



MEDIAÇÃO – UMA NOVA FACE DO ACESSO À JUSTIÇA

Abel Rafael Soares¹

RESUMO

Os métodos alternativos de resolução de conflitos (conciliação, arbitragem e mediação) se constituem em aliado da jurisdição estatal, na medida em que contribuem para a pacificação de conflitos, restabelecendo a paz social. A jurisdição ainda mantém traços no sentido de que é a única detentora do poder de dizer o direito, fazer justiça, dando a cada cidadão o que lhe é de direito, porém, devido ao avanço dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, o acesso à justiça não se limita tão somente à jurisdição. O surgimento da quarta onda renovatória, marcada pela efetividade dos direitos processuais, segundo a qual a jurisdição, embora seja a principal porta de entrada para a composição dos litígios, muitas das vezes não é capaz de dar solução adequada a determinados conflitos, abrindo espaço para meios alternativos, nos quais o cidadão poderá obter reconhecimento do seu direito com a mesma eficácia do proferido pela Jurisdição, sem se submeter ao rigor, custo e morosidade da Jurisdição Estatal. Há pontos de resistência que dificultam a aceitação da mediação como forma alternativa de se resolver conflitos que consiste na desinformação da sociedade sobre sua potencialidade, seus limites e conseqüências jurídicas, bem como a percepção social de que falta à figura do mediador autoridade semelhante àquela atribuída ao juiz. A falta de normatização e sistematização se caracterizam como uma barreira institucional que contribui para que a sociedade brasileira resista em aceitar a mediação como meio alternativo de resolução de conflitos. Contudo, a mediação possui sua importância, cujas maiores contribuições são: desafogar o sistema judiciário, ampliação da base de acesso à justiça e; incutir mudanças na cultura da sociedade, no sentido de que não só a jurisdição, mas também outros meios alternativos são métodos efetivos de acesso à justiça, pacificando os litígios.

Palavras-chave: Acesso à justiça; contribuição; garantias constitucionais; mediação; resistência.

ABSTRACT

Alternative methods of dispute resolution (conciliation, arbitration and mediation) constitute ally of state jurisdiction, insofar as they contribute to the pacification of conflicts, restoring social peace. The court still retains traces in the sense that it is the sole holder of the power to say the right, to do justice, giving each citizen what he is right, however, due to the advancement of constitutional principles and fundamental rights, access to justice is not limited solely to the jurisdiction. The emergence of the fourth wave renewals, marked by the effectiveness of procedural rights, according to which the jurisdiction, although it is the main gateway to the settlement of disputes, often is not able to give proper solution to certain conflicts, making room for alternative ways in which citizens can obtain recognition of their right to the same efficacy as delivered by Jurisdiction, without submitting to the accuracy, cost and

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Estácio de Sá, na linha de pesquisa Acesso à justiça e efetividade do processo. Advogado. E-mail- rafa.soares@uol.com.br.

slowness of State Jurisdiction. There are strongholds that hinder the acceptance of mediation as an alternative way to solve conflicts which consists of disinformation society about its potential, its limits and legal consequences as well as the social perception that lack the authority figure of the mediator similar to that attributed to Judge. The lack of standardization and systematization characterized as an institutional barrier that helps to resist that Brazilian society to accept mediation as an alternative means of conflict resolution. However, mediation has its importance, whose major contributions are: relieve the judicial system, broadening the base of and access to justice; instill cultural changes in society, in the sense that not only the jurisdiction but also other alternative methods are effective access to justice, pacifying disputes.

Key-words: Access to justice; constitutional guarantees; contribution; mediation; resistance.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Este ensaio tem por propósito demonstrar as diversas formas de pacificação dos conflitos em colaboração à milenar jurisdição estatal que, em muitas oportunidades, devido à falta de aparelhamento adequado, as partes não conseguem obter a prestação jurisdicional justa e adequada ao caso concreto submetido ao Estado. Os chamados Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos (Conciliação, Arbitragem e Mediação), largamente usados na Europa e América do Norte, vêm se constituindo em grande aliado da jurisdição estatal, na medida em que contribuem efetivamente para a pacificação de inúmeros conflitos, restabelecendo assim a paz social. A mediação, uma das espécies de método alternativo de resolução de conflitos, vem tomando corpo no Brasil, onde se verifica que Tribunais de Justiça de diversos Estados da Federação vêm introduzindo em suas estruturas setores de mediação de conflitos como, por exemplo, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a despeito de ainda não dispormos de lei específica incorporada no nosso ordenamento jurídico existindo, entretanto, Projeto de Lei em andamento no Congresso Nacional, como será comentado ao longo desse ensaio.

A metodologia será a dedutiva e a divisão do presente trabalho será em cinco partes; uma abordagem sobre a Jurisdição e sua função, jurisdição estatal e os direitos fundamentais eis que, modernamente, o juiz não pode decidir aplicando a lei simplesmente, sendo indispensável sua subordinação aos princípios Constitucionais e aos direitos fundamentais da pessoa humana, sem o que as decisões jurisdicionais estarão revestidas de inconstitucionalidade. Abordaremos

também a questão do acesso à Justiça como um direito social básico, finalizaremos com uma ampliação sucinta do instituto da Mediação, e conclusão.

1. JURISDIÇÃO

A jurisdição, apesar das constantes evoluções, especialmente com o advento da CRFB/88, ainda mantém fortes traços no sentido de que é o único detentor do poder de dizer o direito, fazer justiça e assim restabelecer a paz social, dando a cada cidadão o que lhe é de direito. A teoria de Chiovenda, segundo a qual “jurisdição é a função estatal que tem por finalidade a atuação da vontade concreta da lei, substituindo a atividade do particular pela intervenção do Estado;² e a de que o juiz cria a norma individual para o caso concreto, ensejando a justa composição da lide, na teoria de Carnelutti³, somente se sustentaram à época do Estado Legislativo. Tais teorias não mais se sustentam diante do Estado Constitucional moderno, tendo em vista o princípio da subordinação da lei à Constituição, ou seja, aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais, constituindo verdadeira transformação nas concepções de direito e de jurisdição.

Devido aos avanços dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, o acesso à justiça não se limita tão somente à jurisdição, na medida em que esta nem sempre é capaz de garantir a efetividade de suas decisões em face de determinados tipos de litígios, permitindo considerável presença dos meios alternativos de solução de conflitos como mecanismo de legitimação de acesso à justiça. Imagine-se, a título de exemplo, uma contenda entre vizinhos surgida a partir de uma discussão, na qual a ofensa cometida por um deles foi suficiente para o ensejo de pedido de danos morais. Neste caso, e em muitos outros semelhantes, a Mediação afigura-se como mecanismo alternativo mais adequado na busca da solução para o conflito, tendo em vista sua comprovada eficácia nas áreas do direito patrimonial e familiar, onde o nível emocional impede que as partes se componham ou façam um acordo diretamente. Nesse sentido, o Professor José Maria Rossani Garcez:

² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. V.I. Trad. Capitano. Campinas: Bookseller, 2009, pp. 59-60.

³ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. V. 1, Padova: Cedam, 1936, p. 40.

a mediação terá lugar quando, devido à natureza do impasse, que seja por suas características ou pelo nível de envolvimento emocional das partes, fica bloqueada a negociação, que assim, na prática, permanece inibida ou impedida de se realizar.⁴

Compreendido isto, passaremos a análise da jurisdição garantista e da pacificadora.

1.1 Jurisdição garantista e pacificadora e a terceira onda

As ondas renovatórias do direito processual sistematizado por Mauro Cappelletti⁵, tais como: a assistência judiciária para os pobres (primeira onda), a representação dos interesses difusos (segunda onda), acesso à representação em juízo como concepção mais ampla de acesso a justiça (terceira onda), não foram suficientes para garantir satisfatoriamente o acesso à justiça. Cappelletti, citado pelo professor Humberto Dalla⁶, já reconheceu que os esforços organizados sob a égide da “Terceira Onda” devem ser levados a efeito fora do circuito jurisdicional, que há diversas formas para a concretização dos processos de heterocomposição, a arbitragem, conciliação e a mediação.

Seguindo o modelo elaborado por Cappelletti, tem-se como consequência o surgimento da quarta onda renovatória, marcada pela efetividade dos direitos processuais, segundo a qual a jurisdição, embora seja a principal porta de entrada para a composição dos litígios, muitas das vezes não é capaz de dar solução adequada a determinados tipos de conflitos⁷, abrindo espaço para outros meios alternativos de busca de solução e pacificação de litígios, garantindo às partes pleno acesso à justiça.

⁴ GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e arbitragem*. 2ªed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 35.

⁵ CAPPELLETTI, Mauro E.T.; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, pp. 31-67.

⁶ CAPPELLETTI, Mauro E. T. *Apud* PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 60.

⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardino de. Mecanismos de Solução Alternativa de Conflitos: Algumas considerações introdutórias. In. *Revista Dialética de Direito Processual*, vol. 17, São Paulo: Oliveira Rocha, 2004, pp. 09-14.

O Projeto do novo Código de Processo Civil, cujos pontos fundamentais estão sendo discutidos na Câmara Federal, privilegia a simplicidade da linguagem e da ação processual, a celeridade do processo e a efetividade das decisões judiciais. Prestigia ainda o princípio da segurança jurídica, porque fundamentado no estado democrático de direito, visando a proteção e a preservação das justas expectativas da sociedade. Conforme o Art. 15 do projeto do novo Código de Processo Civil, “A jurisdição civil é exercida pelos juízes em todo o território nacional, conforme as disposições deste Código”⁸

O Estado Moderno está estritamente relacionado ao que Montesquieu⁹ descreve em sua obra “*O Espírito das Leis*”, estabelecendo a separação dos poderes do Estado. Modernamente, o poder é compreendido como expressão da soberania estatal, uno e indivisível. Na doutrina contemporânea, “separação de poderes” é concebida como divisão funcional de poderes, que compreende as funções legislativa, administrativa e jurisdicional”¹⁰

Ao se examinar a Constituição da República Federativa do Brasil, CRFB/88, é de se constatar que a função jurisdicional é exercida preponderantemente pelos órgãos poder judiciário¹¹, mas não exclusivamente. O direito positivo também outorga ao poder legislativo, pequena parcela da função jurisdicional¹², o que não se estende ao poder executivo. Pelo critério da preponderância, pequena parcela da função legislativa é exercida pelo poder executivo e pelo poder judiciário, conforme podemos confirmar com a leitura dos artigos 62¹³, 68¹⁴ e 84, V¹⁵I da Constituição Federal.

⁸ PROJETO DO NOVO CPC. Disponível em: www.senado.gov.br. Acesso em 21/03/2012

⁹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 181.

¹⁰ PINHO. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. Op. cit., p. 61.

¹¹ Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

I - o Supremo Tribunal Federal;

I-A o Conselho Nacional de Justiça;

II - o Superior Tribunal de Justiça;

III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;

IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho;

V - os Tribunais e Juízes Eleitorais;

VI - os Tribunais e Juízes Militares;

VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

¹² EC 23/1999 e 45/2004

¹³ Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

Já a Terceira Onda, defendida por Cappelletti¹⁶, trouxe um enfoque muito mais amplo de acesso à justiça, que vai além da assistência judiciária, da advocacia judicial ou extrajudicial como, por exemplo, a utilização dos instrumentos alternativos de resolução de conflitos. Assim, a sociedade passou a contar com outros meios alternativos de acesso à justiça (conciliação, arbitragem e mediação), onde o cidadão poderá obter o reconhecimento do seu direito com a mesma eficácia do proferido pela Jurisdição, sem se submeter ao rigor, custo e morosidade da Jurisdição Estatal, fatores que compõem a sua realidade.

Atualmente, não mais se admite a atividade jurisdicional divorciada dos princípios constitucionais, em especial, do acesso à justiça e da dignidade da pessoa humana, fatos que levaram o judiciário brasileiro a firmar um pacto com o objetivo de reduzir a morosidade dos processos judiciais e a baixa eficácia de suas decisões, a fim de evitar o retardamento do desenvolvimento nacional, o desestímulo dos investimentos e a inadimplência, resgatando assim a crença dos cidadãos no regime democrático¹⁷.

2. GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Defende Leonardo Greco¹⁸ que no Estado Democrático contemporâneo a eficácia dos direitos constitucionalmente assegurados resta a depender da garantia da tutela jurisdicional efetiva, posto que, sem ela, o titular do direito não dispõe da proteção necessária do Estado ao seu pleno gozo. A tutela jurisdicional efetiva representa não apenas uma garantia, mas, ela própria, um direito fundamental, cuja eficácia irrestrita é preciso assegurar, em respeito à dignidade da pessoa humana.

Aduz o Mestre, que o Direito Processual ao disciplinar o exercício da jurisdição através de princípios e regras confere ao processo a mais ampla

¹⁴ Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

¹⁵ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

¹⁶ CAPPELLETTI; GARTH. *Op. cit.*, pp. 67-73.

¹⁷ A dimensão do problema da morosidade da justice motivou a assinatura do Pacto de Estado em favor de um judiciário mais rápido e republicano pelos Presidentes de todos os Poderes. Publicado no D.O.U. nº 241, 16/12/2004, seção I, p. 08.

efetividade, com maior alcance prático e o menor custo na proteção concreta dos direitos dos cidadãos. A sua formação e desenvolvimento deve ser com absoluto respeito à dignidade humana de todos os cidadãos, notadamente das partes, de tal modo que a justiça do seu resultado esteja de antemão assegurada pela adoção das regras mais propícias à ampla e equilibrada participação dos interessados, à isenta e adequada cognição do juiz e à apuração da verdade objetiva sob a ótica de um meio justo para um fim justo. O processo judicial de solução de conflitos ou de administração de interesses privados se insere no universo mais amplo das relações entre o Estado e o cidadão, que no Estado de Direito Contemporâneo deve subordinar-se aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, consoante o disposto no artigo 37 da Constituição que, não sem razão, se refere a tais princípios como inerentes “a qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.¹⁹

Leonardo Greco²⁰, citando Mauro Cappelletti, assevera que foram a constitucionalização e a internacionalização dos direitos fundamentais, particularmente desenvolvidas na jurisprudência dos tribunais constitucionais e das instâncias supra-nacionais de Direitos Humanos, como a Corte Européia de Direitos Humanos, que revelaram o conteúdo da tutela jurisdicional efetiva como direito fundamental, minudenciado em uma série de regras mínimas a que se convencionou chamar de *garantias fundamentais do processo*, universalmente acolhidas em todos os países que instituem a dignidade da pessoa humana como um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Nesse estudo, verifica-se que o conjunto das garantias pode ser sintetizado como *devido processo legal*, adotada nas Emendas 5ª e 14ª da Constituição americana, ou *processo justo*, constante da Convenção Européia de Direitos Humanos e do recém reformado artigo 111 da Constituição italiana.

¹⁸ GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo*. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=429. Acesso em 15/03/2012.

¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denis. *Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil*. Apud COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie costituzionali e 'giusto processo' (modelli a confronto)*. In. *Revista de Processo*. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 23, Abr./Jun. 1998, n° 90, p. 95.

²⁰ GRECO. *Op. cit.*

A CRFB/88 consolidou o processo humanizado e garantístico principalmente nos incisos XXXV, LIV²¹ e LV²² do art. 5º, que consagram as garantias da inafastabilidade da tutela jurisdicional, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, sem falar nos da isonomia, da fundamentação das decisões e outros hoje expressamente reconhecidos em nossa Carta Magna.

3. ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à Justiça ainda não é possível para todos, porque grande parte da população sequer conhece seus direitos e nem possui meios de chegar ao Judiciário, considerando ser a instituição inacessível. Embora esteja inserido na Carta Magna como direito social básico, o acesso efetivo à Justiça ainda possui obstáculos a serem vencidos, como por exemplo, custas judiciais, possibilidade das partes, questões relacionadas aos interesses difusos, etc.

Tem-se como visão de acesso à justiça um sistema através do qual as pessoas possam reivindicar seus direitos e/ou resolver seus conflitos de interesse, com a finalidade de ser igualmente acessível a todos, produzindo resultados individualmente e socialmente de forma justa, não sendo, contudo, o que se observa da realidade do sistema judiciário brasileiro.

Nas sociedades modernas, o acesso efetivo à justiça se configura como um direito social básico, entretanto sua efetividade tem sido marcada por diferenças abissais que caracterizam as partes. A identificação dessas diferenças é fundamental para se afastar as barreiras ao acesso efetivo a justiça, muito embora, pela ótica da evolução histórica desse instituto, Jamais serão superados.

Como obstáculos a efetividade de acesso à justiça, tem-se primeiro o seu custo, onde os litigantes suportam boa parte das despesas atreladas a uma demanda, tais como custas judiciais em suas diversas espécies e ainda honorários de advogado.

As causas de menor valor são as mais sensíveis, as mais prejudicadas em razão das custas da sua demanda, na hipótese de o litígio vir a ser decidido por

²¹ LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

²² LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

processos judiciais formais, onde os custos podem superar o próprio valor atribuído à causa, no sistema brasileiro. Felizmente, a estrutura do judiciário brasileiro conta com os chamados juizados especiais, criados pela lei nº 9.099/95, que veio garantir maior efetividade ao acesso à Justiça.

O tempo, a demora na solução judicial de determinado conflito é também obstáculo ao acesso efetivo à justiça, fato que varia de país para país se levarmos em consideração efeitos deletérios como, por exemplo, a inflação crescente que acaba por forçar a desistência da parte ou de até mesmo de se aceitar acordo desvantajoso do ponto de vista econômico, tudo em razão da demora na prestação jurisdicional. A Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais verbera em seu artigo 6º, §1º que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de “um prazo razoável”²³ é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível.

Como asseveram os Professores Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.²⁴

Assevera o renomado mestre que o acesso à justiça não está mais adstrito apenas a via da jurisdição, mas também a modernas formas ou instrumentos paraprocessuais de incentivo à composição de litígios, dentre as quais se destacam a Mediação, que visa basicamente à solução dos conflitos ou das discórdias através da convergência entre os envolvidos, exercido por eles próprios, com a cooperação de uma terceira pessoa imparcial e isenta que os escuta, orienta e estimula, sem apresentar soluções, com o propósito de lhes permitir a prevenção ou solução de conflitos consensualmente.

4. MEDIAÇÃO

²³ LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME ET LES GARANTIES FONDAMENTALES DES PARTIES DANS LE PROCÈS CIVIL. In: *Fundamental Guarantees of the parties in civil litigation*, nº 1, p. 245.

²⁴CAPPELLETTI; GARTH. *Op. cit.*, p.12

A doutrina nacional e estrangeira traça diversos conceitos para definir o instituto da mediação. Para o Professor Humberto Dalla, mediação é compreendida como processo 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 a missão de decidir (nem a ele foi dada autorização para tanto). Ele apenas auxilia as partes na obtenção da solução consensual²⁵

As diversas formas alternativas de resolução de conflitos, (arbitragem, negociação, conciliação e mediação), são meios de acesso à justiça que refogem ao tradicionalismo da via da jurisdição, onde as partes realizam a pacificação dos interesses antagônicos mediante a participação de um terceiro isento, na hipótese da mediação, e fora das raias do judiciário ou mesmo incidentalmente a um processo litigioso em curso. Com isso, verifica-se que não há qualquer pretensão em se afastar o estado-juiz (jurisdição), posto que o conflito pode ser solucionado tanto por ela (jurisdição) quanto pelas vias alternativas, mas a proposta é a de promover e estimular esses mecanismos que são menos penosos e de menor custo de acesso à justiça, cujo procedimento também deve ser justo e com a observância do devido processo legal.

Humberto Dalla²⁶ discorre a classificação das vias alternativas de resolução de conflitos em puras (a negociação, a mediação e a arbitragem) e híbridas (no direito brasileiro, a conciliação, a transação penal, a remissão prevista no ECA, e termo de ajustamento de conduta celebrado pelo MP), e que as vias pelas quais os conflitos são resolvidos sem qualquer interferência jurisdicional denominam-se puras; e híbridas, quando em algum momento, mesmo que seja para efeitos de mera homologação, existe a participação da jurisdição.

As técnicas de Mediação de há muito vêm sendo utilizadas como instrumento de pacificação de conflitos, com destaque para referências bíblicas e documentos escritos da Grécia antiga e da China, conforme relata Humberto Dalla em sua obra:

²⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 479.

²⁶ *Ibidem*, p. 480

No caso da China, traça um quadro estatístico no qual destaca o longo histórico de uso da mediação por mais de 4.000 (quatro mil) anos, além do fato de existirem aproximadamente 10.000.000 (dez milhões) de mediadores no país enquanto só existem em torno de 110.000 (cento e dez mil) advogados, o que por si só mostra que a utilização do instituto é muito mais ampla do que restrita a litígios jurídicos.²⁷

Mediação, portanto, não se reveste em algo novo, esse meio alternativo de resolução de conflitos está incorporado no ordenamento jurídico de diversos países: Nos Estados Unidos da América do Norte (EUA) os chamados ADR – “*Alternative Dispute Resolution*”, na república Argentina identificados como meios de R.A.C – “*Resolución Alternativa de Conflictos*”, no Brasil são chamados de MASC – “*Meios Alternativos de Solução de Conflitos*”.

No Brasil, tramita a mais de dez anos no Congresso Nacional o Projeto de Lei 94/2002, originário do Projeto de Lei nº 4.827/1998, de autoria do Deputado Zulaiê Cobra (PSDB/SP), tendo por último o Senador Cristovam Buarque solicitado referido Projeto para consulta em 08/08/2007, sendo que, até presente data²⁸ (13/03/2012), não mais se verifica qualquer movimento nas casas legislativas (Câmara e Senado).

Por não estar positivada no ordenamento jurídico brasileiro, a mediação se fundamenta em princípios emanados do Código de Ética do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem – CONIMA, e outros organismos de abrangência nacional que se encarregam de dar publicidade a esse importante instituto, tais como: IMAB – Instituto de Arbitragem do Brasil, MEDIARE – Centro Administração de Conflitos, e o CBMA – Centro, fundado em Brasileiro de Mediação e Arbitragem.

A mediação assume as modalidades passiva ou ativa²⁹. No direito brasileiro é adotada a modalidade passiva, na qual o terceiro escolhido pelas partes, atua ouvindo as versões e funcionando como um agente facilitador, sem introduzir o seu ponto de vista ou apresentar soluções, podendo fazer propostas ou contrapropostas às partes. Sua postura será, portanto, de expectador e facilitador na busca da solução para conflito em questão. Na mediação ativa, o papel do mediador se

²⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de [org.]. *Teoria Geral da Mediação* – à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.16.

²⁸ PROJETO DE LEI Nº 4.827/1998. Disponível em: www.senado.gov.br. Acesso em 13/03/2012.

²⁹ PINHO. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. Op. cit., p. 482.

confunde com a de conciliador, onde sua atuação é a de também formular propostas, influenciando diretamente o resultado ou acordo a ser obtido.

Esse agente facilitador ou interventor na mediação passiva tem o papel relevante de ajudar na comunicação das partes, neutralizando as emoções e propiciando a formação de opções e negociação de acordos. Para a Professora Maria de Nazareth Serpa³⁰, mediação “é um processo informal, voluntário, onde um terceiro interventor, neutro, assiste aos disputantes na resolução de suas questões”.

Para que exista o processo de mediação, três elementos básicos são necessários: (i) a existência de partes em conflitos (física, jurídicas, entes despersonalizados), (ii) clara contraposição de interesses, e (iii) terceiro neutro capacitado a facilitar a busca de um acordo.

De regra, a mediação é um procedimento extrajudicial, caracterizado por ocorrer antes da procura pela adjudicação (jurisdição), fato que não impede de as partes, mesmo iniciada a fase jurisdicional, optarem, mais uma vez, pelo meio conciliatório, ao que o direito brasileiro denomina de mediação incidental ou judicial, podendo ocorrer em duas (2) hipóteses: Condução do processo pelo próprio juiz, designando conciliador para tal mister (Arts. 331³¹ e 447³² do CPC) ou ainda a solicitação da suspensão do processo pelas partes ao juiz pelo prazo máximo de seis (6) meses, visando a conciliação fora do juízo (Art. 265, inciso II³³, c/c § 3º³⁴, CPC).

4.1 Processo de mediação e barreiras

³⁰ SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 1999, p. 90.

³¹ Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.

³² Art. 447. Quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofício, determinará o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento.

³³ Art. 265. Suspende-se o processo:

II - pela convenção das partes;

³⁴ § 3º A suspensão do processo por convenção das partes, de que trata o nº II, nunca poderá exceder 6 (seis) meses; findo o prazo, o escrivão fará os autos conclusos ao juiz, que ordenará o prosseguimento do processo.

Ressalta-se inicialmente que, no direito brasileiro, para que seja instituída a mediação, necessário que se trate de direito disponível das partes, bem como que haja a concordância destas quanto à escolha da mediação como meio de resolução do conflito e ainda que esta opção esteja revestida da voluntariedade e da boa-fé. A escolha do mediador deve ser de irrestrita confiança e capacitado a conduzir o conflito sem nele interferir diretamente, apenas estimulando os mediados na busca da pacificação do conflito.

A escolha do procedimento de mediação demanda algumas providências iniciais pelas partes, as quais visam substancialmente a preservação dos seus direitos e garantias, a começar pela elaboração de um termo de mediação ou “*agreement to mediate*” do modelo americano, o qual conterá as informações relevantes sobre a mediação, a identificação das partes, dos procuradores e do mediador, assim como o objeto da mediação e a aceitação do encargo de mediador e o compromisso da manutenção do sigilo relativo aos assuntos tratados a serem preservados pelo mediador, salvo autorização contrária das partes; a forma de remuneração do mediador, cláusula determinando o procedimento caso uma das partes desista da mediação, entre outras possíveis situações vislumbradas.

A mediação pode assumir a forma ativa ou passiva. O nosso sistema optou pela mediação passiva, que se caracteriza pela imparcialidade da figura do mediador, permitindo aos mediados ampla troca de informações e barganha na busca da solução para o conflito. As sessões de mediação podem ser conjuntas, com a presença das partes e mediador ou separadamente, na qual o mediador reúne-se com cada mediado em momentos diferentes, ao que a doutrina estrangeira atribui o nome de “*caucus*”³⁵.

A Escola de Harvard³⁶ se posiciona antagonicamente às sessões privadas (“*caucus*”), por acreditar que haveria violação da imparcialidade do mediador, impedindo a construção de um processo participativo, no qual todos (partes e mediador) devem se envolver nos problemas de todos.

A mediação enfrenta obstáculos a serem superados. Conforme Humberto Dalla³⁷, as barreiras à mediação são de fundo comportamental, as quais se revelam

³⁵ Cáucus: Sessões privadas com cada um dos mediados.

³⁶ PINHO. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. Op. cit., p. 487.

³⁷ Ibidem, pág. 483.

tanto no plano institucional – opostas por entidades ou grupos políticos e sociais organizados, quanto no plano pessoal – aquelas impostas pelos que estão diretamente envolvidas no processo de mediação.

Há também pontos de resistência que dificultam a efetiva aceitação ou cabimento da mediação como forma alternativa de se resolver conflitos, visando o restabelecimento da paz social, que consiste basicamente na desinformação generalizada da sociedade sobre sua potencialidade, seus limites e conseqüências jurídicas, bem como a percepção social de que falta à figura do mediador autoridade semelhante àquela atribuída ao juiz, revestido do poder de resolver conflitos.³⁸

A falta de normatização³⁹ e sistematização se caracterizam como uma barreira institucional que contribui sobretudo para que a sociedade brasileira resista em aceitar o instituto da mediação como meio alternativo de resolução de seus conflitos, no campo dos direitos patrimoniais e, como assevera Humberto Dalla⁴⁰, sempre, de alguma forma, caberá algum tipo de recurso ou medida a ser distribuída ao Poder Judiciário, como forma de questionar providência determinada no âmbito de um método alternativo de solução de conflitos.

4.2 Divergências aos métodos alternativos de resolução de conflitos

Mauro Cappelletti, um dos mais notáveis defensores e incentivadores dos mecanismos de solução alternativa de conflitos reconheceu, há décadas, que os esforços organizados na linha da “Terceira Onda Renovatória” do direito processual devem produzir efeitos fora do tradicional eixo da jurisdição⁴¹, ou seja, através das diversas formas de concretização dos processos de heterocomposição, como por exemplo, a mediação⁴². Seguindo essa fórmula, afirma Cappelletti, atinge-se a quarta onda renovatória representada pela efetividade dos direitos processuais.

³⁸ Ibidem, p. 483

³⁹ Projeto de Lei 94/2002, tramitando no Congresso Nacional, originário do Projeto de Lei nº 4.827/1998, de autoria do Dep. Zulaiê Cobra (PSDB/SP), tendo por último o Sen. Cristovam Buarque solicitado referido Projeto para consulta em 08/08/2007, sendo que, até presente data, 20/03/2012, não houve movimento. www.senado.gov.br. Acesso em 20/03/2012.

⁴⁰ PINHO. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. Op. cit., p. 488.

⁴¹ CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo nas sociedades contemporâneas. *Revista Forense*. nº 318, pp. 123-4.

⁴² CAPPELLETTI, Mauro (Org). *Accés a la justice ET état-providence*. Paris: Economica, 1984, p. 29.

No decorrer do tempo, expoentes do direito processual internacional, dedicados ao estudo da matéria, citados na obra de Humberto Dalla⁴³, demonstraram reservas quanto à difusão dos novos mecanismos de acesso à Justiça, por considerarem uma verdadeira privatização do processo, com tendências a causar prejuízos às garantias processuais básicas, que apesar dos problemas e dificuldades, são agasalhadas pela via jurisdicional. Demonstraram ainda, preocupação quanto a um possível desvirtuamento da atividade de solucionar conflitos, a qual poderia deixar de ter como objetivo a pacificação social e o bem comum, para atender interesses individualistas das partes envolvidas, e, sobretudo, da parte vencedora.

A obra retrocitada registra também a preocupação quanto ao pensamento de Owen Fiss, da prestigiosa *Yale University*, o qual manifestou sua descrença na solução alternativa de conflitos; e do notável Vittorio Denti, com o fenômeno da justiça coexistencial e a possível privatização dos conflitos, de cujo pensamento também compartilha Owen Fiss.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente ensaio procurou demonstrar a importância dos meios alternativos de resolução de conflitos, com destaque para a mediação, como instrumento de pacificação social e, sobretudo, de notável meio de acesso à justiça de forma rápida e eficaz reproduzindo, em grande medida, os mesmos resultados de uma demanda judicial, porém com a vantagem da celeridade e do baixo custo envolvido, fato que atende em grau considerável, os anseios de uma sociedade que busca uma resposta capaz de pacificar conflitos muitos dos quais, de natureza patrimonial e familiar em particular e que não são atendidos, no tempo razoável, pela via da jurisdição.

A jurisdição estatal, garantista e pacificadora, exerce forte influência na sociedade devido a credibilidade de suas decisões, razão de ser da escolha do procedimento judicial que nem sempre significa garantia da efetividade das

⁴³ PINHO. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. Op. cit., p. 475.

decisões justamente porque a escolha do procedimento não teria sido o adequado ao tipo de litígio, o que na prática se revela como obstáculo ao acesso à justiça

As ondas renovatórias sistematizadas por Mauro Cappelletti deram uma nova dinâmica ao direito processual, incentivando os meios alternativos de resolução de conflitos – arbitragem, conciliação e mediação, embora remanesçam resistências quanto a escolha desse procedimento paraprocessual em substituição à jurisdição estatal.

A função jurisdicional sofreu grandes transformações diante das novas concepções de direito, afastando a supremacia da lei e colocando-a sob o foco de que a legislação deve ser compreendida e interpretada a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais não mais se admitindo a atividade jurisdicional divorciada dos princípios constitucionais, da dignidade da pessoa humana e do acesso à justiça.

Assim, em apertada síntese, conclui-se destacando a importância dos meios alternativos de resolução de conflitos, cuja maior contribuição, a meu juízo são, (i) desafogar o sistema judiciário, dando espaço a que suas decisões sejam fundadas nos princípios constitucionais e nos direitos fundamentais, assim como na garantia da efetividade dessas decisões através da tutela jurisdicional efetiva, (ii) ampliação da base de acesso à justiça e; (iii) incutir mudanças na cultura da sociedade, no sentido de que não só a jurisdição, mas também outros meios alternativos como a mediação, a conciliação e a arbitragem, são métodos efetivos de acesso à justiça, pacificando os litígios, no campo dos direitos patrimoniais privados, restabelecendo dessa forma, a paz social.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Congresso Nacional. Lei nº 5.869 de 11/01/1973. Brasília.

BRASIL. **Constituição Federal**. Congresso Nacional. 1988. Brasília.

CAPPELLETTI, Mauro E. T.; TALLON, Denis. **Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil**. Apud COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e 'giusto processo' (modelli a confronto). In. Revista de Processo. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 23, Abr./Jun. 1998, nº 90.

_____. (Org). **Accés a la justice ET état-providence**. Paris: Economica, 1984.

_____. E.T.; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

_____. **Problemas de reforma do processo nas sociedades contemporâneas**. Revista Forense. n° 318.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di diritto processuale civile**. V. 1, Padova: Cedam, 1936.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. V.I. Trad. Capitanio. Campinas: Bookseller, 2009.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e arbitragem**. 2ªed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

GRECO, Leonardo. **Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo**. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo =429. Acesso em 15/03/2012.

LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOME ET LES GARANTIES FONDAMENTALES DES PARTIES DANS LE PROCEÈS CIVILL. In: Fundamental Guarantees of the parties in civil litigation, n° 1.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Marins Fontes, 1993.

PINHO, Humberto Dalla Bernardino de. **Mecanismos de Solução Alternativa de Conflitos: Algumas considerações introdutórias**. In. Revista Dialética de Direito Processual, vol. 17, São Paulo: Oliveira Rocha, 2004.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de [org.]. **Teoria Geral da Mediação – à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

PROJETO DE LEI Nº 4.827/1998. Disponível em: www.senado.gov.br. Acesso em 13/03/2012.

PROJETO DO NOVO CPC. Disponível em: www.senado.gov.br. Acesso em 21/03/2012.

SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e Prática da Mediação de Conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 1999.