

DANIELA DE ÁVILA ZAWADZKI

**A MEDIAÇÃO COMO UMA DAS ALTERNATIVAS À CRISE
DO PODER JUDICIÁRIO**

FLORIANÓPOLIS, MAIO DE 2001

DANIELA DE ÁVILA ZAWADZKI

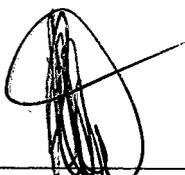
Dissertação apresentada ao Curso de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina em convênio com a URI - Campus Erechim, como requisito parcial para a obtenção do Grau de Mestre em Direito, sob a orientação do professor Ricardo Soares Stersi dos Santos.

FLORIANÓPOLIS, MAIO DE 2001

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
URI - CAMPUS ERECIM - TURMA ESPECIAL
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**A MEDIAÇÃO COMO UMA DAS ALTERNATIVAS À CRISE
DO PODER JUDICIÁRIO**

DANIELA DE ÁVILA ZAWADZKI



**Dr. Ricardo Soares Stersi dos Santos
Professor Orientador**



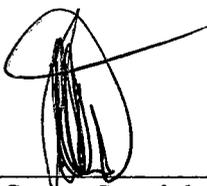
**Prof. Dr. Christian Guy Paubet
Coordenador CPGD/CCJ/UFSC**

FLORIANÓPOLIS, MAIO DE 2001

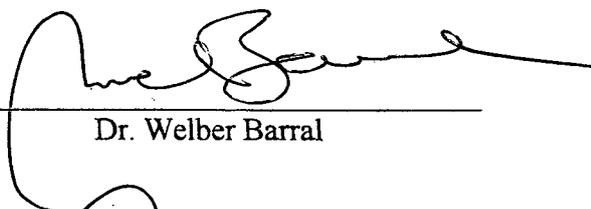
DANIELA DE ÁVILA ZAWADZKI

**A MEDIAÇÃO COMO UMA DAS ALTERNATIVAS À CRISE
DO PODER JUDICIÁRIO**

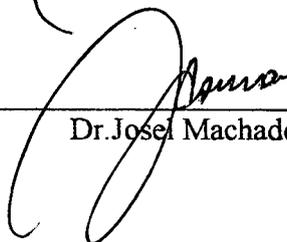
Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de MESTRE EM DIREITO no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina em convênio com a URI - Campus Erechim com a seguinte Banca Examinadora:



Dr. Ricardo Soares Stersi dos Santos



Dr. Welber Barral



Dr. Josei Machado Corrêa

FLORIANÓPOLIS, MAIO DE 2001

AGRADECIMENTOS

A UNOESC - Campus de Chapecó pelo apoio financeiro e confiança depositados para que este projeto chegasse ao fim.

*Ao meu orientador **Professor Ricardo Stersi** pela forma e carinho com que recebeu o desafio ajudando e incentivando este trabalho.*

RESUMO

A presente dissertação de mestrado visa apresentar algumas considerações sobre a crise do judiciário e aborda a mediação, como forma alternativa e auxiliadora de resolução de conflitos. Como objetivo central pretende-se demonstrar que a mediação, através de suas características principais, é uma alternativa viável na resolução de determinadas matérias que se constituem em objeto de diversos conflitos. O referido método de resolução de conflitos busca resultados positivos não tendo a intenção de concorrer ou assumir o lugar do judiciário, mas ampliar o cenário das formas de resolução, dando aos sujeitos (partes) uma possibilidade de escolha apropriada para tratarem as situações de conflito. A mediação apresenta-se como uma das formas alternativas de resolução de conflitos frente aos novos conflitos sociais, tais como os conflitos transindividuais e aqueles que dizem respeito as relações de continuidade.

RESUMEN

En ese trabajo se pretende discutir la crisis del Poder Judicial ante las nuevas y antiguas demandas por justicia y presentar la mediación como forma alternativa y auxiliadora en la resolución de conflictos por las vías extrajudicial y judicial. El objetivo principal de la investigación consiste en analizar las potencialidades del método ora presentado de solución de conflictos, en cuanto medida que se orienta hacia la reelaboración positiva de los mismos por parte de los propios sujetos en él implicados. La metodología de la mediación actúa de manera a ampliar el escenario de resolución de la conflictuosidad social, proporcionando a los sujetos (partes) una alternativa de elección apropiada para tratar las situaciones de conflicto, sin tener la pretensión de asumir el lugar del sistema legal actual. En las consideraciones finales, se presenta la mediación como un posible paradigma para enfrentamiento de la conflictuosidad social.

SUMÁRIO

RESUMO	V
RESUMEN.....	VI
INTRODUÇÃO.....	1
I. A MEDIAÇÃO	4
1. A IDÉIA DE CONFLITO	4
2. FORMAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS	9
3. CONCEITO DE MEDIAÇÃO.....	11
4. DIFERENÇAS ENTRE MEDIAÇÃO E OUTRAS FORMAS ALTERNATIVAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS.....	16
5. ASPECTOS HISTÓRICOS DA MEDIAÇÃO.....	18
6. A MEDIAÇÃO E OUTRAS FORMAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS - A EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA.....	19
7. A MEDIAÇÃO NA FRANÇA	23
8. A MEDIAÇÃO NO BRASIL.....	25
9. A MEDIAÇÃO INSTITUCIONALIZADA.....	27
10. OBJETO E OBJETIVOS DA MEDIAÇÃO	33
11. AS PARTES NO PROCESSO DE MEDIAÇÃO	36
12. O MEDIADOR.....	37
13. O PROCESSO DE MEDIAÇÃO.....	43
13.1. Definição de Processo.....	43
13.2. Características ou Princípios do Processo de Mediação.....	46
13.3. Etapas do Processo.....	48

13.4. Processo de Mediação Legal.....	57
14. A IMPORTÂNCIA DA AUTONOMIA DA VONTADE NA MEDIAÇÃO	59
14.1. Aspectos Históricos da Autonomia da Vontade	61
14.2. Conceito e Evolução da Autonomia da Vontade	64
14.3. Autonomia da Vontade na Mediação.....	68
II. A CRISE DO JUDICIÁRIO E A MEDIAÇÃO COMO ALTERNATIVA	72
1.1. Surgimento, Definição e Características do Poder Judiciário	72
1.2. A Idéia de Crise do Poder Judiciário	75
1.2.1. A Crise da Justiça pela Decisão do Paradigma Atual.....	78
1.3. Aspectos que Contribuem com a Crise do Poder Judiciário.....	81
1.3.1. A Forma em Detrimento ao Conteúdo na Formação do Operador Jurídico	82
1.3.2. O Acesso à Justiça e a Idéia de Igualdade Econômica das Partes Litigantes	87
1.3.3. O Custo do Processo Judicial.....	89
1.3.4. Formalismo do Processo Judicial e o Conflito entre os Poderes.....	91
1.3.5. O Desaparelhamento do Poder Judiciário Frente aos Novos Conflitos.....	94
1.3.6. A inadequação do direito material à realidade social.....	97
1.4. Formas de Enfrentamento da Crise do Poder Judiciário Dentro da Perspectiva do Acesso à Justiça.....	99
1.5. A Mediação como Alternativa à Crise do Poder Judiciário.....	100
1.5.1. O uso da Mediação para os Conflitos que Versam Sobre Direitos Indisponíveis.....	103
2. MEDIAÇÃO - UM PARADIGMA POSSÍVEL.....	105
2.1. Mediação e sua Perspectiva Transformadora das Relações e do Diálogo	108
CONCLUSÃO.....	112
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	118

INTRODUÇÃO

A forma judicial de resolução de conflitos encontra-se envolta numa crise. O sistema judiciário norteia-se pela jurisdição estatal como forma de solução dos conflitos sociais, resultando uma justiça morosa e de qualidade comprometida.

A sobrecarga do Judiciário frente ao avolumado número de processos, os novos conflitos sociais, as desigualdades dos sujeitos, o despreparo dos operadores, entre outros, fizeram surgir ou ressurgir, no cenário jurídico, outras formas capazes de solucionar os conflitos.

Novos tipos conflitos nascem da constante evolução de nossa sociedade, tais como aqueles que envolvem interesses difusos e coletivos e com eles, também, novas necessidades, e novos instrumentos de resolução entre eles a mediação.

Cada vez mais torna-se necessário discutir os procedimentos do ponto de vista da informalidade e simplificação dos ritos. Para José Eduardo Faria, *“Precisamos desformalizar para melhor reformalizar, deslegalizar para melhor relegalizar e materializar para melhor controlar.”*¹

Discute-se, neste cenário conturbado, a diversificação das jurisdições especializadas frente à crescente complexidade técnica e material dos processos, e à desformalização do procedimento para determinadas controvérsias, tais como as que

¹ FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito: Os juizes em face dos novos movimentos sociais*. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992. p. 115.

envolvem relações de continuidade, de consumidores, de proteção ao meio ambiente, entre outras.

A mediação é uma forma alternativa de resolução dos conflitos sem a preocupação formal, normalmente imposta pelo ordenamento jurídico positivo, do processo judicial. A mediação também é uma forma de negociação ou acordo transformador das diferenças. Essa nova forma possibilita, às partes, a administração das diferenças através de um diálogo transformador. Centra-se numa reconstrução positiva do conflito, um olhar voltado ao processo como um todo, buscando uma decisão legitimada pelas partes envolvidas na disputa.

A partir da mediação as partes participam efetivamente do resultado final (resolução), tornando assim o acordo efetivo e eficaz, contribuindo para uma reconstrução das relações sociais.

Um dos princípios norteadores da mediação é a autonomia da vontade das partes, ou seja, somente passam por esse instrumento de resolução aqueles que o assim desejarem e estipularem por livre e espontânea vontade, pois é somente a partir da manifestação de vontade que se dará início ao processo de mediação.

A vontade livre é fundamentada no princípio da igualdade das partes: igualdade de armas (assistência judiciária); igualdade de informações (conhecimentos) e igualdade de oportunidades.

As partes aprendem a enfrentar os seus conflitos através do diálogo, não se concentrando diretamente no problema. Ou seja, a ênfase sai da concentração da disputa para a concentração no diálogo sobre a disputa. O escopo do processo de mediação é a comunicação através do diálogo.

Segundo Schitman e Littlejon, “os novos paradigmas aceitam que, na comunicação, são construídos mundos sociais, e que ela também é uma forma de ação - simbólica ou de outro tipo - com propósitos e efeitos.”²

Os mediadores não podem se limitar a aplicar técnicas, uma vez que seu trabalho específico consiste em enquadrar problemas, interpretá-los e defini-los.

No primeiro capítulo abordou-se as principais características doutrinárias do instituto da mediação, tais como: seus objetivos; seus princípios e sua efetividade; bem como sua aplicabilidade e limitação no ordenamento jurídico brasileiro.

No segundo capítulo a fim de justificar a escolha do tema aborda-se a crise do Poder Judiciário e alguns de seus escopos e apresenta a mediação como paradigma possível.

Este trabalho visa dar ao leitor uma visão geral a respeito da mediação como forma alternativa de resolução de conflitos, já que o assunto despontou no Brasil nos últimos cinco anos. A bibliografia utilizada a respeito da mediação é basicamente estrangeira, pois a nacional é escassa, o que dificultou muito a pesquisa do tema, bem como a especificação do assunto.

No que diz respeito ao acesso à justiça, como é tema secundário no trabalho, serão abordados apenas alguns aspectos que influem diretamente na opção da mediação para a resolução dos conflitos em sociedade, como a formação dos operadores jurídicos, a crise econômica, o alto custo dos processos judiciais, a inflação legislativa, entre outros.

² SCHNITMAN, Dora Fried. *Novos Paradigmas na Resolução de Conflitos*. In.: SCHNITMAN, Dora Fried.; LITTEJOHN, Stephen. (org.). *Novos paradigmas em mediação*. Trad. Marcos G. Domingues e Jussara Haubert Rodrigues. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999. p 18.

CAPÍTULO I

A MEDIAÇÃO

1. A IDÉIA DE CONFLITO

A significação do termo conflito é complexa. Normalmente o vocábulo é utilizado para se referir às desavenças, discórdias, combates, guerras.

Para Samper:

*(...) El problema está en que no hemos aprendido a dicotimizar las cosas, y eso indica que si la interpretación del outro es correcta la mia no lo es, y difícilmente pensamos que ambos podemos tener algo de razón (...)*³

Plácido e Silva define conflito como vocábulo originado do latim *conflictus*, de *confligere*, e aplicado na linguagem jurídica para indicar *embate, oposição, encontro, pendência, pleito*.⁴

Para um melhor conhecimento dos conflitos, é conveniente dar-se conta das variáveis cognitivas. Os conflitos não se originam exclusivamente por querer objetivos diferentes. O que pode ser diferente é a interpretação que cada um faz do objetivo comum.

Alguns conflitos não se originam de desejos diferentes, mas sim de interpretações para um mesmo querer diferenciadas. É necessário neste momento que as

³ SAMPER, Trinidad Bernal. *La mediación: Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*. Madrid: Editora Colex, 1998. p. 15.

⁴ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico: V- I e II*, p.508.

partes se apercebam que falam de lugares diferentes, vivem momentos diversos e estão em situações distintas.

O conflito pode ser dividido em *três fases*, segundo Kamneman e Tuersky ⁵, fases estas que dificultam sua resolução.

A *primeira* define-se pela falta de informação com relação ao outro, fazendo prevalecer o seu interesse.

A *segunda* fase caracteriza-se pelo apego aos dados concretos com relação aos resultados prováveis, como se o caso fosse de aspecto geral.

Na *terceira* tem-se o fato de valorizar mais o que se perde em relação ao que ganha.

O conflito pode, portanto, originar-se de fontes distintas, como: a informação insuficiente e inadequada, valores distintos e o conflitos de interesse.

Pode ser o conflito considerado estrutural, quando causado por uma distribuição desigual dos recursos, ou quando existe um desequilíbrio de poder entre as partes, podendo gerar também um “abafo” do conflito, pois a dominação se torna mais fácil para aquele que detém os melhores meios ou destacada condição econômica.

A situação conflituosa, ou conflito, encontra-se também unida à idéia do novo que uma das partes pretende introduzir, enquanto a outra coloca resistências à mesma.

A parte que quer introduzir o novo interpreta o conflito como algo que tem de concluir o quanto antes, para alcançar as conseqüências positivas que se espera. A outra

⁵ SAMPER, T. B. *op. cit.*, p. 16.

parte, por outro lado, interpreta o novo como negativo, por isso resiste, temendo-lhe as consequências.

Serpa diz que o conflito na esfera pessoal estimula o autoconhecimento.⁶

Cada vez que se toma uma decisão entre duas alternativas, experimenta-se dissonância. Na raiz da dissonância está o desejo de perceber a decisão como uma boa decisão. Os aspectos positivos da alternativa eleita e as características negativas da alternativa rechaçada refletem a imagem da boa decisão.

Leon Festinger acredita que temos motivos para manter a lógica entre nossas atitudes e nossos comportamentos. Quando se produz a dissonância, iniciamos um trabalho mental necessário para estabelecer a consonância (coerência).⁷

Na proporção em que os entendimentos dissonantes provocam desconforto psicológico, o indivíduo tenta reduzir a dissonância para conseguir a consonância. Como ressalta Serpa, *se houvesse possibilidade de avaliar a dissonância numa disputa, um terceiro interventor teria muito mais chance de ajudar a resolver o conflito.*⁸

A única maneira de reverter o processo do conflito é tentar ver a questão sob o ponto de vista do outro. Visualizar uma forma de reexame e correção da situação.

Também se faz necessário conceituar a diferença entre conflito e disputa, pois muitas vezes são usados como sinônimos.

O conflito é uma disputa interpessoal que é comunicada ou manifestada, não se transforma em disputa a não ser que participado a alguém na forma de

⁶ Cf. SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen e Juris, 1999. p. 33.

⁷ DUFFY, Karen Grover e outros. *Mediación y sus contextos de aplicación: una introducción para profesionales e investigadores*. Barcelona: Paidós, 1996. p. 32.

⁸ SERPA, M. N. *op. cit.*, p. 20.

incompatibilidade ou de contestação.⁹

Podemos considerar o conflito como um processo onde a disputa constitui uma das fases. É o momento quando as idéias antagônicas são manifestadas e reveladas mediante confronto e intercâmbio de forças.

O conceito de conflito, num sentido amplo, denota o confronto de poder na luta de todas as coisas por se manifestar. Num sentido estrito constitui-se numa categoria distinta do comportamento social onde duas partes tentam possuir o que ambas não podem.

O conflito ocorre sempre que atividades incompatíveis, oriundas ou não da vontade, existe, e pode ser *intrapessoal* (aqueles que existem na esfera psicológica do agente) ou *interpessoal* (duas ou mais pessoas, grupos ou nações).¹⁰

Segundo Serpa os conflitos podem ser divididos quanto à sua natureza:

a) Conflito de dados: aqueles que ocorrem pela falta de informação, má informação ou diferença de pontos de vista a respeito de determinada matéria; b) Conflito de interesse: aquele que diz respeito a interesses substantivos, de procedimentos ou derivados de questões psicológicas. É normalmente caracterizado por situações de escassez; c) Conflito de estrutura: são os que acontecem no seio político, social e psicológico, interno de cada pessoa ou grupo e está além do escopo do processo de mediação.; d) Conflito de valor: aquele que é caracterizado por diferenças de percepção do que é ou não considerável, conceitos de justiça e moral, cultura e atitudes. São critérios diferenciados para avaliação de idéias e comportamentos; e e) Conflitos de relacionamentos são diferenças de entendimento e percepção oriundas, por exemplo, de uso ambíguo de palavras, estereótipos, preconceitos, prevenções, etc. Normalmente oriundo da falta ou pobreza de comunicação entre as partes conflitantes.¹¹

Rudolph Rummel desenvolve uma teoria a respeito dos conflitos que se chama “espiral de Rummel”.

⁹ SERPA, M. N. *op. cit.*, p. 21.

¹⁰ SERPA, M. N. *Idem*, p. 25.

¹¹ SERPA, M. N. *Idem*, p. 41.

Para esclarecer melhor os conflitos, Rummel classifica-os entre *latente e real ou atual*.

O latente permanece na esfera das perspectivas do homem e o segundo é o resultado da manifestação dessas perspectivas.

Preocupado com os conflitos sociais, Rudolph Rummel, desenvolveu uma teoria na qual considera o conflito: uma potencialidade, uma situação, uma estrutura, uma manifestação, um evento ou um processo. Em cada uma dessas formas existe um confronto dialético entre a realidade e a perspectiva do homem, em entrelaçadas, *potencialidades, disposições, poderes e manifestações*.¹²

Quando Rummel fala em potencialidades está se referindo às causas políticas, psicológicas e sociais que compõem o quadro conflituoso e que permanecem latentes no indivíduo ou no grupo sem produzir qualquer efeito aparente. As disposições e poderes, nesse espaço, se mantêm opostas e formam a estrutura do processo, o (*background*), onde o conflito encontra todas as condições e elementos para se manifestar.

As disposições e poderes é a efetiva situação do conflito. É onde a oposição de interesses, atitudes e poderes torna-se ativada mediante demonstrações, sintomáticas ou explícitas. São manifestações típicas da busca de soluções.

Para Serpa:

Rummel afirma que a confrontação entre os poderes termina em acomodação. Essa acomodação define a estrutura de expectativas sociais, ou ordem social, configuradas em regras, acordos, convenções, contratos, entendimentos, etc. e

¹² Rummel apud SERPA, M. M. *op. cit.*, p. 24.

*promovem a harmonia social.*¹³

O conflito, para Rummel, apresenta as seguintes fases: latente (potencialidades e estrutura); início (situação de conflito); balanceamento de poder (administração de forças); equilíbrio de poder (estrutura de expectativas) e interrupção do equilíbrio (acomodação de forças).

2. FORMAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Partindo da idéia de Rummel, pode-se dizer que a mediação é a interrupção do equilíbrio ou acomodação de forças. É o momento de acomodação e entendimento.

Segundo Serpa, existem quatro maneiras básicas e tradicionais de resolução¹⁴ de conflitos interpessoais e intergrupais. São elas: desistência do conflito, negociação, representação e julgamento. Várias outras derivam dessas. As variáveis inseridas aqui são tempo, dinheiro, agravamento das relações, ansiedade e controle.¹⁵

a) *A desistência do conflito* implica na aceitação das diferenças de acordo com o ponto de vista do opositor. Não há qualquer discussão com relação à veracidade dos fatos. Não há disputa.

b) *Na negociação direta* há disputa, mas esta só tem início quando o conflito é manifestado à outra parte. São considerados todos os fatores que envolvem o conflito e emergem na negociação: psicológicos, sócio-culturais, legais, morais, históricos, etc. Além das partes terem o poder de decidir, assumem responsabilidades pelo resultado.

¹³ SERPA, M. N. *op. cit.*, p. 27.

¹⁴ Na visão de Serpa, M.N. *Idem*, p. 23. *o termo resolução é um processo individual concentrado na configuração de causas e efeitos do conflito.*

¹⁵ Cf. SERPA, M. N. *Idem*, p. 53.

c) *Representação* é a delegação de poder para promover a negociação.

Consiste no ato de transferir a responsabilidade a um terceiro para atuar em nome dos envolvidos no conflito. O problema consiste em que o poder delegado sempre estará limitado a alguns fatores. Por exemplo, quando o representante é um advogado, o poder está restrito ao que diz a lei.

d) *Julgamento* é o modo tradicional de resolução de conflitos. As partes deixam ao encargo do Estado, como regulador das relações sociais, através das leis o resultado final. Raramente as partes aceitam os resultados de forma pacífica e positiva, na maioria das vezes, a sentença judicial gera um novo conflito.

A mediação, enquanto uma das formas de resolução alternativa de conflitos, é a fórmula mais adequada encontrada, pois coloca as partes como responsáveis pelo resultado obtido na resolução dos conflitos, ao exemplo da *negociação direta*.

A mediação se apresenta como forma alternativa de resolução de conflitos. Alternativa porque se diferencia da tradicionalmente conhecida forma decisionista, onde um terceiro neutro e imparcial (juiz) apresenta, através do ordenamento jurídico vigente (normas), uma decisão.

A mediação aponta para uma verdadeira resolução de conflitos, longe do antigo e ultrapassado sistema jurídico, onde a norma serve como ponto de referência do instrumento decisório.

A negociação é o estilo mais adequado de resolução eleito para a mediação.

3. CONCEITO DE MEDIAÇÃO

O termo mediação vem do latim, *mediare*, que significa mediar, dividir ao meio ou intervir, colocar-se no meio. Nas palavras de Maria Nazareth Serpa (...) *é o processo pacífico e não adversarial de ajuste de conflitos.*¹⁶

Segundo Mónica Haydee Galano, a mediação:

*(...) traz a idéia de equidade: como disposição de reconhecer igualmente os direitos de cada um. De ter um sentimento de justiça sem um critério de julgamento. Uma justiça não em base do direito objetivo e sim das necessidades das partes (...).*¹⁷

É necessário apoiar os direitos não somente na idéia de justiça, mas levar em conta as diferenças através de uma ética solidária. Na mediação far-se-ão presentes dois conceitos básicos: o diálogo e a comunicação, cujo objetivo será o de transformar as diferenças.¹⁸

Na mediação, as partes tomarão para si o poder de decidir. Constrói-se a possibilidade de resolução pacífica e autônoma dos conflitos.

A mediação implica a atuação de um terceiro como simplificador no processo de negociação. O mediador terá que possuir habilidades próprias do processo de negociação e, principalmente, pela sua habilidade, facilitar ou estabelecer a comunicação.

O processo de mediação teria como facilitador do conflito o terceiro imparcial, ou seja, a figura do mediador, sem o poder de decidir.

¹⁶ SERPA, M. N. *op. cit.*, p. 145.

¹⁷ GALANO, Mónica Haydee. *Mediação - Uma Nova Mentalidade*. In: OLIVEIRA, Angela (coor.) **Mediação: Métodos de resolução de controvérsias** n° 1. São Paulo: LTr, 1999. p. 110.

¹⁸ Esta idéia também é utilizada por Luiz Alberto Warat quando aborda a perspectiva da mediação numa visão psicanalítica, ou seja como instrumento na transformação do conflito. (Cf. WARAT, Luiz Alberto. **Em nome do acordo: A mediação no Direito**).

O mediador deverá ser imparcial, pois aí está o verdadeiro valor deste procedimento, ou seja, na possibilidade das partes construírem seus resultados, observando seus desejos e mediando as diferenças. Um mediador que deve neutralizar as ações (procedimentos) e não ser neutro.

Esta nova forma de resolução de conflitos, a mediação, pode trazer um resultado positivo, pois o mediador vai indentificar as intenções intrínsecas do pedido, terá de provocar as conotações. Assim, teria o mediador a função de integrar as partes para a resolução do conflito e não utilizar a questão do enfrentamento reciprocamente destrutivo do outro.

A mediação é a efetiva participação das partes no processo de decisão de seus conflitos, buscando uma igualdade concreta para a efetividade de um resultado. Um resultado em que as diferenças foram administradas.

A mediação deve ser vista como uma forma não adversarial de resolução de conflitos. Pode ser encarada como um instituto ou como uma técnica empregada pelos meios legais já instituídos, como os Juizados Especiais da Lei 9.099.

Para Warat, *a mediação é a melhor fórmula, até agora encontrada para superar o imaginário do normativismo jurídico.*¹⁹

3.1. A Mediação Segundo Warat

A idéia de mediação trabalhada e defendida pelo jus - filósofo Luís Alberto Warat tem uma linha totalmente voltada à psicanálise. A mediação é vista como um

¹⁹ WARAT, Luíz Alberto (org.). *Em nome do acordo: A mediação no direito*. Argentina: ALMED, 1998. p. 08.

reencontro com o outro; um reencontro com a cidadania; com a autonomia, na medida que educa os homens para viver melhor sua afetividade.

No pensamento de Warat, existe um enfoque pela preocupação *com o outro e com a administração da diferença* (grifa-se). A autonomia de cada um, como a produção com o outro do novo (diferença). A autonomia como a possibilidade de se transformar, olhando-se a partir do olhar do outro.

Para Luís Aberto Warat, *ser autônomo é produzir o tempo pela produção, com o outro, da diferença, para isto precisamos da mediação como elemento estrutural da produção e posterior administração da diferença.*²⁰

Na visão do autor, a mediação vem como forma ecológica²¹ de negociação²² ou acordo transformador das diferenças. A mediação é uma forma alternativa de resolução de conflitos jurídicos, sem que exista a preocupação de dividir a justiça ou de ajustar o acordo às disposições do Direito positivo.

Para Warat, *de um modo geral, a mediação pode ser vista como um componente estruturante da visão ecológica do mundo, um componente estrutural do paradigma político e jurídico da transmodernidade.*²³

A mediação é abordada pelo autor como a reconstrução simbólica do conflito realizada pelas partes, com a intervenção imparcial de um terceiro alheio ao conflito e sem o poder de propor decisões. Estas terão que ser buscadas pelas próprias partes envolvidas na disputa.

²⁰ WARAT, L. A. *op. cit.*, p. 07.

²¹ Ecológica no sentido de um olhar observador do outro, uma forma de olhar a partir do outro e entender as possíveis variáveis e conseqüências do conflito.

²² Negociação é um processo onde as partes envolvidas entabulam conversações, para encontrar formas de satisfazer os interesse.

²³ WARAT, L. A. *op. cit.*, p. 6.

O autor divide a mediação em duas correntes: a dos *acordistas* e a *transformadora*. Na perspectiva acordista a mediação tem como finalidade a construção de uma solução para um conflito concebido como problema. Para os acordistas, os conflitos se solucionam, relatando convênios.

Afirma Warat que a orientação *acordista* se apóia em uma ideologia individualista possessiva.²⁴ Essa ideologia pensa em uma sociedade construída por indivíduos que vivem para a satisfação individual de seus desejos e necessidades.

Na corrente da *mediação transformadora* o conflito é visto pelo seu lado positivo, como uma oportunidade para o crescimento das partes e a possibilidade de uma melhora na qualidade de vida. O conflito é uma oportunidade de reconstruir as relações sociais e de realizar a autonomia individual, uma autonomia livre de imposições.

O autor faz uma crítica à mediação argentina em virtude de seu caráter de obrigatoriedade, que a aproxima mais da negociação e da conciliação do que da mediação: *O caráter obrigatório da mediação na Argentina, como instância pré-judicial, tira o sentido do procedimento, aproxima-o de uma negociação ou de uma conciliação, esquecendo a nota de máxima diferenciação: a ordem do semiótico, a reconstrução simbólica do conflito.*²⁵

Também afirma Warat, sobre a falta de literatura sobre seus fundamentos: *(...) Em termos teóricos a mediação precisa ser revista, ou visitada pela primeira vez, pela teoria. Noto a falta de pensadores fundamentais e a vigência de um aparato conceitual apropriado.*²⁶

²⁴ Cf. WARAT, L. A. *op. cit.*, p. 15

²⁵ WARAT, L. A. *Idem*, p. 17.

²⁶ WARAT, L. A. *op. cit.*, p. 19.

A teoria crítica do Direito não viu o segredo da enunciação presente em toda a norma jurídica. Os juizes decidem por estes segredos. A diferença entre um juiz e um mediador seria que um juiz decide o conflito das partes trabalhando o segredo das normas jurídicas, nunca trabalhando sobre o segredo que organizou o conflito de seus desejos.

Esclarece Warat *a mediação, ao contrário da teoria Crítica, se preocupa com a recuperação do simbólico para poder, desse modo, efetuar um trabalho de compreensão e transformação dos conflitos afetivos (...).*²⁷

A interpretação tanto pode ser usada para a decisão quanto para a resolução do conflito, através da transformação das partes, sendo a única forma de resolvê-lo. A mediação, nesse sentido, visa trabalhar a diferença com o outro. A mediação busca a autonomia, a substituição de uma solução alienante por uma solução que vá ao encontro da autonomia.

Warat defende a mediação pela linha psicanalítica, ou seja, deverão ser levados em conta também os fatos passados e não somente o presente e o futuro que levaram ao conflito, pois acredita que a psicanálise permite vislumbrar a importância que tem o desejo para um exercício de mediação. A partir desta perspectiva psicanalítica, a mediação teria o objetivo de transformar o conflito e não de solucioná-lo.

Segundo Warat:

*Em muitas ocasiões os conflitos são gerados por afetos reprimidos, por histórias pulsionais dos desejos que necessitam sustentar um padecimento, prolongar a angústia por uma diferença não trabalhada, fazer sintonia de um conflito, receber no próprio corpo os efeitos de um enfrentamento.*²⁸

²⁷ WARAT, L. A. *Idem*, p. 28.

²⁸ WARAT, L. A. *op. cit.*, p. 37.

4. DIFERENÇAS ENTRE MEDIAÇÃO E OUTRAS FORMAS ALTERNATIVAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Na maioria das vezes, a expressão mediação é usada como sinônimo de conciliação, o que denota uma impropriedade. Na mediação, o mediador assume um papel mais ativo, de facilitador da comunicação, e mais passivo em relação à intervenção no mérito ou enquadramento legal do conflito. Já o conciliador se limita a ajustar as situações conflituosas para que se chegue a um acordo final.

Conciliar significa compor diferenças. A conciliação consiste num ajustamento de interesses contrapostos. Trata-se de uma negociação na presença de um conciliador que se encarrega de reunir as partes e lhes propõe um acordo. Pode ser judicial ou extrajudicial.

Na visão de Samper:

*(...) A diferencia del mediador, que disna el proceso, enseña habilidades a los disputantes, y ayuda a que éstos generen alternativas individuales, el conciliador desempeña un papel pasivo.*²⁹

Como exemplo de forma conciliatória está a Lei 9.958, de 12.01.2000, que institui a Comissão de Conciliação Prévia, no âmbito da empresa ou inter-sindical, inserindo no artigo 625 da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho)³⁰ as alíneas “a” a “h”.

Quanto à diferença entre mediação e arbitragem³¹, esta é mais clara. Na mediação, a intervenção do mediador é imparcial e tem como objetivo a aproximação das

²⁹ SAMPER, T. B. *op. cit.*, p. 53.

³⁰ Artigo 625 da CLT, diz-se “As controvérsias da aplicação de Convenção ou de Acordo celebrado nos termos deste título serão dirimidas pela Justiça do Trabalho.”

³¹ A Lei que regula a Arbitragem no Brasil é a de número 9.307/96, de 23 de setembro de 1996.

partes e facilitação de um resultado, não oferecendo decisão para a disputa. Já na arbitragem, o terceiro, considerado o árbitro, tem poder de decisão.

A voluntariedade está presente nos dois procedimentos, mas na arbitragem, as normas de direito substantivo devem ser adotadas, enquanto que na mediação a única estrutura a ser adotada é aquela escolhida pelas partes, sendo o seu procedimento totalmente informal.

No resultado final, quando se fala de arbitragem, a decisão será embasada por princípios jurídicos e opiniões arrazoadas (compromisso sem opinião). A mediação, cujo escopo não é a decisão, será concluída por acordos mutuamente aceitáveis.

Segundo Clóvis Gorczewski:

A arbitragem é um método de resolução de conflitos tradicional e de caráter adversarial, pois - embora mais rápida e menos formal que através do juízo ordinário - é um terceiro neutro quem decide o conflito, de modo que sua decisão - a princípio - é obrigatória.³²

Vai-se ainda estabelecer a diferenciação entre mediação e negociação. A mediação dispõe de um terceiro imparcial que orienta as partes a realizarem a cooperação. Deve observar os interesses das partes, não levando em conta as posições tomadas, e buscar o diálogo. Pode-se dizer que a mediação é a intervenção em uma disputa de negociação.

³² GORCZEWSKI, C. Formas alternativas para resolução de conflitos: A arbitragem no Brasil, p. 35.

Negociação, segundo Serpa, *é um processo onde as partes envolvidas entabulam conversações, no sentido de encontrar formas de satisfazer interesses.*³³ Não há a intervenção de um terceiro facilitador como na mediação.

E, por fim, cabe esclarecer o processo utilizado atualmente pelo sistema judiciário brasileiro na resolução de conflitos que é a decisão.

5. ASPECTOS HISTÓRICOS DA MEDIAÇÃO

São remotos os registros históricos referentes à idéia de mediação. Na Grécia, o mediador existia, embora os dados sejam escassos a esse respeito. A mediação aparece nos contratos entre vendedores e compradores, com função externa, sem qualquer vinculação pessoal.³⁴

A função externa, a exemplo de hoje, seria o papel desenvolvido pelo corretor de imóveis.

Na Idade Média, o mediador teve função um tanto quanto confusa, funcionando como garantidor de um contrato. Por vezes eram juízes conciliadores. A mediação antecedia ao contrato, sua finalidade era a de servir ao negócio jurídico e não de concluí-lo.

A alternativa para solucionar disputas não é novidade. Já existiam em todos os tempos e lugares. Começando pelo diálogo até a guerra, são incontáveis e informais os métodos utilizados pela humanidade para pôr fim aos seus conflitos.

³³ SERPA, M. N. *op. cit.*, p. 108.

³⁴ MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito privado, parte especial*. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. t. XLIII, 1984, p. 230.

Já na Antiguidade os chineses, influenciados pelo filósofo Confúcio, praticavam a mediação. Segundo Serpa:

Confúcio acreditava ser possível construir-se um paraíso na terra, desde que os homens pudessem se entender e resolver pacificamente seus problemas. Para ele existia uma harmonia natural nas questões humanas que não deveria ser desfeita por procedimentos adversariais ou com ajuda unilateral. Seu pensamento estabelecia que a melhor e mais justa maneira de consolidar essa paz seria através da persuasão moral e acordos e nunca através da coerção ou mediante qualquer tipo de poder.³⁵

A mediação sempre esteve presente historicamente, quer no Ocidente, quer no Oriente.

Na era moderna e/ou pós-moderna o mediador tem a função de um terceiro facilitador de decisões e a mediação é uma forma alternativa de resolução de conflitos fora da esfera judicial.

Aborda-se a seguir alguns aspectos da evolução do instituto da mediação em alguns Estados pós-modernos.

6. A MEDIAÇÃO E OUTRAS FORMAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS - A EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA

Vem de longe, na história do Estados Unidos, a disposição para resolver disputas de forma pacífica. Entretanto, nos Estados Unidos, o movimento pró-ADR³⁶ foi desencadeado com a fundação do *Chinese Benevolent Association*. Aquele órgão foi aparelhado para resolver conflitos familiares, dentre os membros da comunidade judaica.

³⁵ SERPA, M. N. *op. cit.*, p. 67-68.

³⁶ ADR (Alternative Dispute Resolution): Resolução Alternativa de Litígios.

Em 1920, os judeus estabeleceram seu próprio fórum de mediação, o Jewish Conciliation Board, em Nova York.³⁷

Em 1912, instituiu-se a AAA (Associação Americana de Arbitragem)³⁸. Em meados da década de 70, com os conflitos de gerações, descontentamentos e guerras, é que se deu início, com certa força, à utilização das vias alternativas de resolução de conflitos, através do programa de Mediação Fiscal Noturno de Columbs.

Nestes últimos 30 anos³⁹, apresentou-se a necessidade de descobrir o papel das resoluções das disputas dentro da sociedade e sua relação com o sistema legal. A idéia principal que inspirou esse sistema de resolução de conflitos era colocar as partes em patamar de igualdade, instrumentalizando-as. É uma reconstrução de cidadania, pois as partes participariam ativamente do litígio construindo o seu resultado.

O crescimento que se denomina como movimento alternativo de resolução de disputas centrou sua atenção no desenvolvimento e na realização dos programas de disputas nas escolas.

A aplicação das formas de resolução de conflitos com cunho educativo tem várias raízes históricas. A primeira atividade nesta área operou-se na segunda metade dos anos 60 no século passado, procedente de duas orientações distintas. A primeira conhecida como “O movimento de paz e justiça”, que adota uma visão ampla do conflito e se preocupa com a paz mundial e a violência comunitária. A segunda orientação veio da psicologia educativa acadêmica, como um conceito de aprendizagem cooperativa em aula,

³⁷ SERPA, M. N. *op. cit.*, p. 76.

³⁸ DUFFY, K. G. e outros. *op. Cit.* p.246.

³⁹ Falo dos últimos 30 anos, ou seja, a partir da década de 70, quando a mediação entra como via alternativa de resolução de litígios ou conflitos ou, mais especificamente, como ferramenta de reconstrução do conflito.

e indica que as experiências cooperativas fomentariam um maior logro acadêmico e social.⁴⁰

Também motivou tal movimento uma generalizada intolerância pelas falhas governamentais. Daí vieram protestos contra a guerra do Vietnã, os questionamentos quanto à situação dos consumidores e ressurgiu o velho problema racial. Segundo Maria de Nazareth Serpa:

Uma grande inquietação estudantil ainda provocou a luta dos direitos civis e o reexame do papel da mulher na sociedade conjugal. O divórcio passou a ser comum na vida americana. Conflitos que no passado permaneciam no campo das disposições, se transformam em disputas que foram para as ruas e para os tribunais.⁴¹

Os métodos adotados nos Estados Unidos para a resolução de conflitos estão sofrendo uma silenciosa revolução nos últimos 15 anos, principalmente. Este movimento de resolução alternativa de litígios na América se traduz pela sigla “**ADR**” ou **Resolução Alternativa de Litígios** (Alternative Dispute Resolution). Foi inspirado nos costumes de grupos religiosos estreitamente unidos e de certos grupos étnicos de imigrantes, desde os puritanos do século XVI, até os holandeses de New Amsterdam, os judeus do East Side de Manhattan, os escandinavos de Minnesota e os chineses da Costa Oeste. Todos estes grupos resolveriam as diferenças dentro de suas respectivas comunidades através da mediação dos ministros de suas igrejas e dos mais velhos.⁴²

O movimento foi inspirado, também, na história comercial norte-americana. As associações comerciais de determinados setores industriais, como o marítimo, o

⁴⁰ DUFFY, G. K. e outros. *op.cit.*, p.307.

⁴¹ SERPA, M. N. *op. cit.*, p. 77.

⁴² SINGER, R. L. **Resolucion de conflictos: técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar e legal.**, p.17.

mercado de valores, as peles e a seda, cujas empresas tenham que tratar regularmente entre si, estabeleceram há algum tempo seus próprios canais de resolução de diferenças.⁴³

Durante a década de 30 e princípio dos anos 40, vários Estados Federados e algumas cidades iniciaram o programa de mediação, promovido publicamente, para solucionar as disputas entre patrões e empregados.⁴⁴

No decorrer da Segunda Guerra Mundial, quando o Congresso norte-americano decidiu que não se podiam tolerar tumultos dos empregados nas fábricas de materiais bélicos, nasceu a War Labor Board (Junta Laboral de Guerra). Em 1947, o Congresso criou um escritório independente para a resolução de conflitos laborais: o Instituto Federal de Mediação e Conciliação.⁴⁵

A sociedade americana, inspirada no sistema utilizado pelos sindicatos dos trabalhadores e patronais, começou a pesquisar métodos alternativos de resolução de conflitos na década de sessenta, mas somente viu florescer esse trabalho nos anos oitenta. Foi daí que, expandindo-se para o Canadá, atingiu a Europa e passou a ocupar um espaço considerável na França, Inglaterra, Espanha e outros países.

Conforme indica Serpa:

*O uso e desenvolvimento da ADR, nos Estados Unidos, se espalhou pelo Reino Unido, Canadá, França, Espanha, Austrália, Hong Kong e Coreia. Pelo Oriente Médio, África do Sul, Nova Zelândia e alguns países das Américas Central e do Sul.*⁴⁶

Segundo Singer:

⁴³ SINGER, R. L. *ibidem*, p. 17.

⁴⁴ SINGER, R. L. *ibidem*, p. 18.

⁴⁵ SINGER, R. L. *ibidem*, p. 18.

⁴⁶ SERPA, M. N. *op. cit.*, p. 70.

La ADR há se expandido desde América del Norte, Inglaterra e Australia a Vietnam, Sudáfrica, Rusia, vários países centroeuropeos, Sri Lanka y Filipinas. Todos etos países están desarrollando programas innovadores, acoplados a sus propias características culturales, que van desde la mediación en causas civiles a la protección del medio ambiente. Los países también recurrerem a la mediación para resolver sus conflictos com otros países. El Tratado de Libre Comercio de EE.UU. y Canadá y el Tratado de Libre Comercio de Norteamérica contiene cláusulas expresas de resolución de controversias.⁴⁷

É importante destacar que na Europa, e principalmente na França, a ADR apresenta um enfoque distinto, sendo muito mais teórico que pragmático, principalmente no que tange à mediação.

7. A MEDIAÇÃO NA FRANÇA

Na França, a pesquisa sobre mediação tem características distintas das operadas nos EUA. Segundo Serpa, *os franceses têm tradição na arte de resolver disputas que estejam baseadas em diferenças sociais, comerciais e empresariais, através de negociação.*⁴⁸

A mediação pode ser classificada em dois tipos: a *mediação institucional ou monárquica* oriunda de um poder estabelecido (que pode estar ligado ao Estado, cidades ou organismos) e a *mediação cidadã*, que se caracteriza pela livre associação de um cidadão para com o outro (considerados mediadores naturais).

Outro ponto a destacar na ideologia francesa é que a mediação não pode ser considerada uma forma alternativa de resolução de conflitos, pois ela não possui o escopo

⁴⁷ SINGER, R. L. *op. Cit.*, p. 26-27.

⁴⁸ SERPA, M. N. *Idem.* p. 71. Essa prática começa pela própria formação dos advogados, na resolução de disputas, que assumem uma postura de negociadores e não uma postura corporativista para com sua profissão. O que interessa no procedimento é um resultado efetivo para a partes, e não para o advogado.

de decisão. Afirmar a mediação como forma alternativa de resolução implica dar-lhe demasiada conotação de solução final e definitiva aos problemas derivados do colapso do sistema judicial. Há na França uma preocupação teórica e prática com a filosofia a ser adotada pelo instituto da mediação.

No dizer de Jean François Six:

*No creemos que abajo la mediación deba parapetarse una filosofía que pretenda negar el conflicto, sino una filosofía que, como la dialéctica, sea capaz de acercarse al conflicto sin este prejuicio.*⁴⁹

O termo próprio usado pelos franceses não é o de via alternativa de resolução de conflitos e sim de *gestão de conflitos*. Para a escola francesa de mediação, o conflito não é a destruição da existência humana, senão, muito pelo contrário, um lugar de crescimento e desenvolvimento. É estritamente necessário para o bom desempenho da mediação separar aquilo que é violência daquilo que chamamos de conflito.

Segundo Jean François Six:

*La mediación está de moda, quizás porque vivimos en una sociedad mediática unidireccional, que, paradójicamente, esta muriendo de incomunicación, y lo estará cada vez más los próximos años, si tomamos en consideración la evolución y extensión fulgurante que de esta figura se há producido en otros países.*⁵⁰

A idéia básica inserida pela mediação francesa é criar uma cultura própria que possa servir de base para que a sociedade venha conhecer a si própria, quer dizer, uma nova forma de interpretar a si mesma.

⁴⁹ SIX, Jean-François. *Dinámica de la mediación*. Barcelona: Paidós, 1997. p. 226.

⁵⁰ SIX, J. F. *Idem*, p. 223.

8. A MEDIAÇÃO NO BRASIL

Não há previsão legal de mediação dentro do ordenamento jurídico brasileiro e são esparsos os estudos sobre o assunto.

No Brasil pode-se constatar através da doutrina que tanto a mediação quanto a arbitragem encontram resistências na sua utilização, com as seguintes justificativas: a) seriam uma forma a mais de burocratização, b) uma forma a mais de empreguismos e c) também, segundo a visão do Judiciário⁵¹, uma forma alternativa de tirar o “poder” de decisão, objetivo da dogmática científica, passando para as mãos de quem não estaria investido de competência.

Cabe ressaltar, mais uma vez, que a mediação não possui a intenção de dar poder a “alguém”, quem quer que seja, de decidir sobre a lide, e sim instrumentalizar as partes a reconstruir positivamente suas desavenças.

Pode-se constatar que, aprioristicamente, somente a arbitragem possui previsão legal. Quanto à mediação existe no ordenamento legal um mecanismo semelhante na CLT, cujo artigo 616, parágrafo 4º⁵², prevê a conciliação realizada por representantes do Ministério do Trabalho antes do impasse se transformar em dissídio.

A proposta do Ministro do Trabalho Murilo Macedo, em 1985, que procurava introduzir a mediação compulsória nos casos de impasse e a utilização facultativa da arbitragem administrativa gerou repúdio aos institutos.

⁵¹ Cf. AMARAL, Lídia Miranda de Lima. **Mediação e arbitragem: uma solução para os conflitos trabalhistas no Brasil**. São Paulo: LTr, 1994. p. 44.

⁵² Consolidação das Leis do Trabalho em seu artigo 616, parágrafo 4º. *Nenhum processo de dissídio coletivo de natureza econômica será admitido sem antes se esgotarem as medidas relativas à formalização da Convenção ou acordo correspondente.*

Segundo o teor da proposta *Murilo Macedo*, o *mediador* seria informado desde o início da negociação sobre as diferenças e/ou dificuldades existentes e, na iminência de um impasse ou a pedido das partes, daria início ao processo com a finalidade de lograr o acordo. Sua responsabilidade consistiria também na elaboração de toda documentação relacionada com a negociação para ser utilizada pela *arbitragem* ou pela Justiça do Trabalho, na hipótese de persistência do conflito, de vez que, com base na mencionada documentação, o juiz teria elementos para uma decisão mais segura, ou até mesmo para devolver o caso às partes e ao mediador para mais negociação, se entendesse conveniente.⁵³

Com relação à mediação existe um Anteprojeto de Lei sobre o Instituto, substitutivo ao Diploma presentemente em tramitação no Congresso Nacional, traduzindo a realidade brasileira e os legítimos interesses dos operadores dessa modalidade de ADR em nosso país.

Segundo Lídia Miranda de Lima Amaral:

*O grupo de trabalho constituído para essa finalidade manterá os devidos entendimentos com os integrantes da comissão de reforma do processo civil, empenhados num esforço análogo. O fundamental é que o documento em sua redação final traduza os princípios fundamentais que informa aquele instituto, sempre levadas em conta as peculiaridades do Brasil.*⁵⁴

⁵³ Cf. AMARAL, L. M. L. *op. cit.*, p. 45.

⁵⁴ AMARAL L. M. K. *op. cit.*, p. 46.

Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 4.287⁵⁵, que institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual do conflito.

9. A MEDIAÇÃO INSTITUCIONALIZADA

A mediação pode ser institucionalizada ou não. Uma corrente doutrinária sustenta que a administração do instituto deverá ser feita pelo Estado, como detentor formal do monopólio da ação, no que se refere à justiça. Outra corrente doutrinária afirma que o instituto deve ser administrado pela sociedade e seus cidadãos.⁵⁶

A corrente contrária à administração pelo Estado põe em dúvida se este vem cumprindo adequadamente o seu papel de ordenador do poder, disciplinando as formas e processos de execução coercitiva do Direito.

O Estado é uma instituição, do qual não se pode abdicar, mas nem por isto ele pode ser visto como um ente absoluto, superior aos indivíduos e à sociedade civil.

O problema de institucionalização da mediação pelo Estado seria a burocratização em que está calcado o poder Estatal, o que poderia dificultar o processo pelo qual devem passar as partes perante o procedimento da mediação.

A necessidade de aproximar a sociedade civil do Estado, o campo econômico do campo social, é que faz com que a mediação se torne um instrumento na

⁵⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. As transformações da família no último século, a legislação brasileira e a nova direção do Direito de Família. *Revista Jurídica*, Belo Horizonte, Del Rey, n. 7, a. III, p. 9-11, dez. 1999.

⁵⁶ Cf. SIX, J. F. *op. cit.*, p. 33-34.

reconstrução de uma nova concepção de cidadania, uma cidadania voltada realmente para os cidadãos e suas necessidades.

A maior preocupação dos mediadores institucionais é não tornar tal atividade uma mera reprodução do que já acontece no sistema judiciário, com juízes de perfil frios e abstratos, impermeáveis aos problemas da sociedade e do cidadão. O mediador institucional não é vinculado à instituição à qual pertenceria e sim à pacificação do conflito.

O mediador institucional deve obedecer a seu nexos de união, responsabilidade ao exercer sua atividade, como interlocutor das vontades, sem conduzir um resultado em função daquilo (instituição) a qual estaria vinculado.

A divisão feita por Jean-François Six é de dois tipos de mediadores: o *mediador institucionalizado* e o chamado *mediador cidadão*.⁵⁷

Ressalta o autor ainda a necessidade de haver entre estas duas espécies constantes discussões sobre seus trabalhos e resultados.

Nos EUA, os Supremos Tribunais dos Estados da Virginia, Arizona e Ohio se encontram entre os 18 Estados Americanos que estão organizados para estudar os papéis dos Estados com respeito à resolução dos litígios.⁵⁸

A magistratura Americana vem cada vez mais aderindo ao processo alternativo de disputas onde já existem três programas distintos:

⁵⁷ SIX, J-F. *op.cit.*, p.34. Jean-François Six é Presidente do Centro Nacional de Mediação de Paris, e membro da Comissão Nacional Consultiva de Direitos Humanos e membro fundador do autoconselho de mediação.

⁵⁸ RAY, L. El sistema legal descubre nuevas herramientas: las técnicas de resolución de disputas. p. 233. (in: DUFFY G. K e outros. La mediación y sus contextos de aplicación: Una introducción para profesionales e investigadores).

a) *Programas anexos ao tribunal*: programas que estão patrocinados, financiados e com frequência administrados e dirigidos diretamente pelos tribunais.

b) *Programas vinculados ao tribunal*: programas que têm compromisso com os tribunais e organismos públicos com a finalidade de proporcionar serviço de resolução de disputas.

c) *Programas independentes*: organismos com ânimo de lucro e benefícios existentes na comunidade para uma diversidade de fontes de derivação.

São adeptos do primeiro tipo de programa o Distrito de Columbia, Distrito Norte de Illinois e Distrito Oeste de Michigan, oferecido através do Tribunal Superior do Centro de Resolução de Disputas Multiportas. Ao segundo tipo de programa está o Centro de Mediação de Asheville na Carolina do Norte. O terceiro programa se encontra na Junta Comunitária de São Francisco.⁵⁹

Há também entidades independentes benéficas e lucrativas que também oferecem serviços de resolução de conflitos. Exemplos são a Associação de Arbitragem Estadunidense, o Centro para os recursos públicos e os serviços de arbitragem dos Estados Unidos.⁶⁰

Para os americanos, o papel da magistratura é mais complexo. A magistratura aceita funções executivas até o ponto que os juízes se comprometem com a administração do sistema de judicial.

⁵⁹ RAY, L. *ibidem*, p.234.

⁶⁰ RAY, L. *ibidem*, p. 235.

Alguns juizes federais afirmam que a autoridade específica para utilizar um programa de ADR pode ser encontrada nas disposições de gestão prévia ao juízo da Junta de Regras Federais de procedimento civil.⁶¹

Por exemplo, a Lei de Procedimentos e Resolução Alternativas das Disputas do Texas de 1987 sustenta que todos os Tribunais de primeira instância e de apelação e seus administradores judiciais têm a responsabilidade de levar a cabo políticas que fomentem a resolução pacífica de disputas e facilitem um acordo rápido dos litígios pendentes através dos procedimentos de acordos voluntários. A lei do Texas estipula ainda que a petição de qualquer uma das partes, ou do próprio tribunal, o tribunal pode derivar obrigatoriamente um caso a um processo de ADR.⁶²

A Lei da Flórida outorga aos juizes de contorno e de condado o poder de direcionar as ações civis defendidas à mediação ou à arbitragem não obrigatória, e concede às partes o direito de solicitar uma arbitragem vinculante. Ademais, a lei permite aos juizes criar programas semelhantes aonde não existam.⁶³

Também foram eleitos, pelos Tribunais de Nova York e Ohio, alguns casos em que a mediação não era possível. São eles crimes violentos, delitos graves por questões de droga; casos com alta potencialidade de violência; casos de reincidência.⁶⁴

A legislação que criou o programa de mediação para casos criminais também emendou a Lei de Procedimento Criminal de Nova York para que o tribunal possa outorgar um aplacamento com vistas a uma absolvição, com a condição de que o acusado participe de uma mediação e cumpra com qualquer acordo surgido durante o processo.⁶⁵

⁶¹ RAY, L. *ibidem*, p. 235.

⁶² RAY, L. *ibidem*, p. 235.

⁶³ RAY, L. *ibidem*, p. 235.

⁶⁴ RAY, L. *ibidem*, p. 237.

⁶⁵ RAY, L. *ibidem*, p. 238.

O que se tem levantado neste tipo de processo é que a ADR proporciona um procedimento lógico e paulatino que incrementa a participação das partes e facilita o acordo da resolução. As investigações mostram que quando as partes possuem um papel significativo no processo de resolução de disputas ficam mais satisfeitas com o resultado.

Segundo Ray *en la práctica, el 97% de las partes implicadas en la mediación afirman que participarían en el proceso de nuevo.*⁶⁶

O papel do advogado também é de vital importância, principalmente fora do processo de mediação. Por exemplo, um acordo durante o processo (aqui inclui-se todos os tipos de processos de mediação) pode ser aprovado e comprovado pelos respectivos advogados das partes.

O advogado das partes não pode participar diretamente dos acordos de mediação por um aspecto muito simples: o papel do advogado é representar o interesse das partes e o mediador não representa nenhuma das partes.

Nos Estados Unidos, os casos que envolvem direitos de família exigem que os mediadores sejam advogados, ou os advogados devem se fazer presentes juntos com seus clientes na sessão de mediação. Sendo assim, foram criadas normas éticas da Associação de Advogados Estadunidense em relação à prática da mediação nestes casos, principalmente no tocante à confidencialidade e neutralidade.⁶⁷

No Brasil, já existem entidades especializadas na mediação, apesar de ainda não ser legalizada, entre elas está a ABRAME - Associação Brasileira de Mediadores que está assim definida *é uma entidade sem fins lucrativos, que tem por objetivo a congregação de profissionais mediadores, sua formação, a implantação técnica e prática*

⁶⁶ RAY, L. *ibidem*, p. 238.

⁶⁷ Cf. RAY, L. *ibidem*, p. 242.

*da mediação no Brasil, que é uma técnica para resolução pacífica de conflitos, mundialmente aplicada com sucesso.*⁶⁸

Ainda define a ABRAME que a máxima da mediação será *todo o negócio é bom, quando é bom para todos*. Não se admite a barganha ou a não-realização dos interesses dos envolvidos, exigindo-se, no mínimo, a compreensão do problema. Não se trata, portanto, de encobrir o conflito ou protelá-lo, mas, ao contrário, trata-se do esclarecimento da verdade real, sem prejuízo à lei ou a outros critérios existentes.

Também formou-se o CONIMA - Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem em 24 de novembro de 1997, sendo elaborados Os “Regulamentos - Modelo” pela prática dos Institutos da Mediação e Arbitragem de observância obrigatória para árbitros e mediadores associados ao CONIMA.⁶⁹

Os mediadores também têm obrigações frente a outros códigos éticos (de advogados, terapeutas, contadores, entre outros). O Código de ética adiciona critérios específicos a serem observados pelos profissionais no desempenho da Mediação. No caso de profissionais vinculados a instituições ou entidades especializadas, somam-se suas normativas (específicas de sua atuação profissional) a este instrumento.

Como se pode observar, há uma preocupação em se definir os papéis, partes e mediador, para poder trabalhar com uma verdadeira mediação, já que é um conceito novo que vem provocando algumas discussões pelos doutrinadores.

⁶⁸ ABRAME - Disponível em: <http://www.abrame.com.br/o_que_e_a_abrame.htm>. Acesso em: 24 junho 1999.

⁶⁹ O Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem nasceu em 24 de novembro de 1997 durante seminário realizado no Superior Tribunal de Justiça com a presença do vice-presidente da república, Marco Antônio de Oliveira Maciel, em cuja ata de fundação constam as 19 mais representativas entidades voltadas à mediação e arbitragem no país. Cf. MUNIZ, R.G. P. **O CONIMA – Notícia berve sobre sua realidade**. p. 187 (in: OLIVEIRA, A. (org.). **Mediação: Métodos de resolução de Controvérsias**).

10. OBJETO E OBJETIVOS DA MEDIAÇÃO

Qualquer tipo de conflito pode ser objeto de mediação, mas há uma maior efetividade quando se fala em conflitos onde se estabeleçam relações de continuidade, como os de vizinhanças e familiares. Também são apresentados resultados efetivos na esfera pública e principalmente quando envolvem danos ambientais.

Diz José Luiz Bolzan de Moraes:

Problemas relativos às questões do cotidiano, tais como, discordância entre membros de instituições de ensino e lazer, discussões familiares e entre vizinhos e conflitos sobre o meio ambiente têm sido as principais matérias levadas à discussão através da Mediação, muito embora seja permitido discutir em tal processo qualquer conflito que venha interessar às partes a sua discussão desta forma.⁷⁰

Além dos já indicados, também podem ser objeto de mediação os conflitos de natureza comercial, civil, industrial, trabalhista, familiar, de vizinhança, comunitária, os que envolvem questões públicas e conflitos sociais e internacionais, além dos da área criminal (na relação vítima-ofensor).

Na mediação criminal entre vítima e ofensor, não é preciso estabelecer-se nenhuma relação de continuidade. Após o ofensor ser condenado pelo tribunal, mas antes de ser sentenciado, a vítima e o ofensor são levados à mediação. A vítima, com frequência motivada pelo estresse, pela ira de uma sensação de vulnerabilidade, busca uma oportunidade para arejar suas emoções em um ambiente protegido, e quem sabe negociar um plano para recuperação ou compensação de certas perdas. O ofensor está motivado pelo desejo de uma sentença mais leve.⁷¹

⁷⁰ MORAIS, José Luiz Bolzan. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1991. p. 162.

⁷¹ WELTON, G. L. *Las partes en conflicto: sus características y percepciones*. p. 142. (in: DUFFY, K. G. e outros)

Esse tipo de processo de mediação criminal oferece um benefício crucial muito além das vantagens pessoais.

Na área criminal, por exemplo, não são passíveis de mediação os conflitos que envolvam reincidência e alto grau de violência.

Dados apresentados pelas instituições em Nova York⁷² informam que dos casos submetidos à mediação 46% (quarenta e seis) são relativos à perseguição, 12% (doze) assaltos, 8% (oito) disputas interpessoais, 6% (seis) rompimento do contrato, 7% (sete) de invasão de propriedade e 3% (três) propriedade industrial.

Conclui-se que pode ser objeto de mediação qualquer tipo de conflito entre um ou mais indivíduos desde que estes indivíduos ou cidadãos, da esfera pública ou privada, estejam dispostos a participar livre e conscientemente do procedimento da mediação. A autonomia da vontade nasce no momento em que a parte opta pelo processo de mediação, em detrimento de outro qualquer.

O principal objetivo a ser alcançado pela mediação é a resolução de disputas e a redução dos aspectos negativos do conflito. Com isso, proporciona um ambiente para a estruturação do resultado da disputa. Deve produzir um plano de ação para as futuras relações das pessoas envolvidas em um conflito.

O objetivo direto apresentado pela mediação é a liquidação das diferenças, é a capacidade das partes se comunicarem. O mediador ajuda as partes a estabelecerem a comunicação. O mediador, no papel de um facilitador profissional, é o elo de ligação entre as partes envolvidas em um conflito.

⁷² DUFFY, K. G. *Intruducción a los programas de mediación comunitaria: pasado, presente y futuro*. p. 59. (in: DUFFY, K. G. e outros)

Serpa aponta os seguintes objetivos da mediação: 1) Redução dos obstáculos de comunicação entre os participantes; 2) Consideração das necessidades de cada um envolvido; 3) Maximização do uso de alternativas; 4) Preparação dos participantes para aceitar as consequências de suas próprias decisões.⁷³

Concluindo, a mediação objetiva a redução da ansiedade e outros efeitos negativos do conflito, levando as partes a normatizarem uma resolução consensual. A produção de um plano de ação (acordo) para o futuro que os participantes possam aceitar e cumprir.⁷⁴

Como princípio fundamental da mediação, aponta-se a autonomia da vontade, pois ela busca a igualdade concreta das partes e um reencontro com a cidadania, possibilitando um verdadeiro acesso à justiça, ou parafraseando Mauro Capeletti, busca o acesso a uma ordem jurídica justa.

Segundo a ABRAME (Associação Brasileira de Mediação), a mediação fundamenta-se na autonomia da vontade das partes, devendo o Mediador centrar sua atuação nesta premissa.⁷⁵

Quando se fala de autonomia, quer-se dizer que ninguém participa de um processo de mediação a não ser mediante vontade, absolutamente livre. Livre da iniciativa à consecução, devendo evitar-se, na maioria dos casos, a mediação compulsória.

A importância do princípio da autonomia da vontade na mediação será apresentado em tópico próprio.

⁷³ SERPA, M. N. *op. cit.*, p. 151.

⁷⁴ Cf. SERPA, M. N. *op. cit.*, p. 152.

⁷⁵ Cf. ABRAME - Disponível em: <http://www.abrame.com.br/codigo_de_etica.htm>. Acesso em: 24 junho 1999.

11. AS PARTES NO PROCESSO DE MEDIAÇÃO

Podemos denominar partes os sujeitos relacionados no conflito. Para Serpa, *o termo parte se refere a unidades analíticas, independentes do nível de generalidade, entre as quais e, entre os casos, dentre as quais o conflito tem lugar.*⁷⁶

Pragmaticamente qualquer pessoa, natural ou jurídica, envolvida em qualquer tipo de disputa⁷⁷ pode ser parte em um processo de mediação. As pessoas em qualquer atividade humana, pública ou privada, são receptáculos de conflitos que não raramente se transformam em disputas. Quando este fato acontece, disputa, e estas pessoas solicitarem a intervenção de um terceiro facilitador com a finalidade de ajudar na resolução de sua disputa, estar-se-á diante de uma mediação.

É de vital importância a identificação das partes quando tem início o processo de mediação, pois, muitas vezes o verdadeiro sujeito está oculto por outras pessoas sem a efetiva participação no conflito. Por exemplo, simpatizantes de movimentos ecológicos que apregoam a *não-derrubada* de árvores, numa determinada região, podem ser confundidos com as partes reais num conflito entre uma empresa madeireira e a Prefeitura da cidade.

Neste momento é que entra o papel do mediador para identificar as verdadeiras partes em disputa. Só depois da identificação real das partes envolvidas é que poderá dar início ao procedimento da mediação.

⁷⁶ SERPA, M. N. *op. cit.*, p. 58.

⁷⁷ A disputa tem sua origem no conflito. Sempre que as pessoas, face aos seus conceitos, princípios, costumes, não puderem concordar com as ações que outra pessoa ou grupo de pessoas pratiquem ou que gostariam que praticasse, manifestarem sua indisposição ou desejo e não se satisfaçam com a reação da outra pessoa, normalmente se instala uma disputa.

No dizer de José Luiz Bolzan de Moares, *grande preocupação traduzida pelo Instituto da Mediação é o equilíbrio das relações entre as partes. Não obterá êxito a mediação onde as partes estiverem em desequilíbrio de atuação.*⁷⁸

12. O MEDIADOR

A figura do mediador é a de um facilitador profissional⁷⁹, que tenta, através de várias técnicas, pela conscientização e pelo diálogo, proporcionar uma real compreensão do problema e dos interesses envolvidos e, assim, ajudar as partes a acordarem entre si sem a imposição de uma decisão de um terceiro, evitando as complicações de um processo judicial.

Para que a mediação resulte positivamente na resolução do conflito, há necessidade da figura de um terceiro imparcial - o mediador. Este pode ser qualquer pessoa indicada pelas partes, desde que tenha a confiança das mesmas.

Há que se ressaltar a necessidade de profissionalização e preparo técnico⁸⁰ para resolver conflitos a fim de se garantir que o mediador esteja devidamente preparado e possa cumprir com os princípios básicos da mediação. O mediador não precisa obrigatoriamente ser advogado, mas necessita ter algum conhecimento jurídico.

Para Moraes, *dessa forma, é consenso que compete ao mediador conhecer o direito material relativo ao mérito da questão com a discussão, na mesma medida que se reconhecem algumas habilidades específicas como fundamentais aos mesmos.*⁸¹

⁷⁸ MORAIS, J. L. B. *op. cit.*, p. 151.

⁷⁹ Este é um termo usado pela ABRAME ao definir a figura do mediador.

⁸⁰ O mediador, além de um vasto conhecimento jurídico, deve possuir um conhecimento da sociologia e da psicologia e mais ainda deve ter aptidão para desenvolver a atividade e possuir uma grande capacidade de comunicação.

⁸¹ MORAIS, J. L. B. *op. cit.*, p. 154.

A imparcialidade⁸² é condição indiscutível quando se fala em mediador. Outra importante habilidade é a capacidade de comunicação, pois, como já foi visto anteriormente, a comunicação entre as partes é um dos objetivos do processo.

O mediador é livre para atuar de acordo com o conflito que lhe é colocado, pois deve facilitar ou restabelecer a comunicação.

Na visão de Galano:

*O mediador, como adjetivo, seria a pessoa que faz ou tem capacidade de realizar a ação de mediar, de conter o outro sem dominá-lo. De ajudar nesta passagem de um conflito extremo e desesperado para uma diferença reconciliável. Ter a capacidade de percepção na disputa, sem tomar partido.*⁸³

O mediador deve ser discreto e preservar o segredo profissional, possuindo os seguintes deveres: informação, independência, imparcialidade, sigilo profissional, autoridade e qualidade moral.

Há uma certa confusão conceitual quando se fala em neutralidade e imparcialidade do mediador perante a mediação. A literatura referente ao assunto apresenta confusão, ora tratando de imparcialidade como se fosse neutralidade e vice-versa.

Falar em imparcialidade é discutir a natureza, objetivos e limites do poder do mediador em uma negociação mediada. Como o mediador não decide, não se pode colocar em questão a imparcialidade de sua atividade.

Reportando-se aos princípios básicos da mediação, vai-se observar que o que se trata muitas vezes de neutralidade é imparcialidade. O Código de Ética dos

⁸² A imparcialidade é ponto fundamental para o êxito da mediação. O mediador deve manter-se equidistante.

⁸³ Cf. GALANO, Monica Haydee. *Mediação – Uma nova Mentalidade*. p.103, (in: OLIVEIRA, A. Organização.).

Mediadores, elaborado pelo COMINA, no item II dos Princípios Fundamentais tem como escopo a imparcialidade.

*(...) condição fundamental ao Mediador; não pode existir qualquer conflito de interesse ou relacionamento capaz de afetar sua imparcialidade; deve procurar compreender a realidade dos mediados, sem que nenhum preconceito ou valores pessoais venham interferir no seu trabalho.*⁸⁴

Ser imparcial significa que ao mediador não cabe a decisão, o julgamento, a identificação de quem está certo ou errado. O mediador deve ser ético, transformando a disputa em um procedimento não adversarial, um compromisso em ajudar as partes, transformando o conflito e estabelecendo a comunicação.

Segundo Jean François Six:

*La mediación es imparcial: no puede favorecer indebidamente a una o a otra de las personas, o a uno o a otro grupo; el mediador debe mantenerse en la distancia entre los dos y debe dejarse conducir, en su trabajo con ambos, por los criterios de verdad y equidad.*⁸⁵

Já no tocante à neutralidade⁸⁶, esta deve estar presente no processo da mediação a fim de evitar que uma decisão seja tomada em benefício de uma das partes.

Para Serpa, a função do mediador estaria ligada: *como o apresentador do assunto* (a mediação deve chegar a um termo favorável a todos), *como gerente do processo*

⁸⁴ OLIVEIRA, A. *op. cit.*, p. 196.

⁸⁵ Estabelecido pela Carta de Mediação, elaborada pelo Centre National de la Médiation (CNM) em Paris, obra de SIX, J. F. *op. cit.*, p. 203.

⁸⁶ Para não tomar partido nem a favor nem contra. *A situação daquele que se coloca indiferente ou fica imparcial diante da questão ou luta ferida entre outros*, cf. SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, v. III e IV, 1990.

(o mediador é o responsável técnico pelo andamento do processo), *como catalisador* (produzir reação das partes), *como interventor educacional* (canaliza informações), *como um estudante do processo* (conhecer a fundo o caso), *como tradutor* (transmitir a proposta de cada parte em uma linguagem acessível), *como comunicador*, *como coletor de informações*, *como expansor de recursos* (buscar alternativas), *como um bode expiatório* (muro de lamentações das partes), *como agente da realidade* (até que ponto às partes estão sendo realistas), *como guardião das soluções duráveis* (seu trabalho é dirigir as pessoas, em disputa, para uma solução que satisfaça a ambas) e *como protetor do processo* (pois o processo é o veículo de ajuda às pessoas).⁸⁷

O diretor do Serviço Federal de Mediação e Conciliação dos Estados Unidos, William E. Simkin, enumerou dezesseis qualidades que um mediador em potencial tem que possuir:

- 1) A paciência de Jó;
- 2) A sinceridade e as características de um inglês;
- 3) A presença de espírito de um irlandês;
- 4) A resistência física de um corredor de maratona;
- 5) A habilidade de romper barreiras de um *halfback*⁸⁸;
- 6) A personalidade, à prova de investigação, de um bom psiquiatra;
- 7) A astúcia de Maquiavel;
- 8) A discrição de um mudo;
- 9) A impenetrabilidade de um rinoceronte;
- 10) A capacidade de demonstrar integridade e personalidade;

⁸⁷ Cf. SERPA, M. N. *op. cit.*, p. 221.

⁸⁸ *Halfback* é a denominação usada para um jogador de futebol americano que avança com a bola, partindo de trás da linha de zagueiros da sua equipe.

- 11) Conhecimento básico e confiança no processo de barganha coletivo;
- 12) Fé no voluntarismo em contraste com a imposição;
- 13) Crença fundamental nos valores humanos e potenciais, moderados pela habilidade de acesso às fraquezas e fortalezas pessoais;
- 14) Aguçada habilidade para analisar o que é disponível, em contraste ao que pode ser desejável;
- 15) A sabedoria de Salomão;
- 16) Suficiente vigor pessoal e ego, qualificados por disposição de se auto-anular.⁸⁹

A essas características pode-se acrescentar ainda: a percepção de um felino, a memória da escrita, a serenidade das águas de um lago, a firmeza de uma montanha e a determinação de uma bússola.⁹⁰

Serpa estabelece o perfil ideal do mediador:

(...) o ideal seria que um mediador tivesse, na sua bagagem, vários backgrounds e pudesse lidar com os sentimentos das partes, como um terapeuta, identificar e testar realidade, como um advogado, e tivesse a capacidade de planejar e organizar, próprias de um administrador, ou pudesse transmitir conhecimentos, como um verdadeiro professor.⁹¹

Já a ABRAME (Associação Brasileira de Mediação) apresenta como princípios básicos de conduta do mediador:

a) *Imparcialidade* - devendo procurar compreender a realidade dos mediados, sem que nenhum preconceito ou valores pessoais venham interferir em seu trabalho;

b) *Credibilidade* - deve o mediador ser independente, franco e coerente;

⁸⁹ Simkin apud. SERPA, M. N. *op. cit.*, p. 218.

⁹⁰ SERPA, M. N. *op. cit.*, p. 219.

⁹¹ SERPA, M. N. *Idem*, p. 289.

c) *Competência* - é no sentido de aptidão. Somente atuar quando tiver as qualificações necessárias para satisfazer as expectativas razoáveis das partes;

d) *Confidencialidade* - fatos são sigilosos e privilegiados durante a mediação. Não há possibilidade de servirem como testemunhas, desde que não contrarie a ordem pública;

e) *Diligência* - zelar para que todos os princípios fundamentais sejam mantidos e atuar ativamente, dando qualidade ao processo mediador.

Qualquer cidadão com preparo⁹², aptidão, bom senso e profunda capacidade de comunicação pode ser mediador. As habilidades do mediador são fundamentais para o êxito processual deste mecanismo, sendo inclusive indispensáveis, dependendo da espécie da discussão, conhecimentos específicos.

As exigências para a formação do mediador dependerão única e exclusivamente da filosofia adquirida pelo instituto no Brasil. Nos Estados Unidos, por exemplo, o papel do mediador está intrinsecamente ligado ao sistema judiciário, já que serve como suporte em matéria de resolução de disputas.

O mediador atua como o garantidor no decorrer do processo de mediação da aplicabilidade dos princípios que regem seu trabalho e o instituto, devendo por tanto ter um mínimo de preparo técnico na área em que irá atuar.

Segundo José Luiz Bolzan de Moraes:

Entretanto, recomenda-se, devido a seriedade e cientificidade do instituto, que o mediador seja alguém preparado para exercer tais funções e que possua conhecimento jurídico e técnico necessário para o bom desenvolvimento do processo. Ressalta-se, então, que profissionais preparados para exercer a função de mediador

⁹² Pela literatura utilizada o mínimo de preparo técnico corresponde a conhecimentos básicos nas áreas jurídica, social e psicanalítica.

*utilizam-se de técnicas de manejo comportamental previamente programadas a fim de estimular as partes a participar efetiva e proveitosamente das atividades do processo objetivando obter uma decisão que realmente pacifique a discordância.*⁹³

13. O PROCESSO DE MEDIAÇÃO

A mediação é um processo com temas, metas e tempo limitados. Enfatizando o presente e o futuro, mas não o passado. Os temas devem ter aspectos mais objetivos, pois há casos em que a mediação vai lidar com aspectos da lei que podem influir nas negociações.

O conflito é próprio da natureza dialética do homem, sendo ele simplesmente manifestação ou instrumento de mudança. Por isso, o conflito pode e deve ser visto sob um ângulo extremamente positivo, seja ele intrapessoal ou interpessoal, pois estimula interesses e curiosidades, equacionando problemas e buscando soluções.

O processo de mediação, através da negociação, visa estimular os aspectos positivos do conflito, buscando um resultado efetivo na disputa, gerando uma harmonia entre as partes.

13.1. Definição de Processo

Segundo Plácido e Silva:

Derivado do latim processus, de procedere, embora por sua derivação se apresente em sentido equivalente a procedimento, pois que exprime, também, a ação de proceder ou ação de prosseguir, na linguagem jurídica outra é sua significação.

Exprime, propriamente, a ordem ou a seqüência das coisas, para que cada uma delas venha a seu devido tempo, dirigindo, assim, a

⁹³ MORAIS, J. L. B. *op. cit.*, p. 152.

*evolução a ser seguida no procedimento, até que se cumpra sua finalidade.*⁹⁴

Para Aurélio Buarque de Holanda Ferreira⁹⁵ processo é *ato de proceder, de ir por diante; seguimento, curso, marcha.*

O processo de mediação é o ato de proceder, entre as partes e um terceiro facilitador, que através de uma seqüência adaptada, dependendo do tipo de disputa e natureza do conflito, permite que se chegue a um resultado final e satisfatório para as partes em disputa.

O principal ponto de enfoque na mediação é o procedimento, porque o envolvimento das partes traz uma melhor qualidade de vida e mais eficácia no resultado final, ou seja um resultado que não gerará um novo conflito, pois foram administradas as diferenças.

Na mediação, trata-se o procedimento de um ponto de vista mais informal, mais preocupado com as questões materiais do que as formais.

Segundo Highton e Álvares:

*Apesar da palavra mediação ter sido utilizada para se descrever um conjunto de práticas cujo objetivo era ajudar os que se encontram em controvérsias, em geral ela é utilizada para definir um processo no qual um terceiro imparcial ajuda as partes a se comunicarem e a realizar escolhas voluntárias e conscientes em esforço para resolver seu conflito.*⁹⁶

⁹⁴ SILVA, D. P. *op. cit.*, p. 456.

⁹⁵ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário aurélio da língua portuguesa*. 2.ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 1999. p. 1395.

⁹⁶ HIGTON, Elena Inés e Gladys Stella Álvarez. A mediação no cenário jurídico: seus limites - a tentação de exercer o poder e o poder do mediador segundo sua profissão de origem. In.: SCHNITMAN, D. F.; LITTLEJOHN, Stephen (org.) *op. cit.*, p. 189.

Quanto ao cumprimento do acordo de mediação, objetivo do processo, dependerá muito da filosofia do programa e sua relação com os organismos judiciais locais e das características da legislação estatal.

Existem, neste caso, três modelos a serem seguidos de cumprimento obrigatório, nos casos em que não há o cumprimento do acordo voluntário estabelecido pela mediação.

No *primeiro*, o programa não participa em nível ativo, apenas informa ao demandante sobre os possíveis canais e através dos quais se pode proceder a disputa posterior, ou seja, auxilia na escolha entre a via judicial e a via extrajudicial.

No *segundo*, o programa pode fazer uma minuta do acordo do contrato potencialmente executável, baseando-se no que o cliente pode demandar.

Num *terceiro modelo*, a queixa original pode haver sido originada de um Tribunal, onde um indivíduo recebe a oportunidade de evitar o encargo judicial, participando do processo de mediação. A acusação criminal fica em suspenso durante um tempo específico, depois se volta para avaliar o caso. Se a mediação for insatisfatória, continua-se com processo judicial. Se a mediação for frutífera, ignora-se o encargo judicial.

Também existem métodos tradicionais de execução de um acordo de mediação. Os acordos podem ser redigidos em um contrato de obrigatoriedade jurídica. As partes *podem*⁹⁷ aceitar que o acordo se incorpore a uma ordem judicial, como, por exemplo, uma indenização, em que as partes acordam que quem não cumprir o acordo terá que se sujeitar a um processo de mediação.

⁹⁷ É importante observar este verbo "poder". Há aqui o aspecto da faculdade do cidadão em querer ou não a obrigatoriedade.

A chave de tudo reside em que as partes devem participar voluntariamente do processo de mediação. Tal procedimento só levará o cidadão a uma justiça rápida, apropriada e razoável. Na mediação, podem-se observar decisões de um novo tipo de racionalidade pragmático consensual, onde a decisão não está determinada pela arbitrariedade do poder judiciário, nem pela soberania do poder político, mas pela livre manifestação de opinião.

Denomina-se processo, porque apesar da característica de informalidade e liberdade, faz-se necessário para a credibilidade da mediação que se estabeleçam certos procedimentos e fases. Também há a presença de princípios norteadores e conjunto de procedimentos caracterizadores do processo.

13.2. Características ou Princípios do Processo de Mediação

Segundo a ABRAME, são estas as características do processo de mediação:

a) Consensualidade: A liberdade das partes é total e passa tanto pela escolha do mediador como se desejam a mediação/conciliação;

b) Sigilosidade: tratam-se de sessões privadas, onde o sigilo é garantido expressamente e faz parte essencial da atuação do mediador e garantidor da confiança mútua da conciliações;

c) Informalidade: As partes detêm todos os controles e poderes. Não existem códigos ou normas preestabelecidas, é exigido respeito mútuo como condição para a escuta;

d) Oralidade: são seções conjuntas de conciliação onde as partes estão frente a frente sob a orientação do mediador, um terceiro facilitador;

e) *Privacidade*: nas sessões não são anotados depoimentos; tudo que é dito fica no âmbito das partes sem qualquer publicidade. Caso ocorra o acordo, o mesmo será redigido como expressão da manifestação de vontade de partes maiores e capazes, que poderá, para a segurança dos seus efeitos legais, ser submetido aos advogados.

No Estado da Flórida, nos Estados Unidos, o Estatuto de conduta de mediadores, na parte II, da Regra 10.020, Capítulo 44.1011⁹⁸, elenca os seguintes princípios que regem o processo de mediação:

a) *Voluntariedade das partes*: as partes devem participar do processo mediante a vontade, absolutamente livre. Não comporta a compulsoriedade. Este princípio apresenta características de autonomia.

b) *Não-adversariedade*: o processo funciona como um redutor de hostilidade, não há ganhos ou perdas. As partes entram no processo mediador, de acordo com sua vontade, para determinar certos resultados sem se colocar em posição de competição com a outra parte.

c) *Presença de um terceiro interventor*: diferente da negociação, usada aqui apenas como técnica, é necessária a participação de um terceiro interventor que cria uma nova dinâmica, um facilitador da comunicação entre as partes.

d) *Imparcialidade e neutralidade*: não há do mediador nenhuma espécie de aconselhamento, parecer ou solução conjunta ou separadamente. O mediador não deverá estar ligado a nenhuma das partes de qualquer forma que possa inibir a neutralidade ou efetiva intervenção. A imparcialidade aqui significa ausência de favoritismo ou preconceito com relação às palavras, ações ou aparências.

⁹⁸ Cf. SERPA, M. N. *op. cit.*, p. 153.

e) *Autoridade das partes*: as partes é que detêm o poder e só a elas cabe elaborar, discutir e decidir qual solução será aplicada ao caso apresentado. São responsáveis pelo andamento e resultado do processo. As partes têm o direito de decidir como melhor lhes convier, é proibida a coerção na mediação. Mais uma vez aparece a característica da autonomia das partes envolvidas no conflito.

f) *Flexibilidade do processo*: a mediação não é um processo rígido e não está restrito a normas de ordem genéricas e abstratas. Sua estruturação depende unicamente das partes.

g) *Informalidade*: o processo de mediação não está submetido a nenhuma norma de direito substantivo ou processual. Todas as normas emergidas tem um caráter privado, não vinculam a nenhum sistema jurídico. *Os resultados não constituem objeto de cobrança ou execução* (grifa-se).

h) *Privacidade do processo*: a vontade das partes se manifesta de maneira autônoma e soberana. Não vigorarão como lei entre as partes, nem podem ser argüidas ou executadas. As decisões são tidas como expressões da própria personalidade.

i) *Consensualidade da resolução*: o único resultado que sujeita as partes é aquele que elas concordem. Qualquer coisa diferente disso não é mediação.

j) *Confidencialidade*: não há possibilidade, salvo decisão em contrário, de dar publicidade ao processo, mesmo que seja entre as partes conflitantes.

13.3. Etapas do Processo

Apesar da informalidade como característica/princípio da mediação, é necessário haver, para um resultado positivo, estágios a serem percorridos. Denominamos

o conjunto de estágios/procedimentos, de processo, porém há de se ressaltar que o processo não deve possuir um modelo definido.

Segundo José Luiz Bolzan de Moraes:

*O processo da mediação deve ser analisado de maneira técnica. Não existe um modelo definitivo para o mesmo. Este varia de acordo com a matéria a ser mediada, as habilidades do mediador, a maneira que se comportam as partes, a escola de formação técnica do neutro e de acordo com qualquer outro fator externo que, porventura, venha a interferir no andamento do processo.*⁹⁹

Os estágios não devem possuir uma postura fixa, podendo serem retomados de acordo com a necessidades, sobrepondo-se uns aos outros. É possível a retomada de um estágio já passado, no caso de ser tal retorno proveitoso para a efetiva concretização do processo.

Segundo Serpa, o processo da mediação se divide nos seguintes estágios:

Estágio preliminar - compreensão e engajamento das partes: considerado o estágio mais importante do processo, pois é a fase onde se conquista junto às partes confiança e cooperação para todo o resto do processo. A qualidade e credibilidade do mediador são os pontos altos deste estágio.

Diz Serpa:

*Esta fase é a mais difícil de ser ultrapassada pelo mediador. Criar confiança, em nível profissional já demanda um contexto que envolve um histórico pessoal.*¹⁰⁰

Na mesma linha segue José Luiz Bolzan de Moraes:

⁹⁹ MORAIS, J. L. B. *op. cit.*, p. 164.

¹⁰⁰ SERPA, M. N. *op. cit.*, p. 178.

A sessão de mediação, propriamente dita, é preparada na primeira fase considerada arranjos preliminares. É neste momento que devem ser feitos os acordos gerais. É o instante em que as partes darão o aceite final em levar seu problema a um processo de mediação.¹⁰¹

Neste estágio, as partes tomam conhecimento da mediação, ou seja, há o processo de informação que poderá ser efetuada através de material escrito e/ou informação oral. Também há, se necessário, conforme a natureza do conflito, o engajamento de outras partes, pois normalmente o processo é iniciado por apenas uma das partes na disputa sendo necessária a chamada e o conhecimento da outra ou das outras.

Havendo a concordância de ambas as partes, inicia-se a formalização do processo de mediação, que pode-se denominar de aceitação e contrato.

Nesta fase é fundamental que o mediador esclareça que não decide e que não tem responsabilidade com relação às decisões tomadas pelos disputantes.

Estágio introdutório - encontro das partes e criação de estrutura e confiança: esta é fase em que se sedimenta a confiança e credibilidade no mediador. A fase introdutória é estruturada em passos ou momentos que não obedecem a uma ordem rigorosa, mas que se apresentam interligados. É quando as partes têm o primeiro contato com o processo.

Há neste estágio a identificação das partes. O tempo de duração das sessões, que em média duram quatro horas¹⁰², possibilitam o início e término no mesmo dia e uma prévia fixação de honorários do mediador.

¹⁰¹ MORAIS, J. L. B. *Idem*, *Ibidem*.

¹⁰² *A praxe na Flórida, como exemplo, é de que as sessões se comportam num período em torno de quatro horas. Os mediadores com maior experiência estabelecem esse período de quatro horas, com início a primeira hora da tarde. Essa*

Na introdução do mediador, este deve apresentar-se e oferecer tempo para que as partes e seus representantes também o façam. Em seguida, deve-se descrever o processo minuciosamente a fim de que os envolvidos tenham pleno conhecimento dos assuntos discutidos. É fundamental também que as partes assumam o compromisso com o processo e tenham claro que todo o processo é fundamentalmente confidencial.

As partes confirmam seu compromisso de se empenhar tanto quanto possível para resolver as questões apresentadas.

Primeira parte - apresentação feita pelas partes: aqui as partes iniciam algumas declarações, normalmente para salientar interesses substantivos.

As declarações de interesses devem ser feitas pelas próprias partes, em alguns casos os representantes (advogados) podem fazer estas declarações, traduzindo os interesses com uma visão jurídica do processo.

Segundo Maria Nazareth Serpa:

*Dois fatores dimensionam essa fase da mediação: a natureza e a complexidade das questões em conflito e o contexto emocional.*¹⁰³

O objetivo primordial deste momento é que as partes apresentem às demais e ao mediador os reais motivos que os levaram a ingressar no processo. Se necessário for o mediador deve buscar informações adicionais.

Para José Luiz Bolzan de Moraes:

Nos depoimentos iniciais, cabe às partes e aos seus representantes fazerem uma apresentação, de forma ininterrupta, acerca dos motivos que os trouxeram a esta situação, devendo, ainda expressar os argumentos em favor de seu ponto de vista sobre a

prática normalmente possibilita uma mediação começar e terminar no mesmo dia. Caso isso não aconteça, o mediador programa novo período para a continuação do processo. Cf. SERPA, M. N. *op. cit.*, p. 184.

¹⁰³ SERPA, M. N. *Idem*, p. 190.

*disputa. É muito importante que cada uma das partes utilize-se do seu tempo e que quando expondo os seus motivos não seja interrompida. Compete ao mediador frisar que os debates serão desenvolvidos no momento oportuno.*¹⁰⁴

Segunda parte - descoberta e isolamento das questões: logo após as apresentações o mediador deve passar a fazer perguntas para identificar a natureza do conflito, procurando salientar aqueles que não estão manifestados. *Para isso usa critérios objetivos de avaliação como: imediatividade do conflito, duração, intensidade dos sentimentos e a rigidez das posições.*¹⁰⁵

O escopo deste estágio é identificar o verdadeira foco do conflito, pois normalmente ele está camuflado. Ingressa-se no período de identificação exata do ponto em discussão, a definição da questão.

Terceira parte - facilitando a comunicação e a troca de informações: é o estágio em que o mediador deve maximizar informações precisas e eliminar comportamentos negativos. Deve, também, o mediador, estimular e ensinar as partes a questionar, usando as mesmas práticas de comunicação.

Segundo Serpa¹⁰⁶, utilizam-se técnicas de comunicação, tais como ênfases das afirmações, paráfrase ou tradução, escuta ativa, entre outras.

É o momento de identificação dos pontos em conflito. *“Nesse momento os desejos, aspirações e principalmente os pontos que não podem ser aceitos ficam mais claros.*¹⁰⁷

¹⁰⁴ MORAIS, J. L. B. *op. cit.*, p. 167.

¹⁰⁵ SERPA, M. N. *op. cit.*, p. 190.

¹⁰⁶ Cf. SERPA, M. N. *Idem*, p. 191.

¹⁰⁷ SERPA, M. N. *op. cit.*, p. 192.

Quarta parte - estabelecendo um clima emocional positivo: este estágio pode e deve acontecer em qualquer momento do processo, pois o clima emocional faz parte do processo de negociação. É o momento em que as partes liberam suas emoções e o grande veículo é a descontração e a liberdade para a demonstração das emoções.

Aqui as partes são convidadas a enfocarem seus problemas abstraindo-se da pessoa do outro. Devem revelar seus impactos emocionais e expressar seus sentimentos uma a outra. Se necessário, deve o mediador utilizar sessões privadas e/ou sugerir um recesso.

Quinta parte - sessões privadas: em alguns modelos de mediação, as reuniões separadas facilitam a comunicação. Tudo que for identificado nestas sessões somente será revelado se houver o consentimento da parte que está sendo ouvida, é necessário portanto a específica autorização.

O mediador estimula cada parte, separadamente, a descobrir seus interesses e necessidades, indicando de forma geral qual a natureza dos termos de acordo, em termos gerais, que está disposta a aceitar.

É o período de formação de idéias, opções e alternativas para solucionar a questão.

Maria de Nazareth Serpa elenca alguns motivos que levam o mediador a identificar a necessidade de uma sessão individual. São eles:

- a) *para explorar insinuações ou palpites de concessão ou informação que o mediador acredita, a parte não tem condição de prestar ou discutir em sessão conjunta;*
- b) *Para retomar o controle quando as partes fogem dos objetivos;*
- c) *Quando o mediador acredita necessitar de algumas sugestões de risco;*
- d) *Para prevenir*

*escalada do conflito e e) Quando acredita que a negociação está à beira de um impasse.*¹⁰⁸

Sexta parte - linguagem corporal: também como estágio anterior, esse estágio se constitui em ocorrência do processo e não num momento definido. Desenvolve-se desde o início da mediação.

É momento fundamental, pois, segundo autoridades em comunicação, é um dos principais meios de transmissão de mensagens. Expressões, tais como gestos, uso do espaço, manipulação de objetos, expressões faciais, que, intencionais ou não sempre querem dizer alguma coisa.

Sétima parte - criação e desenvolvimento de opções: é o momento das negociações, quando duas cabeças pensam melhor do que uma para criar opções.

Há a construção de confiança e entendimento, fazendo com que as partes esclareçam seu posicionamento, demonstrando credibilidade e sinceridade. É quando as partes passam a apresentar algumas opções para o problema final trazido.

Segundo José Luís Bolzan de Moraes, é o período de “dar e receber” no processo de mediação.¹⁰⁹

Oitava parte - negociar com intervenção: Esse é o estágio em que as partes possuem em mãos uma série de opções para decidir a questão. Não necessariamente várias opções significam ajuda para decidir, mas servem como instrumento. As opções dependem das condições e disposições das partes e da habilidade do mediador.

Segundo Maria de Nazareth Serpa:

¹⁰⁸ SERPA, M. N. *Idem*, p. 194.

¹⁰⁹ MORAIS, J. L. B. *op. cit.*, p. 168.

Nesse estágio as partes se defrontam e negociam diretamente, estão de frente para o conflito e trabalham para resolvê-los de acordo com seus estilos.¹¹⁰

Os seguintes pressupostos devem ser observados: a separação dos problemas das pessoas; deve-se concentrar nos interesses e não em posições; criam-se opções para ganhos mútuos; assegura-se um processo imparcial e pratica-se uma comunicação direta.

Algumas razões, segundo Maria de Nazareth Serpa, influenciam negativamente esse estágio e são elas: *quando as partes não sabem quais são seus interesses; usam como estratégia esconder seus interesses; às vezes “foram tão longe” sustentando suas posições que não podem facilmente “salvar a cara” e pronunciar seus interesses e finalmente as partes desconhecem o procedimento para explorar interesses.¹¹¹*

Neste estágio, o mediador se dirige às partes menos enfaticamente, seu maior enfoque é para as questões em conflito. Pode-se dizer que é a fase de educação das partes para administração do conflito.

Nona parte - a resolução da disputa: de uma forma ou de outra a negociação sempre termina. O encerramento de disputa e o acordo das questões em conflito é o resultado principal objetivado por todos.

Segundo José Luis Bolzan de Moraes:

A preparação deste é competência do mediador. Deve conter a determinação do acordo firmado, assumir forma de contrato ou memorando de pacificação e ser assinado pelas partes. Não sendo obtido a concordância, deve o mediador reapresentar o problema às partes, salientando qualquer avanço nos entendimentos que, proventura, estas tenham obtido.¹¹²

¹¹⁰ SERPA, M. N. *op. cit.*, p. 201.

¹¹¹ SERPA, M. N. *Idem*, p. 201.

¹¹² BOLZAN, J. L. M. *op. cit.*, p. 169.

A mediação pode findar com ou sem resolução da disputa, mas apresentando um critério mais simplista de avaliação, elencamos três: resolução de todos ou de algumas questões substantivas, resolução de questões formais, sem resolução, seja em questões adjetivas ou substantivas.

Quando há resolução de todas ou algumas questões substantivas: havendo resolução de todas, o sucesso do resultado é garantido; faltando a resolução de algumas questões, deve o mediador orientar as partes para as seguintes opções: a concordância em um processo para resolver as questões remanescentes, a arbitragem ou outro método de resolução, ainda se considera como se tudo tivesse sido resolvido com o processo de mediação, ou na impossibilidade de um processo pacificador (mediação), um processo judicial.

Quando há resolução somente em questões de procedimento ou formais: neste momento o mediador deve aconselhar as partes a litigarem judicialmente, ou a trabalhar os conflitos com um terapeuta, ou mesmo estabelecer uma trégua. O valor desse entendimento é que revela expectativas confiáveis para suportar os futuros problemas.

Resolução sem acordo em questões substantivas ou processuais: mesmo quando não há nenhuma possibilidade de acordo é fundamental que o mediador aponte às partes os pontos positivos do processo para que eles saiam da sala de sessões com os sentimentos mais estabilizados.

Deve, então, o mediador mostrar às partes quais os outros caminhos a serem seguidos, que podem ser a arbitragem (dependendo da natureza do litígio) ou a ação judicial. O importante neste estágio é que as partes não saiam com a sensação de perda e sim com os ânimos mais tranquilos e visualizando uma outra forma de resolução ou solução dos conflitos.

Décima parte - esclarecimento e redação do termo de compromisso: o acordo pode ser escrito ou não. Quando a disputa envolve um simples pagamento, o acordo pode ser feito mediante um simples recibo.

Quando o acordo for escrito, deve ser redigido de forma simples, completa e em linguagem clara, devendo não só incluir as provisões resolvidas, mas também permitir que os participantes possam ler facilmente e revisar posteriormente, caso as questões adquiram novas feições. O documento se constitui numa minuta de acordo a ser circulado entre as partes para comentários e revisão, podendo esta ser pelas próprias partes interessadas ou por terceiros (advogados).

Depois de revisado e implementado o acordo, deve ser assinado pelas partes que representando a cooperação e o encerramento.

Segundo Maria Nazareth Serpa *depois de assinado, por ambas as partes, o termo de compromisso passa a ser um contrato que vigorará entre as partes, dependendo da matéria e das formalidades.*¹¹³

No Brasil, por exemplo, os conflitos de natureza conjugal necessitam, após a firmação do acordo, da homologação judicial a ser feita pelo Poder Judiciário. Da mesma forma, infrações contratuais, questões comerciais podem receber provisões de como e em que circunstância o acordo alcançado na mediação vinculará as partes.

13.4. Processo de Mediação Legal ou jurídica

É possível, com limites, proceder a mediação mediante um conflito legal.

¹¹³ SERPA, M. N. *op. cit.*, p. 201.

Num processo de mediação legal se dará ênfase aos aspectos jurídicos e legais da disputa, deixando como secundário os aspectos emocionais da resolução ponto chave a ser enfrentado em um processo de mediação.

É um processo que exige maior cautela, para que os mediadores não realizem o processo de consultoria a nenhuma das partes em particular, pois a presença da lei é um processo estranho à mediação, colocando em risco o resultado.

Como os conflitos entre as pessoas não são direitos e sim interesses, a mediação legal corre um risco muito sério se não for muito bem trabalhada.

Segundo Higton e Álvarez:

*O pensamento jurídico-legal não é útil na mediação, pois este está relacionando ao sistema judicial que tem como finalidade a adjudicação e não o acordo.*¹¹⁴

Há no processo de mediação legal a limitação de uma norma jurídica preestabelecida. Ao limitarmos nosso resultado a uma norma jurídica, estaremos dando ao acordo obrigatoriedade e compulsoriedade, fazendo lei entre as partes.

Segundo Serpa:

*O que caracteriza a mediação legal é a possibilidade do mediador, propiciando o trabalho independente e autodeterminante das partes na elaboração das decisões consubstanciadas no acordo, promover a formalização deste. Normalmente, para que possam homologar judicialmente o acordo obtido com a mediação, têm de enquadrar as decisões às leis estabelecidas para a disputa.*¹¹⁵

Participar direta e livremente, autonomia da vontade, é pressuposto fundamental para o processo de mediação, sendo ele legal ou não.

¹¹⁴ HIGTON, Elena Inés e Gladys Stella Álvarez. A Mediação no Cenário Jurídico: seus Limites - a Tentação de Exercer o Poder e o Poder do Mediador segundo sua profissão de origem. In.: SCHNITMAN, D. F.; LITTLEJOHN, S. (org.) *op. cit.*, p. 196.

¹¹⁵ SERPA, M. N. *op. cit.*, p. 168.

Nos próximos tópicos, desenvolve-se a idéia da autonomia da vontade dentro do ordenamento jurídico brasileiro e qual sua importância na mediação.

14. A IMPORTÂNCIA DA AUTONOMIA DA VONTADE NA MEDIAÇÃO

O modelo decisionista, quando se trata principalmente de conflitos interpessoais, não gera resultados satisfatórios, mas um novo conflito.

Para Serpa:

*O direito como mecanismo de resolução de disputas deixa marcas na sociedade toda vez que é aplicado e talvez aí esteja sua grande vantagem, a estipulação de comportamento futuro como parte de sua função educativa e protetora. Mas quando é instrumento de determinação de perda ou ganho em um conflito concorre sempre para a transformação dos conflitos em outros conflitos.*¹¹⁶

A mediação deve ser um processo cuja autonomia da vontade das partes é e sempre deverá ser condição indispensável, inclusive no que diz respeito à compulsoriedade. Ninguém participa de um processo de mediação a não ser mediante a vontade absolutamente livre quanto ao aspecto psíquico e social.

Na idéia da mediação não cabe a limitação num sentido estrito que seria a lei, como acontece no contrato que tem a limitação objetiva na ordem pública e o bem comum. O limite não pode ser considerado como algo estático, pois as pessoas mudam assim como o direito.

Nas palavras de Serpa:

A mediação não é um processo criado para defender direitos individuais. Nem, a exemplo dos contratos, está baseada no princípio da autonomia da vontade ou em leis civis, quem em última instância contam com a proteção legal. A vontade das

¹¹⁶ SERPA, M. N. Idem, p. 169.

*partes se manifesta de maneira autônoma e soberana, e os direitos podem fazer parte do arsenal de valores das partes, conscientização e aceitação de suas premissas.*¹¹⁷

A autonomia aqui referida consiste na capacidade de assumir a responsabilidade perante a decisão tomada em um processo de mediação.

Esclarece José Luis Bolzan de Moraes: *as decisões tomadas pelas partes não necessitarão ser alvo de futura homologação pelo judiciário. Compete às partes optarem pelo melhor para si mesmas.*¹¹⁸ Para o autor da solução a que se chega através do processo mediado não cabe revisão pelo Poder Judiciário.

Serpa utiliza idéia diversa quando afirma o seguinte que: *os resultados de uma mediação não têm efeito de execução compulsória.*¹¹⁹ A autora explica que as partes acatam e executam o resultado porque é de seu interesse fazê-lo, e isso é entendido como evidência da justiça da mediação, porque oferece a alternativa judicial e propicia, sempre, a revisão, pois o seu caráter seria meramente educativo.

Afirma Warat:

*O elemento social da cidadania começa a se fundar em sua autonomia, em sua capacidade de informar e de decidir por si mesmo os seus conflitos, sem estar submetido à vontade dos outros. Começam a aparecer dimensões psicanalíticas de cidadania, entendida como capacidade dos indivíduos para manejarem por si mesmo os seus conflitos.*¹²⁰

A autonomia¹²¹ pode ser considerada no processo mediador como um princípio quando garante às partes o poder decisório respectivamente ao conflito. O mediador jamais poderá tomar qualquer tipo de posição e decisão. O papel do mediador inclui assistir às

¹¹⁷ SERPA, M. N. *op. cit.*, p. 163.

¹¹⁸ MORAIS, J. L. B. *op. cit.*, p. 167.

¹¹⁹ SERPA, M. N. *op. cit.*, p. 268.

¹²⁰ WARAT, L. A. (org.). *op. cit.*, p. 53.

¹²¹ Warat utiliza a idéia de autonomia como a possibilidade de transformação olhando-me a partir do outro. Os indivíduos autônomos precisam negociar com o outro a produção da diferença, o que implica, forçosamente, a mediação do

partes na identificação das questões, incentivando a negociação conjunta e explorando alternativas para o entendimento.

A Carta francesa de Mediação em seu ponto de número 10, descreve o seguinte: *a mediação é um antipoder; não é uma justiça que se outorga, nem se faz de conta, nem é uma arbitragem; a verdadeira autoridade e poder de decisão pertencem unicamente às partes.*¹²²

O princípio da autonomia da vontade não deve estar limitado apenas ao campo dos contratos e sim como pressuposto de todo e qualquer ato, seja ele jurídico ou não.

Não podemos falar em mediação, cuja natureza jurídica foi definida pelos doutrinadores como contrato, sem falarmos em autonomia.

Para que se proceda a uma mediação verdadeira e justa faz-se necessário estabelecer o equilíbrio de relações entre as partes, é necessário dar autonomia, ou seja, *é fundamental que a todas as partes seja conferida a oportunidade de se manifestar e garantida a compreensão das ações que estão sendo desenvolvidas.*¹²³

Para melhor justificar o assunto autonomia da vontade, no processo de mediação, vamos conceituar e contextualizar o que é autonomia e o que é vontade.

14.1. Aspectos Históricos da Autonomia da Vontade

simbólico. É imprescindível, para a solução de questões simbólicas, a identificação e a discussão do que existe “por baixo dos panos”.

¹²² O Centro Nacional de Mediação (CNM), cuja Carta e Código de Mediação (deontologia e regras profissionais) figuram seguidamente, é uma associação fundada no regime da lei de 1901. (Dados retirados da obra de SIX, J. F. *op. cit.*, p. 206).

¹²³ MORAIS, J. L. B. *op. cit.*, p. 151. Esclarecendo ainda que se voltarmos ao item relativo aos princípios da mediação tal fato está descrito no que diz respeito ao princípio da informalidade estabelecido pelo Estatuto da Flórida.

Um dos princípios basilares da Teoria Contratual dominante é o da *autonomia da vontade*. Com o Código Civil francês de 1804¹²⁴, a autonomia da vontade se coloca como base de todos os tipos de contratos, consagra-se mas não se desenvolve uma teoria.¹²⁵

Descreve Gilissen: *a doutrina da autonomia da vontade dos contratantes surge com o Humanismo e com a reforma, no séc. XVI, tornando-se corpo doutrinal a partir do séc. XVII, com a Escola do Direito Natural.*¹²⁶

A teoria da autonomia da vontade só será plenamente desenvolvida no século XIX pelos grandes juristas da escola exegética vindo a responder às concepções políticas e econômicas da época, o individualismo e o liberalismo. Todo o compromisso livremente desejado era justo.

*No século XIX, auge do Liberalismo, do chamado Estado Moderno, coube à teoria do direito dar forma conceitual ao individualismo econômico da época, criando a concepção tradicional de contrato, em consonância com os imperativos da época de liberdade individual e principalmente do dogma máximo da autonomia da vontade.*¹²⁷

Já na segunda metade do século XIX¹²⁸ e, sobretudo, no século XX, aparecem reações contra a concepção individualista e liberal da teoria dos contratos.

¹²⁴ O Código Civil francês compreende um título preliminar e 3 livros, subdivididos em títulos e seções. O livro I trata "Das pessoas", o livro II "Dos bens e das diferenças e modificações da propriedade" e o livro III "Das diferentes maneiras pelas quais se adquire a propriedade". Justifica-se Gilissen, ao não referir-se ao direito romano dizendo *na verdade, a influência do direito romano é sensível em todos os setores do direito civil dos países de direito romanista; mas certas matérias são mais diretamente inspiradas por ele, como por exemplo: a compra e venda, a teoria geral dos contratos e das obrigações, o depósito, o mandato e, no segundo livro do Code, o usufruto e as servidões. Preferimos dedicar-nos às instituições nascidas ou que tenham evoluído sob a influência dos costumes medievais ou da legislação moderna*, (GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988. p. 536).

¹²⁵ GILISSEN, J. *Idem*, p. 537.

¹²⁶ GILISSEN, J. *Idem*, p. 737.

¹²⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: O novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992. p. 23.

¹²⁸ O individualismo do século XIX, baseado no Código de Napoleão, reduzia no mínimo a interferência estatal, inspirada na fórmula liberal dos fisiocratas. abrindo amplas perspectivas à vontade humana. O contrato passa a ser instrumento eficaz da economia capitalista.

Alguns pensadores socialistas, como Comte, Saint-Simon e Karl Marx se insurgem contra a ausência total de proteção contra os fracos.

Tal fenômeno não se observa apenas nos considerados direitos sociais, como o dos trabalhadores, mas também no direito individual, quando o indivíduo vê sua liberdade cada vez mais limitada.

A autonomia da vontade não mais harmoniza-se com o considerado novo direito dos contratos. Há a necessidade de um direito menos individualista, mais preocupado com as questões de interesse coletivo.

*A crise situa-se na própria evolução da sociedade, nas transformações sociais que exigem do jurista respostas mais rápidas. O sectarismo do direito das obrigações tradicional é colocado em choque. O novo direito privado exige do jurista e do juiz soluções prontas e adequadas aos novos desafios da sociedade.*¹²⁹

Como o princípio da autonomia da vontade é baseado na idéia de que os contratantes encontram-se em pé de igualdade, e nem sempre isso é verdadeiro, a partir do conceito do princípio da autonomia da vontade começa a sofrer profundas modificações. Cria então o legislador novos mecanismos para remediar os efeitos da desigualdades, ou seja, com intuito de limitar a autonomia da vontade de ordem privada. Criam-se normas de ordem pública. O Estado passa a intervir.

Quando se fala em Estado como interventor e mantenedor da ordem pública, enfoca-se uma visão positiva. *A visão positiva concebe o Estado, ora como agente distinto, superior, tutor e independente da Sociedade, ora como guardião das regras do jogo ou árbitro acima dos conflitos, responsável pela manutenção da ordem, da segurança, do*

¹²⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Teoria geral dos Contratos*. São Paulo: Atlas, 1992. p. 20.

*bem-estar, da justiça social e do consenso geral.*¹³⁰ Estas perspectivas têm sido historicamente incorporadas por posturas idealistas, liberais e pluralistas.

A concepção do contrato e a evolução do pensamento teórico jurídico sofre, numa sociedade em mudanças, profundas alterações. Um novo tipo de sociedade considerada sociedade industrializada e de consumo se solidifica.

Para Claudia Lima Marques: *o contrato evoluirá, então, de espaço reservado e protegido pelo direito para a livre manifestação da vontade das partes, para ser um instrumento jurídico mais social, controlado e submetido a uma séria de imposições cogentes, mas eqüitativas.*¹³¹

A concepção clássica dos contratos está diretamente ligada à doutrina da autonomia da vontade e ao seu reflexo mais importante, o dogma da liberdade contratual.

14.2. Conceito e Evolução da Autonomia da Vontade

O princípio da autonomia da vontade, segundo Irineu Strenger, deve ser visto como suporte da liberdade jurídica.

*A autonomia da vontade como princípio deve ser sustentada não só como um elemento de liberdade em geral, mas como um suporte também da liberdade jurídica que é esse o poder insuprimível no homem de criar por um ato de vontade uma situação jurídica, desde que este ato tenha objeto lícito.*¹³²

¹³⁰ WOLKMER, Antônio Carlos. *Elementos para uma crítica do Estado*. Porto Alegre: Fabris, 1990. p. 28.

¹³¹ MARQUES, C. L. *op. cit.*, p. 16.

¹³² STRENGER, Irineu. *Autonomia da vontade: em direito internacional privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968. p. 51.

Dada esta pequena introdução e para que haja um melhor entendimento referente ao assunto tratado neste tópico faz-se necessário definir primeiramente o que é *princípio*, identificado por Reale como caracterizador de toda a forma de conhecimento filosófico ou científico, isto é, *de certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber*.¹³³

Princípios são parâmetros inspiradores das normas jurídicas positivadas, que podem até suprir a falta da norma ou contribuir para seu melhor entendimento.¹³⁴

Servem também para a interpretação jurídica e decisões judiciais, quando omissa a lei. Tal idéia foi positivada na Lei de Introdução ao Código Civil artigo 4º.¹³⁵

Os princípios basilares que norteiam todo o conteúdo do direito civil, mais vinculados à tradição nacional, enquanto outros se revelam mais uniformes, assentes em princípios reconhecidamente comuns, são, entre outros, o da autonomia da vontade *pelo reconhecimento de que a capacidade jurídica da pessoa humana lhe confere o poder de praticar ou abster-se de certos atos, conforme sua vontade*.¹³⁶

Dentro da teoria contratual são os três princípios básicos, elencados por Silvio Rodrigues: I. o princípio da autonomia da vontade, apenas limitado pela supremacia da ordem pública; II. O princípio da relatividade das convenções; e o III. O princípio da força vinculante do contrato, ou da obrigatoriedade das convenções.

Desdobrando-se, ainda, o princípio da autonomia da vontade em princípio da liberdade de contratar ou não contratar e o princípio de contratar aquilo que entender.¹³⁷

¹³³ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 305.

¹³⁴ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: Teoria geral*. São Paulo: Juarez de Oliveira, v. 1, 1999. p. 46.

¹³⁵ Art.4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

¹³⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: Teoria geral do direito civil*. 8.ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, v.1, 1991. p. 38.

¹³⁷ RODRIGUES, Silvio. *op. cit.*, p.15.

O princípio da autonomia da vontade é o que vai gerar, segundo Caio Mário da Silva Pereira, os efeitos jurídicos. (...) *o princípio pelo qual se lhe reconhece o poder criador de efeitos jurídicos denomina-se autonomia da vontade, que se enuncia por dizer que o indivíduo é livre de, pela declaração de sua própria vontade, em conformidade com a lei, criar direitos e contrair obrigações.*¹³⁸

Porém, o princípio da autonomia da vontade subordina-se ao que já dissemos no item anterior, a chamada *ordem pública*¹³⁹.

O princípio da autonomia da vontade é condição para que se efetive o que chama o doutrinador de negócio jurídico. Justificando para que se gere efeitos jurídicos num acordo de vontade.

Foi a doutrina alemã que elaborou o conceito de negócio jurídico (*Rechtsgeschäft*), encarecido pelos escritores alemães como dos mais importantes da moderna ciência do direito.¹⁴⁰ A vontade como pressuposto do negócio jurídico. Vontade esta que deve estar em conformidade com a lei.

Tal pressuposto quer dizer que só será válido o contrato em que suas cláusulas sejam toleradas pela lei, nunca sendo lícito, ao contratantes, pactuar o que a lei não permite. O dogma da liberdade contratual está intrinsecamente ligado com a autonomia da vontade. *É a vontade, que, na visão tradicional, legitima o contrato e é a fonte das obrigações, sendo a liberdade um pressuposto da vontade criadora, uma exigência, mais teórica do que prática.*¹⁴¹

¹³⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1991. p. 305.

¹³⁹ Caio Mário da Silva Pereira classifica outro princípio o da ordem pública que apesar de sua característica de interesse social tem atuação no campo do direito privado, inderrogáveis pela vontade das partes, cujos efeitos são suscetíveis de renúncia.

¹⁴⁰ PEREIRA, C. M. S. *op. cit.*, p. 302.

¹⁴¹ MARQUES, C. L. *op. cit.*, p. 25

Dentro de uma esfera etimológica a palavra derivada do grego *autonomia* (direito de reger por suas próprias leis), que se aplica para indicar precisamente a faculdade que possui determinada pessoa ou instituição, em traçar normas de sua conduta, sem que sinta imposições restritivas de ordem estranha.¹⁴²

Autonomia é a liberdade ou independência moral ou intelectual.¹⁴³

Autonomia significa governar-se.

Uma pessoa autônoma é um indivíduo capaz de deliberar sobre seus objetivos pessoais e de agir na direção desta deliberação. Respeitar a autonomia é valorizar a consideração sobre as opiniões e escolhas, evitando, da mesma forma, a obstrução de suas ações, a menos que elas sejam claramente prejudiciais para outras pessoas.

Um indivíduo autônomo é um indivíduo livre que possui um plano próprio. Uma pessoa com a autonomia diminuída, de outra parte, é, pelo menos em algum aspecto, controlada por outros ou é incapaz de deliberar ou agir com base em seus desejos e planos.

Segundo Kant (1785), *a autonomia da vontade é a constituição da vontade, pela qual ela é para si mesma uma lei - independente de como forem constituídos os objetos do querer. O princípio da autonomia é, pois, não escolher de outro modo, mas sim deste: que as máximas da escolha, no próprio querer, sejam incluídas como lei universal.*¹⁴⁴

Os teóricos encontraram dois pontos de convergência quando falam em autonomia *a liberdade*, enquanto independência do controle de influências, e *a ação*, enquanto capacidade de ação intencional.

¹⁴² SILVA, D. P. *op. cit.*, p. 251.

¹⁴³ FERREIRA, A. B. H. *op. cit.*, p. 203.

¹⁴⁴ KANT, Emanuel. Fundamentos da metafísica dos costumes. Disponível em <<http://www.ufrgs.br/HCPA/gppg/autonomia.htm>>. Acesso em: 02/06/200.

Segundo Warat, a autonomia, numa visão moderna, praticamente leva-nos à alienação, trabalhando a idéia de individualismo, de auto-suficiência, de indiferença.

*La condición moderna nos propuso un sentido equívoco de la autonomía, mucho mas cercano al significado de la alienación. Nos habla de una autonomía en términos de autosuficiencia, de indiferencia por el outro; un retorno, en nombre de la autonomía, al odio primordial.*¹⁴⁵

No que diz respeito ao conceito de vontade, também se deve observar que diz a nova realidade contratual como exemplo os reflexos trazidos pelos contratos em massa. É o caso do contrato de adesão¹⁴⁶, no qual o consumidor tem que aceitar em bloco as cláusulas preestabelecidas, devendo observar a transparência e clareza de possibilitar ao homem comum o entendimento.

O verdadeiro processo de mediação não poderá estar calcado em qualquer limite de vontade, quer seja sociológico, psicológico, moral, jurídico etc.

14.3. Autonomia da Vontade na Mediação

A autonomia da vontade serve como pressuposto fundamental na resolução dos conflitos, pois é a partir de uma manifestação de vontade que se dará início ao processo, judicial ou não, de resolução de conflitos.

Somente a iniciativa das partes, através de uma ação ou omissão¹⁴⁷, é que justifica a efetivação ou não de um resultado dentro de um conflito. Se este resultado se

¹⁴⁵ WARAT, L. A. *Semiotica, ecología y derecho*. Argentina: ALMED, 1997. p. 16-17.

¹⁴⁶ Não há necessidade de que as cláusulas preestabelecidas no contrato de adesão sejam discutidas, assim como também a igualdade de forças do contratante não é essencial.

¹⁴⁷ Teoria do ato jurídico.

tornar positivo ou negativo, somente o procedimento¹⁴⁸ adotado é que poderá dizer, e o devido cumprimento dos objetivos a serem alcançados.

O julgamento ou decisão é o meio usado pelo sistema judiciário brasileiro, quando o magistrado busca, dentro do normativismo, embasamento para sua decisão.

Apontam dentro da doutrina as figuras da Arbitragem e da Mediação como formas de resolução via extra judicial, ou resolução alternativa. Apesar de buscarem também através da normatização, seus resultados não estão ao alcance do Judiciário¹⁴⁹.

Tais mecanismos, de resolução via extrajudicial, têm como idéia principal a autonomia de vontade das partes, ou seja, somente passarão por estes instrumentos aqueles que assim o desejarem e estipularem por livre e espontânea vontade.

A mediação deve ser um processo cuja autonomia da vontade é e sempre deverá ser condição indispensável, inclusive no que diz respeito à compulsoriedade/obligatoriedade, ninguém participa de um processo de mediação a não ser perante a vontade, absolutamente livre quanto ao aspecto psíquico e social.

Na idéia da mediação, não cabe a limitação num sentido estrito que seria a lei, como acontece no contrato que possui a limitação objetiva na ordem pública e o bem comum. O limite não pode ser considerado como algo estático, pois as pessoas mudam assim como o direito.

A mediação não é um processo criado para defender direitos individuais. Nem, a exemplo dos contratos, está baseada no princípio da autonomia da vontade ou em leis civis, que em última instância contam com a proteção legal. A vontade das partes se manifesta de maneira autônoma e soberana, e os direitos podem

¹⁴⁸ A-idéia de procedimento se dá como um conjunto de atos que faz o processo.

¹⁴⁹ A arbitragem está prevista como instrumento processual na Lei 9.099, dos Juizados Especiais, porém se observa a limitação da autonomia da vontade quando a lei apenas autoriza a serem árbitros os juizes leigos.

*fazer parte do arsenal de valores das partes, conscientização e aceitação de suas premissas.*¹⁵⁰

A autonomia, no processo de mediação, vai ser alcançada no momento em que o mediador identifica as necessidades e ajuda a parte, até que tenha independência para tomar sua própria decisão baseada numa relação de igualdade e na reciprocidade.

A mediação traz a este novo milênio uma nova perspectiva de comunicação. Uma nova forma de buscar-se resoluções aos conflitos, disputas, embasado num diálogo transformador.

Para Jean-François Six:

Tras el segundo milenio, tan binario, con sus maniqueísmos y su voluntad de reducción, vamos a conocer, no una edad de oro primaria, totalitaria y fusional, sino una era en la que lo trenario pueda existir, con las brechas que no cesa de abrir en los simplismos y en los muros separadores, con los puentes que no cesa de tender entre los seres, los grupos, los pueblos?

*Si es así, estará en marcha, ya plenamente, la dinámica de la mediación.*¹⁵¹

A mediação, como forma autônoma e alternativa de resolução de conflitos, entra no cenário jurídico brasileiro como complemento ou auxiliar da atividade jurisdicional.

Algumas circunstâncias tais como: a inadequação de certas estruturas tradicionais para a resolução de conflitos de massa no que tange à questão dos interesses transindividuais; o detrimento da forma em relação ao conteúdo; o custo processual; as desigualdades econômicas; a busca de uma justiça comunitária leva-nos a acreditar na mediação.

¹⁵⁰ SERPA, M. N. *op. cit.*, p. 157.

¹⁵¹ SIX, J. F. *op. cit.*, p. 17.

Nesta segunda fase do trabalho aponta-se alguns tópicos que nos levam a uma crise do Poder Judiciário e a mediação como uma das formas auxiliares de resolução dos conflitos da sociedade.

CAPÍTULO II

A CRISE DO JUDICIÁRIO E A MEDIAÇÃO COMO ALTERNATIVA

1.1. Surgimento, Definição e Características do Poder Judiciário

A experiência inglesa, recolhida e sistematizada por Montesquieu, e as Revoluções Americana (1776) e Francesa (1789) romperam o núcleo do poder político, implantando o princípio da separação dos Poderes. Em vez de concentrar as rédeas do Estado na mão de um único rei, os três Poderes¹⁵²: Legislativo, Executivo e Judiciário¹⁵³.

Segundo Anna Cândida da Cunha Ferraz:

*O estabelecimento de freios e contrapesos serve ao fim inspirador do princípio da separação dos poderes - limitação do poder - constituindo, portanto, antes instrumento jurídico institucional que visa a impedir que um poder se sobreponha ao outro, do que a propiciar a interferência, sobretudo política, de um poder sobre o outro.*¹⁵⁴

¹⁵² Poder é a capacidade de obter obediência nas diversas situações sociais. Cf. CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo**, p. 60.

¹⁵³ A Constituição de 1988, em seu artigo 2º, diz: *São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, Executivo e Judiciário.*

¹⁵⁴ FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. **Conflito entre poderes: O poder de sustar atos normativos do poder executivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1994. p. 13.

O exercício da jurisdição¹⁵⁵ - a função preponderante do Poder Judiciário - teve sua evolução de acordo com a formação do Estado Brasileiro, iniciando-se pelos senhores feudais até a modernidade.

Segundo José Afonso da Silva:

*Anteriormente ao período moderno havia jurisdição que não dependia do Estado. Os senhores feudais tinham a jurisdição dentro de seu feudo: encontravam-se jurisdições feudais e jurisdições baronais. Lembre-se de que os donatários das Capitâneas Hereditárias no Brasil colonial dispunham da jurisdição civil e criminal nos territórios de seu domínio. No período monárquico brasileiro, tínhamos a jurisdição eclesiástica, especialmente em matéria de direito de família, a qual desapareceu com a separação da Igreja e Estado. Agora só existe jurisdição estatal, confiada a certos funcionários, rodeados de certas garantias: magistrados.*¹⁵⁶

O Poder Judiciário é um dos três Poderes do Estado Federal Brasileiro que a Constituição Federal organiza nos artigos 92 a 126 da Carta Magna.

Para Plácido e Silva:

*Poder Judiciário é constituído pelo conjunto de autoridades, que se investem no poder de julgar, é a designação que se dá aos órgãos, a que, como delegado do Poder Público, se comete a atribuição de administrar a justiça.*¹⁵⁷

O Judiciário pratica, preponderantemente, a jurisdição, e também atos de natureza administrativa e legislativa, porém não como atividade essencial. Como exemplo de ato jurisdicional típico cita-se a *sentença judicial*¹⁵⁸.

¹⁵⁵ Derivado do latim *jurisdictio* (ação de administrar a justiça, judicatura), formado, como se vê, das expressões *jus dicere, juris dictio*, é usado precisamente para designar as atribuições especiais conferidas a magistrados, encarregados de administrar a justiça. Assim, em sentido eminentemente jurídico ou propriamente forense, exprime a extensão e limite de poder de julgar de um juiz. Cf. SILVA, D. P. *op. cit.*, p. 27.

¹⁵⁶ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 9.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 481.

¹⁵⁷ SILVA, D. P. *op. cit.*, p. 382.

¹⁵⁸ Ato de decisão do juiz ao caso concreto apresentado.

Por ato jurisdicional (sentença) entende-se aquele capaz de produzir a coisa julgada. Por sua vez consiste no poder de dizer o Direito aplicável a uma controvérsia, deduzida processualmente em caráter definitivo e com a força institucional do Estado.

Para José Maria Rosa Tesheiner: *Jurisdição é julgamento, atividade declarativa de produção de certeza jurídica.*¹⁵⁹

Como característica da jurisdição, aparece a *definitividade ou coisa julgada*. Oriunda do preceito constitucional inserido no artigo 5º, XXXV¹⁶⁰, ou seja, sempre caberá recurso judicial independentemente da vontade e função dos demais poderes.

Segundo Michel Temer:

*A definitividade das suas decisões e a possibilidade de utilizar toda a força institucional do Estado tipificam o exercício da função primordial do Poder Judiciário: Jurisdição.*¹⁶¹

Pode-se concluir então que o Poder Judiciário tem como atribuição a administração da justiça, e dentro deste sistema possui alguns problemas *estruturais* (falta de equipamentos e pessoal) e *históricos* (entre eles a morosidade da própria jurisdição) que interferem diretamente na questão do acesso à justiça.

Resultado disso é que se criou no Brasil uma justiça paralela¹⁶² e inoficial; um exemplo são as próprias favelas, nas quais há leis e procedimentos próprios e os justiceiros e esquadrões da morte.

¹⁵⁹ TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. p. 65.

¹⁶⁰ *A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de Direito.*

¹⁶¹ TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 11.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 162.

¹⁶² Paralela e inoficial à justiça estatal.

Segundo Horácio Wanderlei Rodrigues:

(...) A burocratização do Poder Judiciário, os longos prazos que transcorrem entre o ingresso em juízo e o resultado final dos processos e a inadequação de muitas de suas decisões aos valores sociais fazem com que, em muitos momentos, haja uma série de questionamentos sobre sua legitimidade. Isso afasta dele uma série de conflitos que passam a ser solucionados por essas vias alternativas, muitas das quais significam, na prática, o retorno à autotutela e à barbárie.¹⁶³

Com isso, pode-se dizer que a crise do Poder Judiciário tem sua origem em vários pontos, entre eles, uma jurisdição inadequada à realidade, o problema do ensino jurídico no Brasil, uma legislação incompatível com as necessidades sociais, a desinformação dos litigantes, a desigualdade econômica das partes, o custo processual, entre outros.

1.2. A Idéia de Crise do Poder Judiciário

Inicia-se este tópico falando em crise do sistema judiciário, pois *a crise do sistema judiciário envolve mais do que simplesmente uma proverbial lentidão ou mesmo incapacidade da justiça de processar todas as demandas e conflitos da sociedade.*¹⁶⁴

Segundo Roberto A. R. de Aguiar:

*O senso comum secular denuncia como um grave problema do Judiciário a sua lentidão. Essa lentidão, muitas vezes defendida como instrumento da realização do julgamento prudente, é uma pequena faceta de um cenário bem mais complexo.*¹⁶⁵

¹⁶³ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 47.

¹⁶⁴ SCURO, Pedro Neto. *Manual de sociologia geral e jurídica: Lógica e método do direito, problemas sociais, controle social*. São Paulo: Saraiva, 1996.

¹⁶⁵ AGUIAR, Roberto A. R. de. *A Crise da advocacia no Brasil: diagnósticos e perspectivas*. São Paulo: Alfa-Omega, 1991. p. 111.

O Poder Judiciário é aquele que interpreta, integra e aplica¹⁶⁶ as normas com o objetivo de fazer justiça. O espaço de fazer justiça pelo Poder Judiciário chama-se jurisdição.

O modelo estatal de dizer o Direito, através da jurisdição, revela uma das facetas da crise do judiciário, que podemos denominar de crise da capacidade tecnológica dos operadores jurídicos tradicionais em lidarem com as novas realidades fáticas, com isso necessitando novos instrumentos na busca da justiça.

Segundo José Luiz Bolzan de Moraes:

*(...) Nunca é demais, todavia, reprimir que entendemos a(s) crises(s) da Justiça, como crises da Jurisdição, insertas na crise do Estado contemporâneo e nas formulas que são pensadas para lhes fazer face (...)*¹⁶⁷

A crise é gerada pelo novo, pelo que não se conhece, pela angústia de não saber o que deve-se fazer e qual será a melhor saída para aquela determinada conflito/disputa. O novo é o desconhecido.

Os conflitos se multiplicam como a sociedade e o novo aparece a cada nova necessidade. Logo, também o Direito precisa se adaptar às novas necessidades sociais.

O Estado toma para si o compromisso de dizer o direito. Porém, devido à complexidade na qual a sociedade está inserida, nascem novos conflitos para os quais o Estado, através dos poderes legitimamente constituídos, não está devidamente instrumentalizado para resolvê-los.

Se levar-se em consideração a idéia de jurisdição como função do Estado,

¹⁶⁶ Aplicar o Direito consiste em submeter o fato concreto à norma que o regule.

¹⁶⁷ MORAIS, J. L. B. *op. cit.*, p. 44.

vai-se estabelecer a premissa que a jurisdição tem o poder de decisão e com isso o Estado decide. O poder (Estado) vai produzir, através das decisões, os resultados pretendidos. O juiz passa a ser, então, o ente pelo qual se revela o poder institucionalizado. A jurisdição é um poder institucionalizado.

Segundo Marinoni, o desenho da jurisdição, numa perspectiva teleológica, faz surgir a idéia de jurisdição como função do Estado.¹⁶⁸

A jurisdição como atuação da lei por um terceiro imparcial, o juiz (concepção positivista), exerce uma atividade destinada à defesa dos direitos subjetivos.

A passagem do Estado Liberal, com enfoque preponderante nos direitos individuais e no indivíduo, para o Estado Moderno, com enfoque preponderante para os interesses sociais e a busca do bem comum¹⁶⁹, faz com que o modelo de dizer o direito através de uma decisão também apresente problemas.

O Estado realiza a jurisdição preponderantemente através do Poder Judiciário. Com isso, pode-se dizer que o poder jurisdicional é a capacidade de o Estado decidir, através da figura do juiz, e impor a decisão através da imperatividade. Esta decisão passa após o prazo determinado pela lei a ter efeito obrigacional (prestação) entre as partes.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco:

*o Estado decide criando situações jurídicas novas, ou decide apenas revelando situações anteriores e acrescentando-lhes o atributo da certeza.*¹⁷⁰

Declara a teoria jurídica dominante, oposta teoricamente à teoria crítica, que

¹⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil: O acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. p. 113.

¹⁶⁹ Segundo Dallari, bem-comum é o conjunto de todas as condições de vida social, que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana. (Elementos cit., n. 52, p. 94)

¹⁷⁰ DINAMARCO, C.R. *op. cit.*, p. 89.

o juiz que exerce a jurisdição é dotado de neutralidade e imparcialidade em sua decisão com o ainda já citado atributo da certeza. Estaria ele legitimado, pelo ordenamento jurídico, em dizer o direito de uma forma pura e não axiológica.

Segundo Leonel Severeo Rocha:

Existe, na teoria jurídica brasileira, uma dicotomia caracterizada por duas posturas, tidas como opostas e, conseqüentemente, excludentes: uma doutrina, conhecida como dogmática e outras, ainda um tanto incipiente, autodenominada crítica.¹⁷¹

Segue Rocha afirmando que existem duas conotações distintas sobre a dogmática jurídica: uma dominante que vê a dogmática como um saber científico, relacionados com os ideais de segurança e racionalidade; Outra concepção mais moderna da Teoria Jurídica que vê a dogmática não como uma ciência nos moldes positivistas, mas sim como um saber jurídico do qual se usam os juristas para se chegar à decisão.

1.2.1. A Crise da Justiça pela Decisão do Paradigma Atual

A Teoria Geral do Direito descreve a decisão como forma encontrada para estancar os conflitos de uma sociedade. Para Tércio Ferraz, *o saber dogmático não cuida da decisão em termos de sua descrição como realidade social, mas de regras para a tomada de decisão.*¹⁷² Há uma enorme distância entre a linguagem normativa e a linguagem da realidade.

¹⁷¹ ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. São Leopoldo: Unisinos, 1998. p. 53.

¹⁷² FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 309.

Na visão de Lênio Streck:

*O enorme fosso existente entre o Direito e a sociedade, que é instituído e instituinte da/dessa crise de paradigma, retrata a incapacidade histórica da dogmática jurídica (discurso oficial do Direito) em lidar com a realidade social (...)*¹⁷³

A decisão, para a teoria jurídica, é o ponto culminante do conflito, ou seja, é o momento da resposta final, dando fim aos conflitos institucionalizados. A teoria da decisão jurídica é vista como sistema de controle de comportamento. A decisão é um poder institucionalizado pelo Estado, representado pela figura do juiz.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior diz que as, *decisões poderiam ser postuladas como pertencentes ao processo de aprendizagem o impulso, a motivação, a reação e a recompensa.*¹⁷⁴

A decisão é vista como um procedimento dentro do processo, ou seja muito mais que um simples ato de deliberação individual. É o momento de estancamento do conflito. Uma nova fase se inicia do relacionamento entre as partes, gerando ou não um novo conflito. Ao ato de decidir é atribuída a certeza e a segurança jurídica.

A dogmática jurídica tem por um dos objetivos cuidar da decisão, ou seja estabelecer regras para a tomada da decisão e por sua vez garantir a segurança jurídica. A subjetividade fica em segundo plano, mais à vista do aspecto sociológico e não do jurídico no que diz respeito à decisão.

Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

Decisão aparece inicialmente como termo correlato de conflito, o qual está

¹⁷³ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e (em) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2000. p. 17.

¹⁷⁴ FERRAZ JUNIOR T. S. . *op. cit.*, p.310.

*entendido como o conjunto de alternativas que surge da diversidade no enfoque de interesses, da diversidade de avaliação das condições de enfoque, sem que se prevejam parâmetros qualificados para a solução. Por isso mesmo o conflito exige a decisão.*¹⁷⁵

A decisão por um terceiro imparcial, o juiz, tem por objetivo o controle de comportamentos de poder - jurídico, não no sentido de brutalidade e sim como um exercício de controle que deve se confundir com a obediência e conformidade às normas institucionalizadas.

A decisão enquanto forma de controle - disciplina deve ser encarada pelo ponto de vista interno do sistema jurídico, pois, através dela são criados os instrumentos para a resposta (decisão).

A resolução de um problema mediante um processo judicial implica em pedir ao juiz que defina quais são as conseqüências do dever ser que a ordem jurídica atribui a tal situação. O conflito se estabelece no ato de subsumir o caso particular na norma geral, pois se coloca em jogo a margem de flexibilidade e de imprevisibilidade que introduz a tarefa *hermenêutica*¹⁷⁶ do intérprete no sistema.

Segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior, as *decisões absorvem a insegurança não porque eliminam o conflito mas porque o transformam.*¹⁷⁷

A mesma idéia será observada também na “teoria da mediação” (ainda em fase de construção), ou seja a transformação do conflito para uma resolução mais efetiva. A diferença é que a teoria da decisão não se preocupa se esta vai gerar um novo conflito ou

¹⁷⁵ FERRAZ JUNIOR, T. S. *op. cit.*, p. 311.

¹⁷⁶ *Hermenêutica* é a teoria científica da arte de interpretar. Tem por objeto... o estudo a sistematização dos processo aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito. Ver MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1975. p. 13.

¹⁷⁷ FERRAZ JUNIOR, T. S. *op. cit.*, p. 312.

não. Caso venha a ser gerado novamente, como normalmente o é, se resolverá por meio de uma nova decisão.

Para a mediação, não há pretensão de resolver o conflito dentro do prisma ganhar ou perder e sim de construir um resultado com a participação direta das partes e que não gere a insatisfação e conseqüentemente um novo conflito.

Falando sob o prisma da decisão, a mediação visa a uma decisão conjunta, participativa sem a interferência de um terceiro neutro e imparcial. O mediador apenas participa do processo com o intuito de estabelecer o ato comunicacional, mostrando às partes que só a elas cabe o resultado final.

A mediação, por sua vez, contrapondo o modelo tradicional, o da decisão, promove aberturas discursivas capazes de desbaratar a realidade do conflito, encarando-o positivamente. Define-se como um trabalho conjunto, em que se cria um contexto no qual as pessoas podem encontrar e gerar condições de possibilidade e oportunidade para mudanças. É a recuperação do diálogo.

1.3. Aspectos que Contribuem com a Crise do Poder Judiciário

Diversos são os fatores que contribuem para a propalada crise do Poder Judiciário.

Entre eles pode-se citar a prevalência do processo em detrimento do direito material na formação dos novos operadores jurídicos, a desinformação das partes em relação a seus direitos, as desigualdades econômicas para as partes litigarem, o custo do processo judicial, os conflitos entre os Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo e o desaparecimento do judiciário frente aos novos conflitos sociais.

Os próximos tópicos visam a desenvolver cada uma dos itens anteriormente apresentados e indicar a mediação como alternativa para esta crise.

1.3.1. A Forma em Detrimento do Conteúdo na Formação do Operador Jurídico

Os direitos, de um modo geral, nascem, modificam-se, extinguem-se em número indeterminado, na vida comum das pessoas. O processo é meio pelo qual os direitos substantivos tem vida prática, o processo (direito processual) deve ser visto aqui como uma das formas de acesso à justiça.

Segundo Mauro Capelletti:

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como 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. O enfoque sobre o acesso - o modo pelo qual dos direitos se tornam efetivos - também caracteriza crescentemente o estudo moderno do processo civil.¹⁷⁸

Já na visão de Roberto Aguiar, *é mister mencionar a preponderância da questão formal (forma) sobre a material (conteúdo) na resolução dos conflitos.¹⁷⁹*

A solenidade e o rito continuam a marcar as práticas jurídicas e as formas são muito mais importantes do que o conteúdo para validar os atos do mundo jurídicos, dando a eles força e obrigatoriedade.

A questão da preponderância formal já vem demonstrada em várias esferas do sistema jurídico, da capacitação do profissional, como por exemplo na própria grade

¹⁷⁸ CAPELLETTI, Mauro.; BRYANT, Garth. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 12.

¹⁷⁹ Cf. AGUIAR, R. A. R. *op. cit.*, p. 43.

curricular da maioria dos cursos de Direito do país, na aplicação do direito, como se pode observar nas sentenças dos juizes singulares e nas decisões dos tribunais.

Nos cursos jurídicos que variam de cinco e seis anos de capacitação, são estudadas durante pelo menos quatro anos as matérias relativas ao processo (formal) em detrimento do direito material. Disciplinas como Direito do Consumidor, Direito Agrário, Direito Previdenciário, entre outras, ficam fora da grade curricular, ou são inseridas como matérias eletivas, de caráter opcional.

Os cursos jurídicos, hoje, se contentam em ser escolas de leis e não cursos ou faculdades de Direito. Não criam pensadores e sim reprodutores de leis velhas e ultrapassadas.

Na visão de Aguiar:

As escolas de Direito no Brasil não foram feitas para formar advogados. Eles não são prioridades para elas. Quando de sua abertura, os cursos jurídicos visavam a formar quadros para a alta burocracia do Estado brasileiro emergente.¹⁸⁰

A Lei de Diretrizes e Bases - LDB¹⁸¹ em sua conexão com o ensino jurídico preocupa-se com esta questão. Através da Portaria do MEC de nº 1.886/94, fixou diretrizes curriculares e conteúdo mínimo de cursos jurídicos, cogentes a partir do ano letivo de 1997.

Diz Álvaro de Melo Filho:

Acréscase que “o desenvolvimento do espírito científico” faz com que o ensino jurídico continue a acolher o Código Comercial de 1850, o Código Civil de 1917 e o Código Penal de 1940, concebidos com lastros em valores, motivação e interesses sócio-econômico-culturais ultrapassados. Com efeito, o Direito

¹⁸⁰ AGUIAR, R. A. R. *op. cit.*, p. 78.

¹⁸¹ Lei n. 9.394, de 20.12.1996.

*Comercial, o Direito Civil e o Direito Penal quadram-se, ainda, entre 10 (dez) matérias obrigatórias profissionalizantes (art. 6º, II da Portaria nº 1.886/94), conquanto essenciais ao exercício da atividade jurídico profissional.*¹⁸²

É preciso não só que os cursos jurídicos ofertem, através de suas grades curriculares, disciplinas profissionalizantes, mas também matérias que estimulem a criação cultural e o desenvolvimento do espírito científico, tais como Filosofia, Sociologia, Economia, Ciência Política, etc. que ajudem a uma formação humanística para profissional do Direito, seja qual for sua área de escolha.¹⁸³

Pois critica Roberto Aguiar a maioria dos cursos no Brasil quando diz:

*No lugar dos fatos a versão, no lugar da teoria a opinião e no lugar do modelo epistemológico é entronizado o mais deslavado senso comum.*¹⁸⁴

Os novos cursos jurídicos precisam dar respostas efetivas às novas realidades sociais. Não podem limitar-se a encontrar pequenas respostas. Devem formular grandes e novas perguntas, estimulando o caráter científico e social do acadêmico, um produtor de grandes idéias e ideais.

A fim de formar profissionais aptos a inserir-se nos diversos setores profissionais e participar efetivamente no desenvolvimento da sociedade brasileira. É preciso desenvolver o entendimento do homem e do meio em que vive. Há necessidade de uma reinstrumentalização jurídica para as lutas rumo a uma sociedade mais justa.

É necessário encarar a carreira jurídica, através da idéia de interdisciplinariedade, pois *Nenhuma disciplina ou ciência possui autonomia.*¹⁸⁵

¹⁸² MELO, Alvaro Filho. *Ensino jurídico e a nova LDB*. p. 104-105.

¹⁸³ O artigo 43 da LDB em sua alínea "a" diz o que segue: a) "1 - estimular a criação cultural e o desenvolvimento do espírito científico e do pensamento reflexivo."

¹⁸⁴ AGUIAR, R. A. R. *op. cit.*, p. 86.

¹⁸⁵ Cf. MELO, A. F. *Idem*, p. 110.

Segundo Aguiar:

Para essas mudanças, é preciso que haja critérios claros que definam suas direções. Em nosso entender, os cursos jurídicos, para melhorar, necessitam mudar rumo à interdisciplinariedade, à criticidade e à regionalização.¹⁸⁶

Com relação às decisões, sentenças, dos tribunais a cada novo conjunto de normas criado na área processual, nascem novos recursos, formalizando e burocratizando os procedimentos e dificultando ainda mais o acesso à justiça, pois acesso à justiça é acesso ao conhecimento. Podemos dizer que há excesso de forma em detrimento de conteúdo.

Segundo João Batista Herkenhoff:

Reconheça-se que toda a legislação individualista, consagrada de privilégios, arcaica, antipovo, martiriza as grandes maiorias, acorrentando-as a um círculo vicioso de miséria insuportável, geração sobre geração.¹⁸⁷

Devido ao individualismo exacerbado e à desinformação do indivíduo em relação ao direito. Grande parte dos cidadãos não têm sequer condição de reconhecer seus direitos. Vivemos em um país no qual uma minoria da população tem acesso à educação, quiçá acesso à justiça.

Segundo a revista Isto É, cerca de 13,1 milhões de brasileiros estão abaixo da linha de pobreza, ou seja com um renda familiar igual ou menor que R\$ 63,00, sem acesso, sequer, ao ensino básico.¹⁸⁸

¹⁸⁶ AGUIAR, R. A. R. *op. cit.*, p. 88.

¹⁸⁷ KERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o direito*. 5.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 135.

¹⁸⁸ Cf. HOLANDA, Eduardo. Imagine... *Revista IstoÉ*, São Paulo, n. 1644, p. 44-45, 4 abr. 2001.

O baixo índice de escolaridade da população acaba gerando e alimentando desigualdades sociais.

A complexidade de nossa sociedade e o enorme número de normas existentes no sistema jurídico faz com que, mesmo aquela minoria da população que tem acesso à escola, encontre dificuldades em conhecer seus direitos.

As normas jurídicas cada vez mais, em consequência, e em maior número, distanciam-se da realidade social e o dizer o direito, através do Estado, fica cada vez menos legitimado.

Segundo José Eduardo Faria:

(...) quanto mais procura disciplinar e regular todos os espaços, dimensões e temporalidades do sistema econômico, convertendo essa inflação dispositiva e esse ordenamento jurídico inflacionado numa avassaladora e intrincada teia regulatória, menos esse Estado se revela capaz de expandir seu raio de ação e de mobilizar os instrumentos de que formalmente dispõe para exigir respeito a suas ordens.¹⁸⁹

A distância entre o acesso à justiça e o cidadão de baixa renda, que constitui a maioria da população integrante de nossa sociedade, é inversamente proporcional, ou seja, quanto mais pobre mais afastado, inclusive geograficamente, já que os fóruns, tribunais e escritórios de advocacias encontram-se situados em suntuosos prédios no centro das cidades.

Um dos principais desafios, hoje, do Poder Judiciário Moderno é de conscientizar a população de seus direitos, legitimando, com isso, seu processo.

Segundo Dinamarco:

¹⁸⁹ FARIA, José Eduardo (org.) *Direito e justiça: A função social do judiciário*. São Paulo: Ática, 1989. p. 173.

Na medida em que a população confie em seu Poder Judiciário, cada um dos seus membros tende a ser sempre mais zeloso dos próprios direitos e se sente mais responsável pela observância dos alheios.¹⁹⁰

A questão da cidadania passa pela informação correta de seus direitos. O cidadão, em uma sociedade verdadeiramente democrática, deve conhecer e exercer os seus direitos independentemente dos obstáculos de ordem econômica.

O direito de acesso à justiça pressupõe o direito à informação a respeito da existência dos direitos. É preciso reestruturação do sistema judiciário de um modo geral para propiciar, a quem necessita, o conhecimento dos próprios direitos e dos instrumentos capazes de garanti-los, bem como reconhecer as desigualdades econômicas.

Como exemplo, poderíamos citar o devido pagamento aos advogados prestadores da assistência judiciária gratuita a fim de acessorarem as partes, Tribunais situados em locais acessíveis à população carente, juízes e promotores adequados às novas realidades sociais e fora de seus gabinetes em contato direto com a população, formas de solução de conflitos em que as partes conheçam e participem diretamente de seus resultados, escolhendo seu final, como a mediação.

1.3.2. O Acesso à Justiça e a Idéia de Igualdade Econômica das Partes Litigantes

A questão da igualdade econômica, concreta e não formal calcada na modernidade, é outro ponto a ser elencado no que diz respeito à crise do judiciário e o acesso à justiça, pois é um dos temas que mais demonstra a relação entre o processo, principalmente o civil, e a justiça.

¹⁹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 162.

No entender de Cláudio Vianna de Lima:

*Todos são iguais perante a lei. Mas, alguns se revelam mais iguais que os outros. O obstáculo econômico está a impedir o acesso à justiça. A pobreza e a conseqüente falta de informação e de representação adequadas são entraves ao acesso à justiça.*¹⁹¹

A carência de recursos econômicos pela maioria da população brasileira é um fator de considerável responsabilidade no que diz respeito ao acesso à justiça. A grande maioria da população brasileira não possui sequer recursos para comprar a chamada cesta básica, quem dirá recursos para pagar custas judiciais e/ou periciais.

É necessário, então, dar-se conta da desigualdade econômica na sociedade a fim de tratar-se desigualmente os desiguais, estabelecendo, então, uma igualdade substantiva.

Segundo a revista Isto É:

*existem no Brasil mais de 22 milhões de desabrigados ou moradores de domicílios precários, o que significa 13% da população do país. Desse total, 85% ganham de um a cinco salários mínimos. O déficit habitacional, segundo o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), é de 5,5 milhões de moradias, contabilizadas por família. No Brasil, existe 0,93 casa por habitante, enquanto que nos Estados Unidos esse número chega a 1,42.*¹⁹²

Para Horácio Wanderlei Rodrigues,

A sociedade brasileira encontra-se perante um quadro assustador de miséria absoluta. Exemplo disso é o fato de que em 1990 os 1% mais ricos da população

¹⁹¹ LIMA, C. V. *op. cit.*, p. 162, (in: A arbitragem na era da Globalização)

¹⁹² GARÇONI, I. *op. cit.*, p. 43.

*possuíam 14,6% da renda nacional, enquanto os 50% mais pobres recebiam apenas 11,2% dessa mesma renda.*¹⁹³

A questão de igualdade deve ser buscada, através do asseguramento jurídico, para garantir as condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade.

1.3.3. O Custo do Processo Judicial

Um dos fatores de entrave para um efetivo acesso à justiça encontra-se no excessivo custo do processo.

O fator econômico aparece muito mais forte em uma sociedade capitalista como a nossa, pois os custos de litigação são muito elevados e a relação entre o valor e causa aumenta este custo numa escala desproporcional. Em outras palavras, quanto menor o valor da causa maior o custo para a parte litigante, pois seu poder aquisitivo será menor, principalmente nas causas da esfera civil.

Além das custas judiciais temos que computar os honorários advocatícios, pois para o advogado não existe causas de pouco valor econômico, já que todas demandam dedicação e qualificação profissional. O único diferencial é a questão da complexidade da ação proposta. Umas são mais complexas, outras menos.

No dizer de Mauro Capelletti:

Causas que envolvam somas relativamente pequenas são mais prejudicadas pela barreira dos custos. Se o litígio tiver de ser decidido por processos judiciais formais, os custos podem exceder o montante da controvérsia, ou, se isso não acontecer,

¹⁹³ RODRIGUES, H. W. *op. cit.* p. 31. APUD: Dados publicados pela Folha de São Paulo, em artigo intitulado *Aumenta a concentração de renda no país* (22 nov. 1991).

*podem consumir o conteúdo do pedido a ponto de tornar a demanda uma futilidade.*¹⁹⁴

O custo do processo desestimula as partes a litigarem. As despesas com provas chegam a ser exorbitantes. Um exemplo bem claro é o exame de DNA (ácido desoxirribonucléico) que a maioria das vezes se faz necessário na ação de investigação de paternidade.

Na ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos, mesmo a parte sendo beneficiária da assistência judiciária gratuita, tal benefício não alcança o custo do exame, apesar da legislação assim estabelecer.

As partes envolvidas, quase sempre, neste tipo de litígio processual, não percebem salário e muito menos têm emprego, e quando têm não recebem mais que (3) três salários mínimos¹⁹⁵ para arcar com despesas de alimentação, saúde e educação.

É necessário inverter o que a teoria jurídica tradicional determina e a Constituição Federal garante com respeito ao conceito de igualdade, ou seja 'dar a cada um o que é seu', dar ao pobre sua pobreza e ao rico sua riqueza. Falar em igualdade de Direitos é reconhecer as desigualdades econômicas, sociais, culturais, regionais, etc.

Lênio Streck relata:

Pesquisa recente mostra que os excluídos são 59% da população do país. Nessa categoria "excluídos" estão as pessoas que estão à margem de qualquer meio de ascensão social. Na escola, a esmagadora maioria dessas pessoas (86%) não foi além da 8ª série do 1º grau. De todos os segmentos sociais, são os que sofrem com o desemprego e a precarização do trabalho: 19% vivem de bico e 10% são assalariados sem registro algum. Como contraponto, o levantamento mostra que a elite se resume a 8% dos brasileiros. Essa elite concentra mais brancos (85%) do que qualquer outro

¹⁹⁴ CAPPELLETTI, M.; BRYANT, Garth. *op. cit.*, p. 19.

¹⁹⁵ Este foi o critério objetivo utilizado pelo escritório sócio-jurídico, campo de estágio da UNOESC- Chapecó, a fim de dar atendimento à população carente, ou seja, são atendidos os cidadãos que ganham até três salários mínimos, comprovadamente.

*segmento da sociedade. É, em consequência, o segmento onde há negros e pardos.*¹⁹⁶

Para se discutir o tema acesso à justiça diante de dados como esses é necessário buscar a criação de instrumentos que viabilizem a concretização dos direitos, positivados ou não, que no Direito Contemporâneo são sonegados para a maioria da população brasileira.

Neste cenário, apresentam-se os novos meios de resolução de conflitos, como a mediação, que trazem às partes a possibilidade de buscar o acesso à justiça, pois o custo processual chega a ser **50% menor do que o custo de um processo judicial e ainda a possibilidade do uso de um especialista para conduzir a decisão tomada pelas partes integrantes do conflito judicial ou não.** (grifa-se)

1.3.4. Formalismo do Processo Judicial e o Conflito entre os Poderes

Os processos no Brasil, em parte em razão da legislação processual vigente, pelo excesso de burocracia principalmente no Processo Civil, afasta da justiça muitas causas, preponderantemente as de pequeno valor econômico.

Algumas questões devem ser revistas para resolver esta questão, como por exemplo o excesso de recursos, procrastinando demasiadamente o processo; a forma do procedimento sumaríssimo que não atingiu seu fim; a necessidade de simplificação do processo de execução; o tratamento inadequado do processo cautelar, as cautelares satisfativas; o exagerado número de procedimentos especiais, incluídos os de jurisdição contenciosa e os de jurisdição voluntária, tanto da legislação codificada como da extravagante; e questões diversas, ligadas a formalidades excessivas, à forma de produção

¹⁹⁶ STRECK, L. L. *op. cit.*, p.28-29.

de provas e ao modo de efetivação das citações e intimações.¹⁹⁷

O excesso de recursos (formas), garantia constitucional do duplo grau de jurisdição, que é a possibilidade da parte insatisfeita reformar a decisão, faz o poder judiciário discutir a possibilidade de o legislativo criar súmula vinculante¹⁹⁸ dando a ela efeito *erga omnes*.¹⁹⁹

Como falar, então, em harmonia e independência de poderes (executivo, legislativo e judiciário)²⁰⁰, quando observa-se a inversão de funções, dando ao judiciário o poder de legislar. Em dado momento e segundo interesses de determinados grupos, contrariando toda a ordem pré-estabelecida pelo próprio sistema, inverte-se funções.

Segundo Aguiar:

*Tudo o que foi dito aponta para a necessidade de uma reversão do conceito de independência do Poder Judiciário, já que a situação atual mostra um estranho paradoxo: o Judiciário é independente do povo, mas é dependente, funcionalmente, do Poder Executivo.*²⁰¹

Seguindo o mesmo raciocínio é mister lembrar a composição de nossos tribunais, juízes aptos a julgar em segundo grau²⁰², que é feita por indicação do Poder Executivo. *O judiciário está economicamente nas mãos do Executivo. Diante disso,*

¹⁹⁷ Cf. RODRIGUES, H. W. *op. cit.*, p. 45.

¹⁹⁸ Não devemos esquecer que os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, são indicados pelo Presidente da República. Sendo assim a nossa súmula vinculante seria mais uma forma de garantir a manipulação de um resultado em um litígio processual sob a alegação de que a súmula traria mais celeridade aos processos de recursos.

¹⁹⁹ O efeito *erga omnes* é o mesmo atribuído a uma lei criada pelo Poder Legislativo, que foi instituído para tal fim, ou seja atinge a todos os homens.

²⁰⁰ Pode-se dizer, então, que as funções do Estado (deliberação, execução e jurisdição) são a forma pela qual os governantes exercem o seu poder no âmbito de uma dada sociedade, e originárias da doutrina de Aristóteles. Em 1748, Montesquieu publica sua obra histórica onde se referiu às três funções como espécie de poderes sendo eles executivo, legislativo e judiciário harmônicos e independentes.

²⁰¹ AGUIAR, R. A. R. *op. cit.*, p. 115.

²⁰² A composição do segundo grau de jurisdição é um problema do judiciário pois a nomeação de parte de seus membros, ou até a totalidade no caso do Supremo Tribunal Federal, pelo Executivo e Legislativo, compromete sua independência.

*começa a se desconfiar da independência dos poderes.*²⁰³

Também o processo legislativo encontra-se deslegitimado, quando, pelo sufrágio universal do voto, deveria representar e legislar pelo povo que o elegeu.

Em uma entrevista dada a Isto É, sobre as invasões de terras e o MST, o desembargador Fernando da Costa Tourinho Neto, presidente do Tribunal Regional da primeira região, que engloba o Distrito Federal e mais 13 Estados das regiões Norte, Centro-Oeste e parte do Nordeste disse que:

*Na verdade os eleitores são enganados. Quando votamos pensamos que estamos escolhendo um deputado para nos representar. Na verdade, a grande maioria vota enganada pelo poder econômico, induzida a votar em um candidato financiado por grandes empresários, embalados pelo marketing de campanhas fantásticas e caras (...). Legalmente o Congresso representa o povo, mas, se formos examinar como eles foram eleitos, verificaremos que a maioria esmagadora não tem nada a ver com o povo.*²⁰⁴

A independência e harmonia dos Poderes visa limitar a ação de cada um deles para a constituição de um Estado respeitoso das liberdades que seja capaz de conter os poderes, porém a interferência só terá razão de ser quando for necessária para garantir a idéia-fim de independência.

Segundo Anna Cândida da Cunha Ferraz:

*De outro lado, a interferência de um poder sobre o outro somente será admissível, em tese, quando vise a realizar a idéia-fim, seja para impedir abusos de poder, seja para propiciar a real harmonia do relacionamento entre os poderes, seja para garantir as liberdades e assegurar o pleno exercício de suas próprias funções.*²⁰⁵

²⁰³ Cf. AGUIAR, R. A. R. de. *op. cit.*, p. 94.

²⁰⁴ TOURINHO, Fernando da Costa Neto. Onde não há produção, a invasão é justa. *Revista IstoÉ*, São Paulo, n. 1597, p. 35-36, maio de 2000.

²⁰⁵ FERRAZ, A. C. C. *op. cit.*, p. 14.

Aborda-se também a questão legislativa, pois ela está intrinsicamente ligada ao sistema judiciário já que é responsável pela formação de nossa legislação, fonte principal do Direito. Porém não se pretende discutir neste trabalho as questões pertinentes ao sistema legislativo e sim ao sistema judiciário.

1.3.5. O Desaparelhamento do Poder Judiciário Frente aos Novos Conflitos

O Poder Judiciário encontra-se envolto em uma crise institucional desde seu aparelhamento precário²⁰⁶ até a forma (o individualismo histórico) com que as decisões dentro do sistema são tomadas.

Os conflitos são decididos pelo Poder Judiciário com leis arcaicas e procedimentos emperrados. É flagrante no que diz respeito à justiça uma sociedade tecnologicamente avançada, de resolução rápida para os conflitos sociais.

Para Roberto Aguiar, o judiciário está mais preparado para responder as questões (ações) de ordem privada em detrimento das questões de ordem coletiva.

Segundo Aguiar:

*Os advogados também enfrentam problemas com o Judiciário, quando trazem à sua apreciação contendas novas sobre fatos originados pelos novos tempos. Fatos da tecnologia da medicina, da física, da complexidade negocial, fatos da sociedade desigual, dentre tantos, para os quais os juízes por sua formação, não estão aptos a enfrentar.*²⁰⁷

A justiça estatal, vista aqui como sinônimo do Poder Judiciário, é uma instituição complexa e pouco eficiente.

²⁰⁶ Aparelhamento precário quer dizer falta de equipamento e pessoal.

²⁰⁷ AGUIAR, R. A. R. *op. cit.*, p. 115.

Diante da era moderna para alguns pós-moderna, que veio logo após o Estado Liberal do século XVIII e XVIII, a sociedade ainda não se liberou da idéia individualista calcada no modelo liberal.

Pode-se identificar aqui um foco de conflito quando se depara com um modelo que já se encontra superado e outro tenta tomar seu lugar, porém o antigo não consegue dar espaço impedindo a entrada e avanço do novo.

O novo desperta certa incomodidade, não porque talvez possa ser injusto, mas porque desestabiliza a comodidade das reproduções.

Diz Mauro Capelletti:

*Nos estados liberais 'burgueses' dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para a solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigente.*²⁰⁸

Nosso Direito está calcado historicamente no modelo romano-germânico, que tinha por base os interesses de ordem individual, ou seja, aqueles que dizem respeito principalmente ao indivíduo social. Por esta razão, todo o sistema judiciário brasileiro está instrumentalizado para resolver conflitos de ordem privada, entre as partes, e deixa lacuna e insegurança quando falamos em conflitos de interesses difusos e coletivos.

A característica individualista está profundamente arraigada nos operadores jurídicos, oriunda do dogmatismo doutrinário que aprende-se nos bancos escolares, e também na sociedade de um modo geral.

O ser humano, apesar de nascer para viver em sociedade, ainda não aprendeu a conviver com ela.

²⁰⁸ CAPELLETTI, M.: BRYANT, Garth. *op. cit.*, p. 9.

No dizer de Marinoni:

*É que o peso da idéia individualista está presente na mentalidade de grande parte daqueles que estudam e trabalham com o direito. Na verdade, direitos que pertencem a todos e, portanto, a cada um, não podem deixar de ser protegidos porque todos não podem exercitar.*²⁰⁹

O direito, por sua vez, deve aplicar normas para que o ser humano possa viver em sociedade. Aquele que, por sua vez, desconsidera as normas positivadas sofrerá uma sanção. Então, o objetivo das normas pré-estabelecidas, é a coação social.

Nossa legislação²¹⁰ tem caráter estável²¹¹, diferentemente do direito que deve ser mutável a fim de se adaptar às novas realidades sociais. Com a evolução da sociedade, nascem novas necessidades e novos conflitos, e para regulá-los novos direitos, tanto processual quanto material.

Uma gama muito grande de conflitos, de ordem coletiva, está despontando na sociedade em transformação. É o caso do consumidor no plano das relações de consumo; dos submetidos a contratos de adesão; dos pequenos investidores do mercado imobiliário; dos segurados da previdência social; dos titulares dos pequenos conflitos.

De acordo com José Eduardo Faria:

(...) Os novos conflitos coletivos exigem novos instrumentos jurídicos e novos procedimentos judiciais para poderem ser canalizados, filtrados e decididos no âmbito das instituições formais do estado, o que transforma o Judiciário num locus

²⁰⁹ MARINONI, L. G. *op. cit.*, p. 39.

²¹⁰ Lei é um ato do poder legislativo, portanto apenas uma das muitas espécies de normas, são consideradas normas também medidas-provisórias, resoluções, instruções normativas, etc.

²¹¹ Não evoluem com a mesma rapidez do direito e da sociedade.

*político privilegiado como arena de luta, confronto e negociação de interesses (...).*²¹²

O mesmo autor aponta a necessidade de construção de vias alternativas para resolução de conflitos, principalmente quando estes envolverem interesse coletivo. Porém, estas novas formas, entre elas a mediação, têm profunda importância nos conflitos de ordem privada que envolvam relações de continuidade.

Para tanto, discutem-se novas formas de resolução, tanto na esfera judicial quanto na extrajudicial, que privilegiariam não só os interesses de ordem individual, mas também os de ordem coletiva.

Aponta-se, hoje, no ordenamento jurídico brasileiro, os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, da Lei 9.099/95, que dão ênfase ao instituto da conciliação através de juízes leigos²¹³, e fora da esfera judicial, formas de resolução alternativas de conflito como a Arbitragem já institucionalizada, e a Mediação, em vias de se tornar. Com isso observa-se que nosso próprio direito processual passa por uma via de transformação *desformalizando-se* (Juizados Especiais), ou seja, buscando tornar-se mais acessível e justo.

1.3.6. A inadequação do direito material à realidade social

O Poder Judiciário brasileiro também encontra dificuldades em aplicar a norma de direito material, pois aquela não está adequada à realidade social e também não se encontra, muitas vezes, inserida no ordenamento jurídico.

É mister lembrar, que a maioria das vezes, há a existência da lei, porém seu conteúdo está defasado, portanto cai ela no desuso, existindo então o que pode se chamar

²¹² FARIA, J. E. *Justiça e Conflito*. p. 41.

²¹³ A Lei dos Juizados Especiais prevê a participação de juízes leigos na fase de conciliação do processo. Normalmente estes juízes são acadêmicos do curso de Direito ou advogados voluntários que se dispõem a participar sem qualquer tipo de remuneração.

de lacuna axiológica ou política²¹⁴. Neste caso cabe unicamente ao juiz, através de sua vontade, decidir como e quando vai aplicá-la. Hermeneuticamente, o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil²¹⁵ resolve o problema.

Como exemplos claros de normas em desuso está o artigo 219, inciso IV, do Código Civil quando diz que *Considera erro essencial quanto à pessoa do outro cônjuge: ... IV - o defloramento da mulher, ignorado pelo marido.*

O legislador estabeleceu na Lei de Introdução ao Código Civil em seu artigo 4º²¹⁶ o poder do juiz de preencher as lacunas²¹⁷ da lei (norma) num processo chamado integração, com isso tinha a intenção de dar completude ao ordenamento jurídico, mas este fenômeno (lacuna) ainda é um óbice ao andamento da justiça.

A teoria da dogmática jurídica dominante discute a completude do ordenamento estabelecendo o descrito no item acima que é o preenchimento das lacunas através do processo conhecido como integração.

Ao mesmo tempo, vive-se um processo de inflação legislativa. Num discurso político, o Poder Executivo alega que devido à morosidade do Legislativo na criação de novas normas é preciso que ele (Executivo) legisle através do que conhece-se por medidas-provisórias, criando, muitas vezes, normas inconstitucionais.

Então entende-se que o Poder Judiciário vive um paradoxo, pois ao mesmo tempo que a teoria jurídica discute formas de preenchimento (integração), em virtude das lacunas da lei, critica dizendo que há um excesso legislativo ou a crise da legalidade. Então

²¹⁴ Ocorre a lacuna axiológica (também denominada ideológica ou política) quando há norma legal aplicável ao caso concreto, mas sua aplicação àquela situação específica leva a uma decisão injusta, que não está de acordo com os valores sociais. Cf. RODRIGUES, H. W. *op. cit.*, p. 49.

²¹⁵ Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e ao bem comum.

²¹⁶ Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

²¹⁷ Lacuna uma inadequação em relação a alguma coisa, aqui podendo ser definida como uma inadequação normativa.

depara-se com um excesso que gera faltas.

Como exemplo, está o artigo 192, parágrafo terceiro, da Constituição Federal que regulamenta a taxa de juros legais de 12% ao ano, que por interesses políticos ou jurídicos, alega-se a necessidade de regulamentação por lei complementar. Diria então, pela Teoria Jurídica dominante, que há uma lacuna intencional deixada pelo legislador.

1.4. Formas de Enfrentamento da Crise do Poder Judiciário Dentro da Perspectiva do Acesso à Justiça

A questão acesso à justiça somente se fez perceber de forma definitiva no pós-guerra. Quando da consagração, a nível constitucional, dos chamados novos direitos, o direito ao acesso à justiça passou a ser um direito garantidor de todos os outros.²¹⁸

Se faz necessário criar uma instrumentalização processual socializada e adequada às necessidades dos litigantes. O acesso à justiça ligado diretamente à noção de justiça social. O direito de igualdade visto como o direito de igualdade de oportunidades.

Segundo Mauro Capelletti:

*O direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação.*²¹⁹

O processo deve ter finalidade social e estar à disposição das pessoas com o objetivo de fazê-las mais felizes, mediante a reestruturação dos conflitos, com decisões mais justas. Deve ser instrumento de democracia e cidadania responsável.

²¹⁸ Cf. MARINONI, L. G. *op. cit.*, p. 21.

²¹⁹ CAPELLETTI, M.; BRYANT, Garth. *op. cit.*, p. 11-12

Na visão de Grinover, o acesso à justiça, no quadro da democracia participativa, significa participação popular mediante o processo. O processo é instrumento de participação democrática mediante a justiça.²²⁰

É necessária a conscientização e reeducação das partes, ensinando-as a participar²²¹ efetivamente do processo e conseqüentemente decidirem por si mesmas.

Segundo José Eduardo Faria:

*(...) Promover a um só tempo a diversificação das jurisdições especializadas, em nome tanto da expansão quantitativa dos litígios quanto da crescente complexidade técnica e material dos processos, e a desformalização de determinadas controvérsias em áreas específicas da justiça civil (como as relações dos consumidores com os produtores, as relações de vizinhança, a reparação de danos de pequena monta, as cobranças de menor expressão econômica e a proteção do inquilino), pela ênfase às arbitragens, às mediações, às conciliações extrajudiciais etc.*²²²

Devido a este cenário conturbado em que se encontra a jurisdição é que aparece a mediação, como forma alternativa e extrajudicial de resolução de conflitos, vindo para minimizar os efeitos disfuncionais e das contradições dentro do Poder Judiciário, neutralizando, em parte, o impacto deteriorante do aparelho judiciário.

A mediação propiciará o processo como sistema aberto às novas realidades sociais.

1.5. A Mediação como Alternativa a Crise do Poder Judiciário

Como anteriormente demonstrado, a jurisdição é o espaço de aplicação do

²²⁰ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. O Acesso à Justiça no Ano 2000. In.: MARINONI, L. G. (coord.) **O processo civil contemporâneo**. Curitiba. Juruá, 1994. p.31).

²²¹ A participação neste caso não é do titular do poder de decidir (o Estado), mas das pessoas sobre quem o poder exerce.

²²² FARIA, J. E. *op. cit.*, p. 117.

direito, a decisão segundo a lei. O Direito posto através do Poder Institucionalizado. O Direito como fenômeno de Poder.

Novos instrumentos, chamados formas alternativas de resolução de conflitos, fora e dentro da esfera jurisdicional, aqui especificamente a mediação, vêm como resposta ao acesso à justiça no Estado Moderno.

O Judiciário não possui todas as respostas ou soluções aos conflitos das relações jurídicas ou sociais.

A principal idéia da mediação como forma alternativa na resolução dos conflitos é que eles, devem ser encarados não pelo paradigma da solução e sim da reconstrução.

Com a mediação, as partes se assumem como partes integrantes e responsáveis na construção de um resultado final do conflito. Participam de um processo mais informal e mais inteligível.

Sob um aspecto sociológico, a mediação vem como forma de democratizar a justiça, como forma de cidadania e de autonomia.

Segundo Boaventura de Souza Santos, *a democratização da administração da justiça é uma dimensão fundamental da democratização da vida social, econômica e política.*²²³

A democratização passa pela idéia do povo administrando sua própria justiça e construindo seus próprios resultados de forma harmônica e consciente.

²²³ SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. In.: FARIA, J. E. (org.). *Direito e justiça: A função social do judiciário*.

As formas alternativas extrajudiciais de resolução de conflitos, principalmente a arbitragem e mediação, vêm obtendo no cenário internacional grande êxito.

Para Claudia Viana de Lima:

*Os países de Primeiro Mundo reforçam a legislação, de modo a favorecer mediação, meios conciliatórios, juízos arbitrais, formas estas que se encontram em exitosa expansão.*²²⁴

No Brasil, agora começam a surgir estudos sobre o assunto. Atalmente tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 4.287²²⁵, que institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual do conflito. Por outro lado, há bem pouco tempo, foi sancionada a nova lei da Arbitragem (Lei 9.307/96).

Tampouco podemos falar em uma Teoria da Mediação. Segundo Warat:

*Notam-se frágeis e desorganizados esforços para importar algumas idéias de outras áreas do conhecimento, principalmente da teoria da comunicação e da psicologia. A mediação não tem teorias sólidas que possam ser reconhecidas como próprias. Brilham por sua ausência as tentativas de produção de uma teoria global da mediação.*²²⁶

Também esclarece Maria de Nazareth Serpa (...) *O Brasil tateia, quase sempre às cegas, a estrada da mediação. Alguns Estados, como o Paraná e o Rio de Janeiro, apresentam-se em trabalhos isolados, mas vigorosos.*²²⁷

Mesmo com a falta de previsão no ordenamento jurídico brasileiro para a realização da mediação (que mais se aproxima dela é o instituto da conciliação que se

²²⁴ LIMA, Cláudio Vianna de. Arbitragem no Tempo. O Tempo na Arbitragem. In.: GARCEZ, José Maria Rossani. (coord.). *A arbitragem na era da globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 13.

²²⁵ PEREIRA, R. C. *op. cit.*, p. 9-11.

²²⁶ WARAT, L. A. *Em nome do acordo: A mediação no direito*. p. 19.

²²⁷ SERPA, M. N. *op. cit.*, p. 284.

através de instrumentos como a conciliação e a mediação.²²⁹

Nas audiências em que se discute a questão dos alimentos, Lei 5.478/68 sobre alimentos oriundos das relações de parentesco, observa-se a prática da conciliação já instituída e que, muitas vezes, apesar de não saberem disso, os magistrados e/ou promotores adotam a mediação como técnica para conduzir a audiência.

Para Beatriz Helena Braganholo, quando se pensa em mediação como instituto, via de resolução extrajudicial para os casos de família, deve haver obrigatoriedade prévia²³⁰, devido ao comportamento do brasileiro diante da dissolução de união e/ou casamento, pois normalmente a disputa não é obrigacional (prestação) e sim de ordem sentimental.

Usando, analogamente, o amparo legal da conciliação, a critério do magistrado e havendo interesse (art.125, IV do CC e 447, Parágrafo único, do CPC) sejam os envolvidos remetidos aos mediadores para a tentativa de resolução de conflito (pela mediação) e, havendo o acordo, poderá haver a tradicional homologação judicial.

Com isso, talvez deve-se pensar não somente a mediação como forma alternativa de resolução de conflitos, mas também e principalmente como técnica dos operadores jurídicos para resolver os conflitos instituídos e tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Esta visão já está sendo discutida no cenário estadual. No Tribunal de Justiça de Santa Catarina, os juízes já estão começando a implementar as novas formas de resolução alternativa de conflitos como a mediação, limitado, é claro, pelo ordenamento

²²⁹ Apesar de muitas vezes os juizes e representantes do Ministério Público trabalharem sobre a perspectiva da mediação, ainda é um procedimento novo e pouco divulgado, na maioria das vezes confundido com a conciliação.

²³⁰ Cf. BRAGANHOLA, Beatriz Helena e outros. Mediação e Cidadania - Uma proposta. p. 5. Disponível em <<http://tj.sc.gov.br/cejur/artigos/mediação.htm>>. Acesso em: 02/06/2000.

jurídico brasileiro. Com isso o tribunal busca, através dos chamados juizados da cidadania, encontrar mecanismos de harmonização dos direitos.

Segundo Warat:

Nessas horas em que a sociedade ameaça com retornar à barbárie, precisamos de formas mais eficazes de administração da justiça, que garantem a todos o direito a ter direito de decidir seus conflitos por si mesmos, de forma cidadã. A resposta - a única resposta - consiste em reforçar as práticas da mediação com juizes cidadãos que ajudem as pessoas a produzir, por elas mesmas uma diferença - com o outro - de seus conflitos.²³¹

Aguiar descreve com profunda sensibilidade sobre o juiz cidadão:

Ele necessita conviver com a democracia e libertar-se dos grilhões que o impedem de ser cidadão. Um juiz cidadão, um juiz participante da sociedade certamente será mais justo.²³²

O direito deve servir à sociedade e não a sociedade servir ao direito. A norma deve ser um instrumento de justiça e não um instrumento de manipulação de resultados imagináveis por uma parcela representativa da sociedade (poder legalmente constituído), editando leis que só servem para seu próprio benefício.

A mediação poderá ser uma das formas de ver o direito como instrumento de justiça e não de poder. Pois exercitará através de seus cidadãos a democracia, a cidadania e a autonomia.

2. MEDIAÇÃO - UM PARADIGMA POSSÍVEL

²³¹ WARAT, L. A. Juiz Cidadão. p. 3. Disponível em <<http://sc.gov.br/cejur/artigos/juizcidadão.htm>>. Acesso em:

²³² AGUIAR, R. A. R. *op. cit.*, p. 113.

Acredita-se que a teoria contruída em torno da decisão apresenta problemas. Não é mais possível tratar certos conflitos como ganhar/perder. Também não é mais possível, a partir de uma norma de caráter geral e abstrato, resolver o conflito concreto e único, sem que se dê conta que, com isso, uma das partes irá sofrer uma profunda perda e desilusão em relação à outra.

José Luiz Bolzan de Moraes afirma que se vive numa transição de paradigmas onde as formas alternativas de resolução de conflitos, aquelas que procuram encarar o novo de frente, crescem e se tornam de suma importância na busca da jurisdição e da cidadania.

A mediação vem como uma resposta, entre outras, à crise do judiciário.

O próprio Mauro Capelletti diz que:

Tal como foi enfatizado pelos modernos sociólogos, as partes que tendem a se envolver em um determinado tipo de litígio também devem ser levadas em consideração. Elas podem ter um relacionamento prolongado e complexo, ou apenas contatos eventuais. Já foi sugerido que a mediação ou outros mecanismos de interferência apaziguadora são métodos mais apropriados para preservar os relacionamentos.²³³

Dentro do paradigma atual, a ciência jurídica conduz à certeza e ao previsível e com isso formamos o discurso da segurança jurídica. Tudo o que acontece deve, em princípio, ser explicável em termos de leis gerais e imutáveis. O Direito, enquanto ciência, estabelece regras para assegurar o equilíbrio dos resultados de um conflito.

No dizer de Schnitman:

Nossa cultura privilegiou o paradigma ganhar-perder, que funciona como um lógica determinista binária, na qual a disjunção e a simplificação limita as opções possíveis. A discussão e o litígio

²³³ CAPELLETTI, M.; BRYAN, Carth. *op. cit.*, p. 72.

*- como método de resolver as diferenças - dão origem a disputas nas quais usualmente uma parte termina “ganhadora”, e a outra, “perdedora”. Essa forma de colocar as diferenças empobrece o espectro de soluções possíveis, dificulta a relação entre as pessoas envolvidas e gera custos econômicos, afetivos e relacionais.*²³⁴

É necessário, mais do que nunca, construir novas plataformas de atuação na esfera das resoluções de conflitos, restabelecer a comunicação entre as partes e, a partir daí, buscar uma melhor qualidade de vida para os integrantes de um sociedade em contínua mutação.

Estes novos caminhos, entre eles a mediação, examinam nosso potencial intrapessoal para reorientar-nos às relações interpessoais, sustentando o desenvolvimento participativo e responsável da sociedade.

Mediar é a capacidade de se perguntar sobre as diversas estratégias disponíveis frente ao conflito, de refletir, formular questões significativas, aprender a aprender, transforma-se para meios ativos de enfrentar os conflitos, e resistir às simplificações de velhos paradigma.²³⁵

A mediação busca conduzir as inovações nas relações sociais, encontrando caminhos mais cooperativos para reconstruir uma comunidade local e global, onde se saiba respeitar o outro, conhecendo e respeitando seus limites, lembrando que outro também é um ser dotado de vontades.

As relações humanas são ricas e imprevisíveis, podem apresentar formas complexas e fluxos turbulentos. O diálogo, e não monólogos, entre as partes, através de modelos adaptáveis a cada situação na resolução dos conflitos, é a única saída para um resultado efetivo e positivo do conflito.

²³⁴ SCHNITMAN, D. F.; LITTLEJOHN, S. (org.). *op. cit.*, p. 17.

²³⁵ Cf. SCHNITMAN, D. F.; LITTLEJOHN, S. (org.). *Idem*, p. 19.

A justificativa deste novo modelo está na participação direta das partes, administrando seu próprio processo de resolução. As partes podem incrementar e resolver seus conflitos e dilemas, assim como narrar novas e melhores histórias sobre os sistemas dos quais são parte e de seu lugar nos mesmos.

É preciso trabalhar a mediação com uma visão multidisciplinar. Também uma visão totalitária e não fragmentada, com uma perspectiva concreta com o existente e o possível na resolução dos conflitos, principalmente os da esfera interpessoal.

No dizer de Schnitman,

Os novos paradigmas para a resolução alternativa de conflitos definem um campo que, por natureza, tende a ser multidisciplinar, atravessa fronteiras, trabalha com a diferença - mais ainda, enriquece-se com ela -, a fim de preparar futuros melhores e atuar sobre a qualidade de vida das pessoas, das instituições onde as pessoas vivem e trabalham e das comunidades.²³⁶

2.1. Mediação e sua Perspectiva Transformadora das Relações e do Diálogo

O principal desafio a ser enfrentado não é o de gerar comunidades, sociedades isentas de conflitos ou uma ordem harmoniosa, deve-se proceder de maneira para que o antagonismo constante não produza agressão, opressão e genocídio.

Vive-se uma era de transição, onde o ser humano encontra-se em decadência tanto pela miséria econômica quanto pela falta de educação, ensina-se autonomia como sinônimo de independência e poder viver só.

É preciso reestruturar as relações, partindo de um princípio norteador de que o ser humano não foi feito para viver só. Precisamos, inclusive para a preservação da

²³⁶ SCHNITMAN, D. F.; LITTLEJOHN, S., *op. cit.*, p. 26.

espécie, de companheiros (as), de um relacionamento equilibrado entre os seres se dá pela comunicação e esta se faz através do diálogo e do conhecimento.

A resposta para tal desafio é o diálogo²³⁷, a melhor maneira de tratar a realidade dos conflitantes.

As partes devem ser reconhecidas como produtoras de conhecimento e de ações, donas de sua própria vontade, dotadas de plena autonomia e auto-determinação. Não será possível estabelecermos um diálogo transformador com uma visão individualista, com uma perspectiva de ganhar/perder, é necessário um visão global e administrável dos resultados possíveis.

Segundo Gergen:

Ao invés de trabalharmos 'de cima para baixo'-com autoridades de alto escalão ou sistemas abstratos ditando as regras, a ética ou as práticas para todos -, atuaremos 'de baixo para cima', ou seja, partamos para o mundo da ação e, especificamente, para os casos que as pessoas parecem estar lidando de maneira bem-sucedida de com problemas de realidades múltiplas e conflitantes e em que parecem fazê-lo sem um comprometimento forte com as premissas racionalista ou realistas.²³⁸

O diálogo não vai resolver o conflito e sim transformá-lo em formas possíveis de convivências entre os considerados seres sociais. Segundo Kenneth J. Gergen *o principal desafio para o século XXI seja como conseguir viver junto neste planeta.*²³⁹

Não há regras definidas para estabelecermos um diálogo transformador e positivo. Os fatos vão acontecendo numa escala ascendente e não descendente, ou seja de

²³⁷ Esta possibilidade é sugerida pela postura construcionista social, segundo GERGEN, Kenneth J. Rumo a um Vocabulário do Diálogo Transformador. In.: SCHNITMAN, D. F.; LITTLEJOHN, S. *op. cit.*, p. 30.

²³⁸ GERGEN, K. J. In.: SCHNITMAN, D. F.; LITTLEJOHN, S. *Idem*, p. 33.

²³⁹ GERGEN, K. J. Rumo a um Vocabulário do Diálogo Transformador. In.: SCHNITMAN, D. F.; LITTLEJOHN, S. *Idem*, p. 29.

baixo para cima. Não haverá normas solucionáveis, **existirão soluções possíveis.** (grifase).

O que este diálogo transformador deve trazer são novas visões da realidade através de seus participantes, ou seja, uma construção conjunta do real e do bom.

O diálogo transformador deve dar ênfase especial à responsabilidade na relação, à auto-expressão (autonomia), à afirmação, à coordenação, à reflexividade e à co-criação de novas realidades. A filosofia deve basear-se principalmente em buscar novas interpretações para as situações.

O conflito deve sofrer uma transformação, pois seu principal enfoque não é atender às necessidades individuais e chegar a um acordo (embora esta hipótese não esteja excluída) e sim estimular uma maior sensação de autovalia, segurança, determinação e autonomia. Ainda fazer que cada um reconheça o outro e se preocupe com o mesmo.

O mediador terceiro imparcial terá que ter imensa habilidade e conhecimento no que diz respeito à interpretação e tradução, pois ele deverá reinterpretar o desejo das partes para torná-las mais inteligíveis na visão da outra.

Cabe sempre lembrar que não existe no Brasil, ainda, qualquer teoria a respeito. Uma teoria adequada deverá ser escrita através de nossa realidade econômica, social, política, jurídica etc. Ou seja, ainda demandará longo estudo empírico para descrevermos uma técnica ou procedimento que por sua vez culmina no processo adequado à mediação e seus mediadores.

Segundo Dinamarco, mesmo visando apenas o processo de ordem judicial, (...) *O processo tem por escopo magno a pacificação da justiça, é indispensável que todo*

*ele se estruture e seja praticado segundo as regras voltadas a fazer dele um canal de condução à ordem jurídica justa.*²⁴⁰

Tem-se apenas exemplos no Direito Comparado onde pode-se constatar diferentes realidades, partindo de um objeto comum o “ser humano”.

A mediação, a exemplo do que ocorre em outros países, tem como objetivo além de resolver, ou amenizar, à crise do judiciário e a questão do acesso à justiça, dar maior qualidade de vida aos seres que ocupam este planeta.

²⁴⁰ DINAMARCO, C. R. *op. cit.*, p. 305.

CONCLUSÃO

Conclui-se, no desenvolver desse trabalho, que há a necessidade de transformação no paradigma das resoluções de conflito. Em alguns pontos detectados dessa crise, a mudança é preemente como a formação dos operadores jurídicos e a simplificação dos procedimentos.

Vive-se numa sociedade em constantes mudanças. No entenado constata-se que algumas normas jurídicas encontram-se em desconexão com a realidade social. Entre elas, pode-se citar alguns dispositivos do Código Civil Brasileiro, que possuem prescrições ultrapassadas para regular os fatos da atualidade.

A crise econômica e a falta de vontade política de nossos dirigentes cada vez mais ressaltam a miséria social. Os pobres estão mais pobres. Hoje vivem abaixo da linha de pobreza 13,1 milhões de brasileiros sem possuir sequer condições de cursar o ensino básico, que no Brasil é de 8 anos.

É preciso dar condições às partes envolvidas num conflito. Em primeiro lugar, ter o conhecimento mínimo de seus direitos materiais para com isso possibilitar que as partes possam influir sobre o resultado de uma situação conflituosa (disputa).

É preciso ampliar a participação popular na Justiça, através de institutos, como a mediação. O senso comum de que só ao juiz cabe dizer o direito (julgar) precisa ser rediscutido, na busca da transformação desse paradigma fundado na decisão.

O ordenamento positivo brasileiro deve ser estruturado para servir ao Direito como meio de fazer justiça e não como meio de confirmar as injustiças impostas por leis ultrapassadas, e muitas vezes, mal intencionadas, criadas por um grupo dirigente, não em benefício de um povo e sim em benefício próprio.

Os fatores apresentados anteriormente justificam a necessidade de reforma do sistema judicial de resolução de conflitos, buscando facilitar o acesso do indivíduo a uma ordem jurídica justa.

Quanto à necessidade de reforma²⁴¹ do sistema judicial devem ser destacados quatro pontos:

a) a desformalização do procedimento, permitindo uma maior facilidade de acesso do indivíduo para a solução de seus conflitos;

b) a tentativa de equalização das partes (a igualdade se dará no momento em que houver conhecimento de direitos de ambas as partes);

c) a alteração do estilo de tomada de decisão para um mecanismo que permita uma maior participação das partes na resolução dos conflitos (através da mediação);

d) a simplificação do direito aplicado.

Na Europa, nos Estados Unidos e na América Latina, principalmente na Argentina, a mediação é uma realidade com efetiva aplicação e resultados concretos. A mediação pode ser vista como um espaço de criatividade pessoal e social, bem como uma realização de cidadania.

²⁴¹ Quando se fala em reforma não se quer dizer apenas uma reforma legislativa mas sim uma reforma estrutural, a partir da formação dos operadores.

Vive-se numa era de incertezas e inseguranças, uma era em que ainda impera a individualidade e o liberalismo, onde a solidariedade passa longe da realidade em que se vive. É necessário resgatar valores como solidariedade, humanidade, amizade, entre outros, para sobreviver.

Na mediação, as partes podem reconhecer uma a outra, porque são elas reconhecidas por um terceiro imparcial, representado pela figura do mediador. Este será sempre alguém dotado de profunda sensibilidade. Não há a possibilidade, na mediação, de imposição de resultados e sim de construção de acordos.

O mediador fará o papel de um terceiro imparcial com o objetivo de facilitar o diálogo entre as partes. O diálogo deve ser entendido não como forma de levar as partes a um acordo, mas resultar em entendimento e respeito entre os adversários.

A mediação propiciará o diálogo e conseqüentemente possibilitará uma nova forma de encarar o conflito. Um forma em que não há ganhador ou perdedor. Todos são ganhadores e perdedores.

Grande efetividade traz a mediação como técnica de resolução de conflitos principalmente nas relações de continuidade entre as partes, como exemplo nas relações de família, vizinhança, consumidor, inquilino/proprietário e também na relação com o meio ambiente.

Segundo Duffy: *en 85% de las disputas que alcanzaban la mediación, se conseguia la resolución. Como media transcurrían 14,9 días desde la admisión hasta la disposición final, y todo esto tenía lugar con un coste médio de 24,67 dólares por petición para el servicio.*²⁴²

²⁴² DUFFY, G. karen. *Introducción a los programas de mediación comunitaria: pasado, presente y futuro.* (in: *Mediación: la mediación y sus contextod de aplicación*), p.61.

Segundo Duffy 80-90% das partes, envolvidas no processo de mediação, estão muito satisfeitas com o resultado.²⁴³

A reformulação dos desejos em uma relação de conflito deve equilibrar a necessidade dos disputantes e definir seus próprios termos, encontrando portanto uma saída.

É preciso construir uma justiça substantiva e distributiva. Substantiva porque os direitos quanto ao mérito serão analisados, sendo a matéria e não a forma aquilo que importa. Distributiva porque se estabelece uma igualdade real das partes, permitindo que estas participem efetivamente do resultado final.

O instituto da mediação não deve ser encarado apenas como forma alternativa de resolução de conflitos, mas como técnica que pode ser utilizada numa etapa do próprio procedimento judicial, a ser empregada pelos juízes, promotores, advogados, enfim, a todos aqueles que lidam diretamente com as partes envolvidas na disputa.

A mediação não deve ser vista como forma de substituir o judiciário e sim como mais uma forma de auxiliá-lo. Um dos possíveis remédios para uma justiça com problemas pela falta de acesso para a maioria da população carente, quer sejam provocados pela falta de conhecimento técnico, ou pela falta de condições econômicas.

Cabe lembrar que justiça é o termo comum usado pelo Poder Judiciário, quando interpreta aplica as leis de acordo com determinados procedimentos ao caso concreto. Já a mediação não busca fazer justiça. A mediação busca a resolução dos conflitos.

²⁴³ Cf. DUFFY, G. karen. **Introducción a los programas de mediación comunitaria: pasado, presente y futuro.** (in: *Mediación: la mediación y sus contextos de aplicación*), p.61.

É fundamental, dentro da forma tradicional de resolução de conflitos, a decisão, uma mudança de paradigma. Não se trata de usar a mediação apenas como mais um meio, e sim como um novo caminho de resolução de conflitos baseado na vontade das partes e na boa fé entre elas.

Diante de tais fatos, diz-se então que a mediação nada mais é do que um conjunto de técnicas²⁴⁴ e ciência²⁴⁵ de origens diversas, e, fundamentalmente um modo diferente de enfrentar os conflitos que só pode ser coordenado por um mediador.

Para o bom desempenho da mediação, tanto como técnica ou como forma alternativa de resolução de conflitos fora da esfera judicial, é importante que todos respeitemos os conhecimentos dos outros e possamos trocar experiências para crescermos juntos, nesta realidade social, econômica, política e cultural especial que é o Brasil.

Inúmeros são os motivos que levam a defender a idéia da mediação. Entre eles podem ser destacados: tribunais lotados; assistência judiciária inoperante; o tempo transcorrido para se chegar a uma decisão judicial; a falta de diálogo entre as partes; os fatores subjetivos das partes conflitantes; revisão de conceitos como solidariedade, cidadania e justiça.

A mediação vem como um resultado positivo, constituindo-se em um sistema jurídico procedimental mais humano. Estabelecer o verdadeiro acesso à justiça é empregar técnicas processuais diferenciadas, tais como a simplificação dos procedimentos e a criação de vias alternativas de solução de controvérsias.

Segundo José Luiz Bolzan de Moraes:

²⁴⁴ Técnicas como a negociação.

²⁴⁵ Será usada na mediação ciência como a psicoterapia, a semiótica, a assistência social etc.

(...) Hoje, a noção de efetividade deve englobar a eliminação de insatisfações, o cumprimento do direito com justiça, a participação ativa dos indivíduos (...), além de constituir inspiração para o exercício e respeito dos direitos e da própria cidadania.²⁴⁶

²⁴⁶ MORAIS, J. L. B. *op. cit.*, p. 82.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAME - Disponível em: <http://www.abrame.com.br/codigo_de_etica.htm>. Acesso em: 24 junho 1999.

ABRAME - Disponível em: <http://www.abrame.com.br/o_que_e_a_abrame.htm>. Acesso em: 24 junho 1999.

AGUIAR, Roberto A. R. de. **A Crise da advocacia no Brasil: diagnósticos e perspectivas**. São Paulo: Alfa-Omega, 1991.

AMARAL, Lídia Miranda de Lima. **Mediação e arbitragem: uma solução para os conflitos trabalhistas no Brasil**. São Paulo: LTr, 1994.

BRAGANHOLLO, Beatriz Helena e outros. **Mediação e Cidadania - Uma proposta**. Disponível em <<http://tj.sc.gov.br/cejur/artigos/mediação.htm>>. Acesso em:

BEVILAQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil, edição histórica**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975.

CAPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, Antonio Neto. **Contrato de mediação**. São Paulo: Saraiva, 1956.

CHAVES, Antonio. **Tratado de direito civil: Parte geral**. 3.ed. Refundida de Lições de Direito Civil: Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, t. 2, 1982.

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo**, Florianópolis: Diploma Legal, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Teoria geral do direito civil**. 8.ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, v.1, 1991.

DUFFY, Karen Grover e outros. **Mediación y sus contextos de aplicación: una introducción para profesionales e investigadores**. Barcelona: Paidós, 1996.

FARIA, José Eduardó (org.) **Direito e justiça: A função social do judiciário**. São Paulo: Ática, 1989.

_____. **Justiça e conflito: Os juízes em face dos novos movimentos sociais.** 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERRAZ, Ana Cândido da Cunha. **Conflito entre poderes: O poder de sustar atos normativos do poder executivo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário aurélio da língua portuguesa.** 2.ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

GARCEZ, José Maria Rossani. (coord.). **A arbitragem na era da globalização.** Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GARÇONI, Inês. Beco com saída. **Revista Isto É**, São Paulo, n.1.600, p. 43-33, junho de 2000.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito.** Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

GIORDANI, Mário Curtis. **O código civil à luz do direito romano: parte geral.** Rio de Janeiro: Forense, 1992.

GOMES, Orlando. **Contratos.** 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GORCZEWSKI, Clóvis. **Formas alternativas para resolução de conflitos: A arbitragem no Brasil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito.** 5.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

HOLANDA, Eduardo. Imagine... **Revista IstoÉ**, São Paulo, n. 1644, p. 44-45, 4 abr. 2001.

KANT, Emanuel. Fundamentos da metafísica dos costumes. Disponível em <<http://www.ufrgs.br/HCPA/gppg/autonomia.htm>>. Acesso em: .

LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivo: Consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação, autor.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Manual de direito civil: Teoria geral.** São Paulo: Juarez de Oliveira, v. 1, 1999.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil: Introdução, parte gGeral e teoria dos negócios jurídicos.** 7.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989.

MARINONI, Luiz Guilherme. (coord.) **O processo civil contemporâneo.** Curitiba, Juruá, 1994.

_____. **Novas linhas do processo civil: O acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

- MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: O novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1975.
- MELO, Alvaro Filho. **Ensino jurídico e a nova LDB**.
- MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito privado, parte especial**. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, t. XLIII, 1984.
- MORAIS, José Luiz Bolzan. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1991.
- OLIVEIRA, Angela (coor.) **Mediação: Métodos de resolução de controvérsias nº 1**. São Paulo: LTr, 1999.
- OLIVEIRA, José Lopes. **Contratos**. Recife: Livrotecnica, 1978.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1991.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. As transformações da família no último século, a legislação brasileira e a nova direção do Direito de Família. **Revista Jurídica**, Belo Horizonte, Del Rey, n. 7, a. III, p. 9-11, dez. 1999.
- POLETTI, Ronaldo. **Introdução ao estudo do direito**. 3.ed., rev. São Paulo: Saraiva, 1996.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. São Leopoldo: Unisinos, 1998.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: Parte geral**. 27.ed. atual. Rio de Janeiro: Saraiva, v. 1, 1997.
- _____. **Direito civil: Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade**. 24.ed. atual. Rio de Janeiro: Saraiva, v. 3, 1997.
- SAMPER, Trinidad Bernal. **La mediación: Una solución a los conflictos de ruptura de pareja**. Madrid: Editora Colex, 1998.
- SANTOS, J. M. Carvalho. **Código civil interpretado II, art. 43 a 113**. 13.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988.

SCHNITMAN, Dora Fried.; LITTEJOHN, Stephen. (org.). **Novos paradigmas em mediação**. Trad. Marcos G. Domingues e Jussara Haubert Rodrigues. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999.

SCURO, Pedro Neto. **Manual de sociologia geral e jurídica: Lógica e método do direito, problemas sociais, controle social**. São Paulo: Saraiva, 1996.

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

SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, v. III e IV, 1990.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 9.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1994.

SINGER, Linda R. **Resolución de conflictos: técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar e legal**. Barcelona: Paidós, 1996.

SIX, Jean-François. **Dinámica de la mediación**. Barcelona: Paidós, 1997.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e (em) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2000.

STRENGER, Irineu. **Autonomia da vontade: em direito internacional privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1968.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 11.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1995.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Elementos para uma teoria geral do processo**. São Paulo: Saraiva, 1993.

TOURINHO, Fernando da Costa Neto. Onde não há produção, a invasão é justa. **Revista IstoÉ**, São Paulo, n. 1597, p. 35-36, maio de 2000.

URRIOL, Daniel J. Bustelo Eliçabe. **Ensayo: Mediación Familiar Interdisciplinaria**. AIEEF : Madrid, 1993.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Teoria geral dos Contratos**. São Paulo: Atlas, 1992.

WALD, Arnoldo. **Curso de direito civil brasileiro: Obrigações e Contratos**. 13. ed. rev. e ampl. com a colaboração do professor Semy Glanz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. II, 1998.

WARAT, Luiz Alberto. Juiz Cidadão. Disponível em <<http://sc.gov.br/cejur/artigos/juizcidadão.htm>>. Acesso em: 02/06/2000.

_____. **Semiotica, ecologia y derecho**. Argentina: ALMED, 1997.

_____. **Em nome do acordo: A mediação no direito.** Argentina: ALMED, 1998.

_____. **Introdução geral ao direito III: O direito não estudado pela teoria jurídica moderna.** Porto Alegre: Fabris, 1997.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Elementos para uma crítica do Estado.** Porto Alegre: Fabris, 1990.