples problemas jurídicos, como a obtenção de documentos essenciais para o exercício da cidadania, e até mesmo de simples palavras de orientação jurídica. Mas é, certamente, na solução dos conflitos de interesses que reside a sua função primordial, e para desempenhá-la cabe-lhe organizar não apenas os serviços processuais como também, e com grande ênfase, os serviços de solução dos conflitos pelos mecanismos alternativos à solução adjudicada por meio de sentença, em especial dos meios consensuais, isto é, da mediação e da conciliação.¹⁴⁻¹⁵

Em linhas gerais, o relatório elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no ano de 2014, detectou que o Poder Judiciário brasileiro conta com 16.429 magistrados, sendo que 13.841 (84%) atuam na primeira instância e 2.305 (14%) são desembargadores, somam-se a esses os 77 ministros atuantes nos quatro tribunais superiores (Superior Tribunal de Justiça – STJ, Tribunal Superior do Trabalho – TST, Tribunal Superior Eleitoral – TSE e Superior Tribunal Militar – STM), além dos juízes de Turmas Recursais e Turmas Regionais de Uniformização e 412,5 mil funcionários, sendo 276,6 mil (67%) servidores efetivos, requisitados e comissionados sem vínculo e 135,7 mil (33%) contratados na forma de auxiliares como terceirizados, estagiários, juízes leigos e conciliadores. Em contrapartida, constatou-se que tramitam, atualmente, no Poder Judiciário brasileiro aproximadamente 95,14 milhões de demandas, sendo que deste montante aproximadamente 66,8 milhões já tramitavam desde o início de 2013, ou seja, há um percentual de 70% de congestionamento nos serviços judiciários brasileiros.¹⁶

Como se constata, há um grande desafio, em particular, para o Poder Judiciário no desenvolvimento do Milênio, pois se espera que o Estado, seja o Estado-Legislador, seja o Estado-Juiz, este por meio de seus magistrados, dê as partes uma solução social e individualmente justa no menor tempo possível, mesmo diante de 6.000 processos que

¹⁴ WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: resolução CNJ 125/2010: mediação e conciliação*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012. p. 45.

¹⁵ É de se ressaltar que o recentíssimo *Código de Processo Civil* (Lei federal n. 13.105, de 16 de março de 2015, publicada no D.O.U. de 17/03/2015), sancionado pelo Poder Executivo federal, com vigência a partir de março de 2016, logo na sua parte inicial, quando trata na PARTE GERAL LIVRO I DAS NORMAS PROCESSUAIS CIVIS, TÍTULO ÚNICO DAS NORMAS FUNDAMENTAIS E DA APLICAÇÃO DAS NORMAS PROCESSUAIS, CAPÍTULO I DAS NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL, especificamente no art. 3º, § 1º a 3º, em especial os § 2º a 3º, assim prescreve: “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*”. (original sem os itálicos).

¹⁶ BRASIL. *Justiça em números*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça. 2014, p. 34. Disponível em: ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf. Acesso em 12.03.2015.

tramitam, em média, anualmente em cada Cartório Judicial. Não é tarefa fácil, mas esse é o quadro que se observa. Ora, por certo que para atingir a meta de solucionar o maior número de processos por ano, o juiz não terá condições de analisar meticulosamente cada processo que passa em suas mãos, deparando-se com a dificuldade de atingir um meio termo, qualidade das decisões e resolução justa em tempo hábil, sendo este um dos pontos que merecem tratamento nesta crise vivenciada pelo Poder Judiciário. Vive-se uma situação delicada: entrega de prestação jurisdicional rápida, ainda que sem qualidade e justiça das decisões, ou entrega de prestação jurisdicional com qualidade e justiça das decisões, ainda que de forma lenta. O que é preferível? Esse é o quadro, atualmente, em vigor. Como resolver, pois o doente clama do mal que se queixa? Aqui está um dos pontos a desafiar a inteligência do estudioso e pesquisador do direito processual civil.

No ano de 1984 – para constarmos que a crise do Poder Judiciário não se trata de problema exclusivo de nosso país, bem como não é recente – Warren E. Burger, à época como Presidente da Suprema Corte de Justiça dos Estados Unidos da América, citado por Roque J. Caivano, Marcelo Gobbi e Roberto E. Padilla, retratou muito bem a crise judiciária norte-americana nos seguintes termos: “*Nuestro sistema (de administración de justicia) es demasiado costoso, demasiado doloroso, demasiado destructivo, demasiado ineficiente para um pueblo verdaderamente civilizado*”.¹⁷ Diante desta assertiva, Roque J. Caivano, Marcelo Gobbi e Roberto E. Padilla concluem que a necessidade de se buscar métodos alternativos ao sistema formal justifica-se pela sobrecarga dos Tribunais e, também, para proporcionar as partes a real e efetiva satisfação de seus interesses, o que pode ser perfeitamente aplicado a realidade do Poder Judiciário brasileiro, uma vez que não consegue prestar um serviço efetivo em virtude do elevado número de demandas, muito menos atinge as expectativas das partes em termos de justiça.¹⁸

Os referidos autores explicam ainda que não se pode continuar crendo que o monopólio estatal da justiça seja o caminho mais adequado para proporcionar as pessoas a justiça, mas, ao contrário, essa percepção errônea por certo leva ao abarrotamento do sistema formal, entendendo que muitos dos conflitos de interesses que poderiam ser resolvidos de

¹⁷ Tradução Livre: nosso sistema (de administração da justiça) é demasiado custoso, demasiado doloroso, demasiado ineficiente para um povo verdadeiramente civilizado. (CAIVANO, Roque J. GOBBI, Marcelo. PADILLA, Roberto E. *Negociación Y Mediación: instrumentos apropiados para la abogacía moderna*. Buenos Aires, Argentina: *Ad-Hoc*. 1997, p. 30.)

¹⁸ CAIVANO, Roque J. GOBBI, Marcelo. PADILLA, Roberto E. *Negociación Y Mediación: instrumentos apropiados para la abogacía moderna*. Buenos Aires, Argentina: *Ad-Hoc*. 1997, p. 30.

outras formas sobrecarregam o Poder Judiciário, tornando-o inócuo quando realmente necessário. Confira-se:

Es preciso, pues, recapacitar sobre el rol de os tribunales, no pensando que es el primer recurso para dirimir disputas, sino uno de los que podemos utilizar si resulta más conveniente que otros. Un cambio de mentalidad tal, importará atribuir al sistema adversarial publico su verdadera función social y revalorizar la capacidad de los individuos para resolver sus diferendos por médios más pacíficos, más econômicos y mas satisfactorios.¹⁹

Na mesma linha desse raciocínio Petronio Calmon critica o monopólio estatal da jurisdição, considerando um mito a crença de que somente a justiça estatal garantirá a preservação do princípio do devido processo legal e sempre fornecerá as partes um juiz respeitável e compassivo que analisará cada caso e dará uma decisão correta e justa para satisfazer os interesses e necessidades do indivíduo.²⁰

O quadro está aí e precisa, como afirmado, buscar solução, mormente nesse momento histórico, que clama do Direito, da Constituição e da Cidadania, contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio. É preciso, pois, que o estudioso e o pesquisador do direito, em particular do direito processual civil e direito constitucional reflita sobre temas como os Métodos alternativos de solução de conflitos de interesses, em especial, no presente caso, a Mediação, numa perspectiva de uma Justiça Mediática e Preventiva na contemporaneidade como paradigmas de resolução de conflitos de interesses, ampliando o acesso à justiça, para que se possa melhorar a sua efetividade, auxiliando-se, também, na redução de demandas, bem como favorecendo a diminuição do tempo para a resolução dos processos que tramitam no Poder Judiciário. É o que se passa a fazer.

3 MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS DE INTERESSES

A expressão Métodos Alternativos de Solução de Conflitos – MASC é derivada do direito norte-americano. Promana ela da tradução da locução *Alternative Dispute Resolution* – ADR, representando quaisquer mecanismos para solução dos conflitos de interesses que se diferenciem do processo judicial. São também conhecidos por Métodos não Adversariais de Solução de Conflitos, tendo em vista a litigiosidade presente na justiça formal.²¹

¹⁹ Ibidem. p. 43.

²⁰ CALMON, Petronio. *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*. 2. ed. Brasília: Gazeta Jurídica. 2013, p. 34-35.

²¹ SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Solução de controvérsias: Métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados. In: SALLES, Carlos Alberto de. LORENCINI, Marco Antônio

Marinés Suares explica que existem diferentes formas de resolução de conflitos de interesses, as quais podem ser distinguidas por sua maior ou menor formalidade. A referida autora afirma que os métodos menos formais, geralmente possuem as seguintes características: o fato de ocorrerem entre pessoas com maiores laços de relacionamento afetivos ou sociais, como entre familiares, grupos de amigos ou de trabalho; não possuem regras pré-estabelecidas para as formas de condução dos conflitos; ausência de terceiros que desejem ajudar voluntariamente no processo de resolução e não ser oneroso.²²

Necessário observar que a idéia de Métodos alternativos de solução de conflitos de interesses não se identifica com a substituição definitiva do processo judicial, mas na atuação concorrente de outros métodos tão ou mais eficazes quanto este – conforme o tipo de conflito de interesses. Como bem observa Maria de Nazareth Serpa, a escolha do método deverá atender as necessidades e especificidades de cada caso, e para explicar esse seu entendimento dá o seguinte exemplo:

[...] a questão a ser resolvida numa disputa sobre responsabilidade civil concentra-se no valor a ser atribuído a um dano. Poucos são os recursos objetivos existentes para uma decisão. As partes concordam com a substancia da resolução mas equilibram-se em poder quanto a um valor específico. Os métodos voluntários que sofrem interferência de terceiros serão evidentemente os mais indicados e aquele que oferecer uma decisão que sujeite as partes será mais eficiente. Nesse caso a arbitragem é mais indicada do que a mediação, porque não está mais pautada no poder das partes e, sim, no poder conferido pelas partes ao terceiro interventor. O trabalho para ADR se situa na escolha e aplicação de um desses métodos para um caso concreto.²³

Com as ADRs, portanto, não se pretende equiparar ou substituir o processo judicial, mas, sim, contribuir para a pacificação social e, conseqüentemente, dar às pessoas um maior e melhor acesso à justiça.

Ao tratar do tema, supondo a criação de um Sistema Multiportas brasileiro, como sugerido a princípio por Frank Sander, Humberto Dalla Bernardina de Pinho adverte quanto a adequada aplicação dos Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos:

Mais uma vez ressalto, a questão não é de divisão ou repartição de competências entre adjudicação e mecanismos de ADR's, e muito menos de

Garcia Lopes. SILVA, Paulo Eduardo Alves da. [coordenadores]. *Negociação, mediação e arbitragem: curso básico para programas de graduação em Direito*. São Paulo: Método. 2012. p. 4.

²² SUÁREZ, Marinés. *Mediación: conducción de disputas, comunicación y técnicas*. 1 ed. 3. reimp. Buenos Aires: Paidós. 2002, p. 42.

²³ SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da Mediação de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1999, p. 76.

utilização generalizadas de formas de solução alternativas, mas sim de combinação, mediante um racional e efetivo processo de triagem, no qual todos os jurisdicionados têm muito a ganhar.²⁴

Em verdade, a jurisdição e o processo judicial são inerentes ao Estado moderno, referenciado pelos doutrinadores como o método formal, centrado no Estado, no caso ao Estado-Juiz, pelo qual as partes obtêm uma decisão vinculativa e fundamentada no Direito; porém, atente-se que este não foi o primeiro meio ou método a ser utilizado, até então muitos outros mecanismos foram utilizados para solução de conflitos no decorrer da história, como a Arbitragem, a Conciliação e a Mediação.²⁵

A Arbitragem, por exemplo, já era utilizada desde a Grécia e Roma antigas, existindo registros históricos de Tratados entre Cidades-Estados estipulando o uso da mesma e, assim, os particulares socorriam-se a um terceiro de sua inteira *confiança* para dirimir seus conflitos de interesses.²⁶ Entende-se a Arbitragem, para fins do Direito brasileiro, como um método de solução de conflitos de interesses, heterocompositivo, adversarial, em que as pessoas, capazes de contratar, em conflitos de interesses, relativos a direitos patrimoniais, escolhem, de mútuo acordo, um terceiro, de confiança delas, que tem o poder de emitir uma decisão, resolvendo o conflito de interesses.

A Arbitragem, no contexto do Direito brasileiro, no momento presente, não é obrigatória, sendo facultativa, até mesmo, dado o seu caráter, quanto a sua instituição, contratual. A arbitragem, na roupagem atual, vem normatizada pela Lei federal n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Na época, com o novo tratamento dado e com as inovações trazidas, acreditava-se que viesse ocorrer um descongestionamento no âmbito do Poder Judiciário. Mas, com o passar dos dias o que se constata é que a Arbitragem não tem atingido o sucesso e fins almejados.

Relegados, em segundo plano, em decorrência das vantagens prometidas pelo processo judicial, os Métodos Não Adversariais de Resolução de Conflitos de interesses foram suscitados por Frank Sander, professor da Universidade de Harvard, em 1976, quando

²⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Mediação: A redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos. In: *Acesso à justiça: efetividade do processo*. Geraldo Luiz Mascarenhas do Prado [coordenador]. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005. p. 124.

²⁵ SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da Mediação de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1999, p. 20.

²⁶ CAHALI, José Francisco. *Curso de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 29-30.

utilizou-se da expressão *Alternative Dispute Resolutions* na *Pound Conference* promovida em Mineápolis/EUA.²⁷

Daniela Monteiro Gaby explica, de forma minuciosa, como se deu o interesse norte-americano pelas ADRs, o desenvolvimento e aplicação de outros instrumentos para resolução de conflitos de interesses. Confira-se:

A década de 1970 foi marcada por um grande interesse em relação aos chamados meios alternativos de solução de conflitos, em substituição à litigância judicial. [...] Uma força tarefa foi mobilizada após esta conferência, estimulada pela visão de Frank Sander de que a Corte deve ser um centro de solução de conflitos aonde a parte chega com o seu problema, e, passando por uma triagem, é direcionada ao processo mais adequado ao seu tipo de caso. Foram investidos recursos públicos em projetos piloto de mediação e arbitragem, com o apoio da Associação dos Advogados ao sistema multiportas.

Em 1980 [...] a indústria de seguros passou a pesquisar formas de se reduzir os custos de litigância para as partes, e teve início certa medida de institucionalização de práticas de solução de conflitos alternativas ao Judiciário no mundo dos negócios.

Já no final dos anos 1990, o foco mudou da experimentação e dos projetos piloto para a efetiva institucionalização dos meios alternativos de solução de conflitos, e isso se deu principalmente no âmbito do Judiciário. [...] Tanto as Cortes passaram a oferecer mais esses serviços, como as partes passaram a demandá-los mais de seus advogados. Pressões desses dois lados fizeram com que os operadores do direito tivessem que aprender a utilizar estas novas ferramentas para lidar com o maior número e complexidade dos conflitos.²⁸

A partir da década de 1990 várias conferências, estudos e pesquisas foram realizados nos EUA a respeito dos Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos de Interesses, e, mais especificamente, no ano de 1998, entrou em vigor o *Alternative Dispute Resolution Act*, que reconheceu as ADRs como parte da política nacional de administração judicial nos EUA, exigindo-se que cada Distrito criasse o seu próprio Programa de Meios Alternativos de Resolução de Conflitos.²⁹

E, desde então, vários outros países passaram a estudar a melhor forma de inserir em seu contexto os Meios alternativos de solução de conflitos e implantar as ADRs como parte de uma Política Nacional; dentre estes métodos encontra-se a Mediação, objeto deste estudo.

²⁷ SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Solução de controvérsias: Métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados. In: SALLES, Carlos Alberto de. LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. SILVA, Paulo Eduardo Alves da. [coordenadores]. *Negociação, mediação e arbitragem: curso básico para programas de graduação em Direito*. São Paulo: Método. 2012. p. 4.

²⁸ GABAY, Daniela Monteiro. *Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário*. Ada Pelegrini Grinover e Kazuo Watanabe [coordenadores]. Brasília: Gazeta Jurídica. 2013, p. 128/129.

²⁹ *Ibidem*, p. 131/132.

Destaca-se que, no Brasil, a Conciliação e a Arbitragem ocuparam espaço nos Códigos e Constituições desde o Império. Em alguns momentos com mais destaque, em outros menos, mas, ainda, manifestavam-se de forma muito acanhada até a década de 1990.

A Conciliação, por exemplo, sofreu retrocessos no decorrer da história brasileira e, atualmente, é utilizada, preponderantemente, na via endoprocessual, consoante se pode ver da redação dos arts. 125, in. IV, 277 e §§, 278, 331 e §§, 447, 448, 449, 475-N, inc. III, e 740, todos do Código de Processo Civil de 1973. Registre-se que os conciliadores, na grande maioria dos casos, não tem o devido e necessário preparo para manejar as técnicas da tentativa de Conciliação, a fim de que se possa ter um resultado plenamente satisfatório. O que se observa é que a tentativa de Conciliação, nos casos concretos, na grande maioria de processos judiciais, tem mais um rito de passagem, não alcançando os objetivos almejados.

As experiências com a Conciliação e Arbitragem, no Brasil, permitiram mais uma constatação: a falta de conhecimento não só desses institutos, mas, também, de seu conteúdo, o que se tem constituído como um dos fatores para a sua não utilização, levando-se, por esse motivo, a contribuir para o agravamento da crise do Poder Judiciário. Visualiza-se que os Cursos de Direito de muitas instituições de ensino, não preparam ou pouco preparam os futuros profissionais jurídicos a utilizarem os métodos não-adversariais e suas técnicas, fazendo com que os estudantes estejam focados durante toda a graduação para o combate no litigioso. Predomina nos ambientes universitários a cultura do litígio, do contencioso. Conseqüência desse fato é que quando colam grau e adentram em uma das profissões jurídicas, não conhecem outras formas de resolução de conflitos de interesses para apresentarem aos seus clientes, prováveis demandantes.

Em uma tentativa de fomentar os métodos não-adversariais, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010, a qual tem por finalidade primordial instaurar uma Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, trazendo a baila a Conciliação e a Mediação, como instrumentos capazes de contribuir para a melhoria do Poder Judiciário e do convívio social.

Destaque-se, positivamente, que o art. 5º da Resolução n. 125/2010, do CNJ, prevê a criação de uma rede constituída pela união de todos os órgãos do Poder Judiciário, entidades públicas e privadas parceiras, universidades e instituições de ensino em prol do fomento e disseminação dos Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos.

4 MEDIAÇÃO COMO MÉTODO DE PACIFICAÇÃO SOCIAL NESTE MILÊNIO

A Mediação é um método de resolução de conflitos de interesses em que as pessoas que integram essa relação jurídica litigiosa, de forma voluntária e consensualmente, utilizam dessa técnica, em conjunto, por meio do diálogo, para tentar alcançar uma solução para por fim ao conflito de interesses, a qual deverá ser satisfatória a todos os mediandos. Exige-se a presença de um *terceiro*, que apenas as auxiliará no desenvolvimento da utilização deste método. Esse terceiro não deve ter qualquer poder de ingerência ou interesse sobre a decisão das pessoas. Ele deverá atuar como um auxiliar, um facilitador, promovendo, inicialmente, o restabelecimento da comunicação entre elas, a fim de que elas possam construir, em conjunto, uma solução que atendam aos interesses de ambas. É um método amigável, consensual. Por isso se afirma, método não-adversarial.

Segundo Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, e Cândido Rangel Dinamarco, “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 o conflito*, surgindo o acordo como mera conseqüência. Trata-se mais de uma diferença de método, mas o resultado acaba sendo o mesmo”³⁰.

Segundo Jay Folberg e Alison Taylor o conceito de Mediação não pode ser restritivo, uma vez que permite uma diversidade de técnicas e formas de procedimento. Assim, conceituam a Mediação por meio de seu desenvolvimento histórico, buscando compreender o que é e o que não pode ser Mediação. Confira-se:

La mediación es una alternativa a la violencia, la auto-ayuda o el litigio, que difiere de los procesos de counseling, negociación y arbitraje. Es posible definirla como el proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aislan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas, y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades. La mediación es un proceso que hace hincapié en la propia responsabilidad de los participantes de tomar decisiones que influyen en sus vidas. Por lo tanto, constituye un proceso que confiere autoridad sobre si misma a cada una de las partes.³¹

³⁰ ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 30. ed. revista, atualizada e aumentada. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 47.

³¹ Tradução livre: A mediação é uma alternativa a violência, a auto-ajuda ou ao litígio, que diferencia-se dos processos de aconselhamento, negociação ou arbitragem. É possível defini-la como o processo mediante o qual os participantes, junto com a assistência de uma pessoa ou pessoas neutras, falam sistematicamente das causas do conflito com o objetivo de encontrar opções, considerar alternativas e chegar acordo mútuo que se encaixe a

A Mediação, em termos de classificação, deve ser considerada um *método autocompositivo*, pois embora exista a intervenção de um terceiro não se lhe permite designar os termos do acordo ou transação a ser firmado entre as pessoas. Para Walsir Edson Rodrigues Júnior a Mediação:

É um processo informal de resolução de conflitos, em que um terceiro, imparcial e neutro, sem o poder de decisão, assiste às partes, para que a comunicação seja estabelecida e os interesses preservados, visando ao estabelecimento de um acordo. Na verdade, na mediação, as partes são guiadas por um terceiro (mediador) que não influenciará no resultado final. O mediador, sem decidir ou influenciar na decisão das partes ajuda na identificação e articulação das questões essenciais que devem ser resolvidas durante o processo.³²

Cumprido ressaltar que diferentemente da jurisdição contenciosa, que se desincumbe de sua função ao resolver o mérito, por meio de uma sentença, seja eficaz ou não, satisfatória ou não, a Mediação pretende solucionar verdadeiramente o conflito de interesses por intermédio do diálogo, levando as pessoas a encontrarem, em conjunto, a solução mais satisfatória para ambas, sem perder o foco na continuidade do relacionamento.

Segundo Lília Maia de Moraes Sales os objetivos da Mediação resumem-se na solução de conflitos, prevenção de conflitos, inclusão social e paz social.³³

Em primeiro lugar, a Mediação como solucionadora de conflitos de interesses leva em consideração o conflito jurídico intersubjetivo³⁴, frisando-se que não se trata do conflito expresso, na forma de uma posição delineada na petição inicial, como ocorre em um processo judicial, no qual o Magistrado deve ficar restrito ao que consta dos autos do processo. Daí a máxima “o que não está nos autos do processo, não existe no mundo”. No caso da Mediação,

suas necessidades. A mediação é um processo que enfatiza a própria responsabilidade dos participantes de tomar decisões que influenciam em suas vidas. Portanto, constitui um processo que confere autoridade sobre si mesma a cada uma das partes. (FOLBERG, Jay. TAYLOR, Alison. *Mediación: Resolución de conflictos sin litigio*. Banderas, México: Limusa. 1997, p. 27.)

³² RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *A prática da mediação e o acesso à justiça*. Belo Horizonte: Del Rey. 2007, p. 50.

³³ SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e Mediação de Conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey. 2004, p. 27-34.

³⁴ Célia Regina Zapparolli diferencia as dimensões do conflito separando-as em conflito, disputa, problema, demanda ou crise: “A disputa, portanto, é uma dimensão do conflito intersubjetivo. O conflito intersubjetivo é mais amplo do que as disputas; ele as engloba. Caso nos limitemos a dirimir disputas – o que podemos ilustrar mediante um caso de separação, por exemplo -, é possível que nem sequer atinjamos parte relevante do conflito que também pode envolver outros aspectos mais amplos – como a falta escuta recíproca, interferência familiar, violências etc. E, assim, ao abordarmos porção do conflito sem atingirmos a sua globalidade, possivelmente novas disputas ou a própria disputa potencializada pode emergir no futuro.” (ZAPPAROLLI, Célia Regina. Procurando entender as partes nos meios de resolução pacífica de conflitos, prevenção e gestão de crises. p. 29. In SALLES, Carlos Alberto de. LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. SILVA, Paulo Eduardo Alves da. [coordenadores]. *Negociação, mediação e arbitragem: curso básico para programas de graduação em Direito*. São Paulo: Método. 2012.)

devem ser abordados todos os meandros do conflito de interesses, até mesmo sentimentos e causas que não são expressas pela pessoa, as quais terão a chance de ser exteriorizadas, desde que se faça de forma respeitosa, levando cada uma delas a compreenderem as origens do conflito de interesses e a necessidade de se alcançar uma solução justa para todas as partes.

Para Álcala Zamorra Y Castilho o processo judicial muitas vezes é lento e custoso além de não alcançar o fim a que se destina – resolver satisfatória e definitivamente o conflito de interesses – em virtude de defeitos procedimentais, fazendo com que as partes desejam abandoná-lo assim que possível, além de que aborda o conflito de interesses como se fosse um fenômeno jurídico, tratando exclusivamente dos interesses tutelados, excluindo as faces do conflito que são tão importantes quanto ou até mais relevantes do que aqueles tutelados pelo processo.³⁵

Ainda, a Mediação também deverá ser um mecanismo de prevenção de futuros conflitos de interesses, pois além de proporcionar às partes confiança em si mesmas para dialogarem durante a Mediação, estas permanecerão convictas de que o diálogo é um remédio para a má-administração de qualquer conflito de interesses. Com efeito, surgindo outra situação conflituosa entre elas, o primeiro passo será dialogar e buscar uma solução justa.

Não deixa a Mediação de ser um fator de inclusão social. Pode, assim, ser considerada em virtude de que a Mediação possibilita maior reflexão quanto a direitos e deveres e, conseqüentemente, leva a pessoa a envolver-se com questões sociais.³⁶

Adolfo Braga e Lia Regina Castaldi Sampaio ressaltam dentre as características gerais da Mediação, a possibilidade da multidisciplinaridade entre as mais diversas áreas do conhecimento, uma vez que a atividade pode ser exercida por profissionais de diferentes áreas do conhecimento ou distintos saberes, os quais poderão compartilhar de seus conhecimentos e enriquecer o procedimento trabalhando áreas do conflito de interesses que um profissional, isoladamente, não conseguiria alcançar.³⁷

³⁵ ZAMORRA Y CASTILHO, Álcala. *Proceso, autocomposição e autodefesa*. Cidade do México: Universidad Autónoma Nacional de México. 1991, p. 238 *apud in* AZEVEDO, André Gomma [organizador]. *Manual de Mediação Judicial*. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. 2013, p. 45.

³⁶ SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e Mediação de Conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey. 2004, p. 27-34.

³⁷ BRAGA, Adolfo Neto. *Mediação de conflitos: conceito e técnicas*. In: SALLES, Carlos Alberto de. LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. SILVA, Paulo Eduardo Alves da. [coordenadores]. *Negociação, mediação e arbitragem: curso básico para programas de graduação em Direito*. São Paulo: Método. 2012. p. 110.

Embora não exista um consenso quanto as técnicas a serem utilizadas pela Mediação, observa-se que existem princípios que lhe são peculiares e que devem estar presentes em quaisquer dos procedimentos adotados a fim de se preservar a natureza da Mediação.

Deste modo, a conduta do mediador deve ser norteadada por princípios fundamentais que devem estar presentes em qualquer modalidade de Mediação, segundo o Anexo III, art. 1º, da Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Devem ser respeitados, no desenvolvimento da Mediação, os seguintes princípios: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação.

Na sequência, segundo, ainda, a Resolução do Conselho Nacional de Justiça, no artigo já referenciado observa-se o significado dos princípios elencados, incumbindo ao mediador, no exercício de suas atividades, manter o sigilo sobre todas as informações oriundas do processo de mediação; manter os mediandos informados a respeito de seus direitos e de todo o contexto fático a que estão envolvidos; qualificar-se por meio de curso específico fornecido pelos Tribunais em parceria com o CNJ; atuar sem favoritismo, preferência ou preconceito; atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa; redigir acordo nos termos da lei e que seja passível de execução, zelando pela ordem pública; estimular as partes resolverem futuros conflitos de interesses por meios autocompositivos e a concederem atenção e respeito de forma recíproca.

Assim, a atuação do mediador deve estar sempre permeada pela ética, não podendo abusar da confiança que lhe é depositada para manipular algum resultado no desenvolvimento da Mediação, conforme explica José Maria Rossani Garcez:

As partes, assim auxiliadas, são as autoras das decisões e o mediador apenas as aproxima e faz com que possam melhor compreender as circunstâncias do problema existente e a aliviar-se das pressões irracionais e do nível emocional elevado, que lhes embaraça a visão realista do conflito, impossibilitando uma análise equilibrada e afastando a possibilidade de acordo.³⁸

Necessário esclarecer que cabe as partes decidirem quanto a força executiva do acordo, podendo ser submetido a homologação judicial, nos termos do art. 475-N, incs. III e V, do CPC/1973, ou a assinatura das partes e de duas testemunhas, conforme previsão do art.

³⁸ GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem*. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2003, p. 35.

585, inc. II, do CPC/1973, dando maior credibilidade ao método, porquanto a pessoa do credor terá em mãos um título executivo, judicial ou extrajudicial, dependendo do caso.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Utilizada nos primórdios da sociedade como instrumento de resolução de conflitos de interesses, a Mediação ressurge revestindo-se de ares pós-moderno, transdisciplinar e abrangente para resolução de conflitos de interesses, propondo-se a autocomposição e restauração da relação jurídica rompida ou estremecida pelo conflito de interesses.

O instituto da Mediação carece de ser manejado segundo os critérios próprios de sua atuação, concebidos por órgãos reguladores da justiça sem que, com isso, ocorra perda de sua capacidade autônoma; também a capacitação eficiente de mediadores é fator preponderante na criação de uma cultura autocompositiva para solução de conflitos de interesses com reflexos relevantes seja na diminuição do volume das demandas judiciais, seja na própria qualidade dos serviços prestados pelo Poder Judiciário e, portanto, do atendimento cabal às aspirações daqueles que deles venham a se socorrer.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL. *Atlas de acesso à justiça: Indicadores Nacionais de Acesso à justiça*. Brasília: Ministério da Justiça. 2013.

BRASIL. *Justiça em números*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça. 2014.

AZEVEDO, André Gomma [organizador]. *Manual de Mediação Judicial*. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. 2013.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: resolução CNJ 125/2010: mediação e conciliação*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012.

CAIVANO, Roque J. GOBBI, Marcelo. PADILLA, Roberto E. *Negociación Y Mediación: instrumentos apropiados para la abogacía moderna*. Buenos Aires, Argentina: *Ad-Hoc*. 1997.

CALMON, Petronio. *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*. 2. ed. Brasília: Gazeta Jurídica. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina. 6. ed. 2002.

- CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracei Northfleet. Porto Alegre, Fabris. 1988.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 30. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Malheiros. 2014.
- FOLBERG, Jay. TAYLOR, Alison. *Mediación: Resolución de conflictos sin litigio*. Banderas, México: Limusa. 1997.
- GABAY, Daniela Monteiro. *Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário*. Ada Pelegrini Grinover e Kazuo Watanabe [coordenadores]. Brasília: Gazeta Jurídica. 2013.
- GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem*. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2003.
- MILIA, Fernando A. *El conflicto extajudicial: Mediación, Arbitraje, Negociación*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni. 1997.
- PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas do. [coordenador]. *Acesso à justiça: efetividade do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.
- ROBERT, Cinthia. SÉGUIN, Elida. *Direitos Humanos, acesso à justiça: um olhar da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Forense. 2000.
- RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *A prática da mediação e o acesso à justiça*. Belo Horizonte: Del Rey. 2007.
- SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e Mediação de Conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey. 2004.
- SALLES, Carlos Alberto de. LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. SILVA, Paulo Eduardo Alves da. [coordenadores]. *Negociação, mediação e arbitragem: curso básico para programas de graduação em Direito*. São Paulo: Método. 2012.
- SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da Mediação de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1999.
- SOARES, Fabio Costa [organizador]. *Acesso à justiça: segunda série*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004.
- SUÁREZ, Marinés. *Mediación: conducción de disputas, comunicación y técnicas*. 1. ed. 3. reimp. Buenos Aires: Paidós. 2002.