

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**

RICARDO GORETTI SANTOS

**ACESSO À JUSTIÇA E MEDIAÇÃO:
PONDERAÇÕES SOBRE OS OBSTÁCULOS À EFETIVAÇÃO DE
UMA VIA ALTERNATIVA DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS**

VITÓRIA

2008

RICARDO GORETTI SANTOS

**ACESSO À JUSTIÇA E MEDIAÇÃO:
PONDERAÇÕES SOBRE OS OBSTÁCULOS À EFETIVAÇÃO DE
UMA VIA ALTERNATIVA DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre em Direito.
Orientador: Prof. Dr. José Bittencourt Filho.

VITÓRIA

2008

RICARDO GORETTI SANTOS

**ACESSO À JUSTIÇA E MEDIAÇÃO:
PONDERAÇÕES SOBRE OS OBSTÁCULOS À EFETIVAÇÃO DE
UMA VIA ALTERNATIVA DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Aprovada em ____ de _____ de 2008.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. José Bittencourt Filho
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

A minha esposa Letícia, pelo carinho e domínio da arte de saber incentivar e esperar.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela presença nos momentos em que dificuldades foram convertidas em superação.

Aos meus pais Lúcio e Maria Odília, pelo apoio e ensinamento de que metas devem ser traçadas para que possam ser atingidas.

Ao meu irmão Lúcio, fiel incentivador.

A José Roberto, pela indicação das primeiras leituras sobre a temática desta pesquisa.

Ao meu orientador José Bittencourt Filho, por quem guardo grande admiração pela intelectualidade que se manifesta em cotidianas manifestações de amor ao conhecimento cientificamente produzido.

Aos Professores Adriano Sant’Ana Pedra e Cristina Grobério Pazó, pelas orientações precedentes, essencialmente basilares.

Aos Professores Antonio José Ferreira Abikair, Elda Coelho de Azevedo Bussinger, Paula Castello Miguel e Marcela Câmara, por acreditarem na importância do desenvolvimento teórico e prático do tema no Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV.

Aos meus alunos da FDV, pela rica contribuição prestada no amadurecimento das idéias aqui desenvolvidas.

“O diálogo, como encontro dos homens para a tarefa comum de saber agir, se rompe, se seus pólos (ou um deles) perdem a humildade.

Como posso dialogar, se alieno a ignorância, isto é, se a vejo sempre no outro, nunca em mim?

Como posso dialogar, se me admito como um homem diferente, virtuoso por herança, diante dos outros, meros ‘isto’, enquanto quem não reconheço *outros eu*?

Como posso dialogar, se me sinto participante de um gueto de homens puros, donos da verdade e do saber, para quem todos os que estão fora são ‘essa gente’, ou são ‘nativos inferiores’?

Como posso dialogar, se parto de que a *pronúncia* do mundo é tarefa de homens seletos e que a presença das massas na história é sinal de sua deterioração que devo evitar?

Como posso dialogar, se me fecho à contribuição dos outros, que jamais reconheço, e até me sinto ofendido com ela?

Como posso dialogar se temo a superação e se, só em pensar nela, sofro e definho?

A auto-suficiência é incompatível com o diálogo.”

(Paulo Freire)

RESUMO

Busca verificar se os obstáculos de natureza informativo-educacional – representado pela carência de informações do brasileiro sobre a mediação –, de natureza político-legislativa – mantido pela inexistência de lei disciplinadora de sua prática no Brasil – e de natureza jurídico-cultural – motivado pelo império da cultura do litígio sobre a da pacificação consensual de conflitos – podem ser considerados fatores impeditivos da efetivação da mediação como via alternativa de facilitação do direito fundamental de acesso à justiça no Brasil. Orienta-se por uma perspectiva indutiva e dialética e pelo emprego de técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Faz-se estruturado em quatro capítulos. No primeiro, avalia as implicações dos dinâmicos processos interativo-sociais para a evolução do Direito e a influência projetada por este no sentido oposto da relação; o processo histórico-evolutivo dos gêneros auto-tutelares, auto-compositivos e hetero-compositivos de solução de conflitos; bem como as razões pelas quais o processo judicial mantém-se como via principal de acesso à justiça no País. No segundo, sustenta a possibilidade de efetivação do direito fundamental de acesso à justiça mediante o percurso de vias alternativas ao processo. Para tanto, desenvolve uma concepção conciliatória ou coexistencial de justiça e se orienta pela acepção ampla do acesso. Discorre também sobre o caráter revolucionário do movimento universal de acesso à justiça. Toma a crise de administração da justiça como constatação irrefutável, apontando os fenômenos da deformalização dos processos e das controvérsias como tendências. No terceiro, pormenoriza a mediação por meio do desenvolvimento de considerações sobre o processo históricas e conceituais sobre o instituto em difusão; seus princípios informadores, requisitos de validade e escopos. Na seqüência, traça os contornos da prática contemporânea da mediação internacional, conferindo-se maior destaque ao cenário argentino. No último capítulo, estabelece um panorama da prática nacional da mediação, desvendando as razões de seu acanhado incremento; dedica-se à cognição das causas e efeitos dos três entraves em tela e formula propostas de superação dos mesmos. Ao final, constata que o rompimento dos três obstáculos pressupõe um Pano Nacional de Mediação, executado a partir da articulação das seguintes proposições: a intensificação de medidas de supressão da carência de informações sobre seus escopos e vantagens; a normalização de sua prática judicial e extrajudicial; bem como o conseqüente rompimento com a cultura do litígio, arraigada no povo brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à Justiça. Mediação. Resolução de Conflitos.

ABSTRACT

This thesis sets out to verify whether obstacles of informative-educational nature – represented by the need for information of Brazilians about mediation –, political-legislative nature – sustained by the inexistence of disciplinary law related to its practice in Brazil – and juridical-cultural nature – motivated by the rulings of the culture of litigation upon peace consensus in conflicts – may be regarded as blocking factors for the fulfillment of the mediation as an alternative way of facilitation for the fundamental right to access to justice in Brazil. It is guided by an inductive dialectic perspective and by the use of bibliographical and document research techniques. The thesis is structured in four chapters. In chapter 1, it evaluates the implications of the dynamic interactive-social processes for the evolution of Law and the influence projected by it on social phenomena; the historical-evolutionary process of solution of conflicts through the practices of self-tutelage, settlement and resolution by an intervening third party; as well as the reasons for which the law process remains as the main via of access to justice in Brazil. In the second chapter, it sustains the possibility of fulfillment of the fundamental right to access to justice through alternative ways to the process. In order to do so, the study develops a consensual or co-existential conception of justice and is guided by the broad sense of access to justice. It also discusses the revolutionary character of the universal movement of access. This part considers the administrative crisis of justice as an irrefutable fact, pointing out to the phenomena of de-formalization of processes and controversies as usual tendencies. In the third chapter, it details the mediation through the development of considerations on the historical and conceptual processes about this evolving practice, its informative principles, validity requirements and scopes. In sequence, it draws the contours of present-day practice in international mediation, highlighting the scenario in Argentina. In the last chapter, it establishes the panorama of the Brazilian practice of mediation, revealing the reasons for its timid increase; it deals with the knowledge of the causes and effects of the three obstacles in question and formulates proposals for the solutions of such situations. In the end, it concludes that the overcoming of such obstacles presupposes a National Mediation Plan, executed in view of the articulation of the following propositions: the intensification of measures in order to minimize the lack information about the scopes and advantages of mediations; the normalization of the judicial and extra-judicial practice as well as the consequent breach with the culture of litigation, so deeply rooted in the Brazilians.

KEYS-WORDS: Access to justice. Mediation. Solution of conflicts.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Representativa dos possíveis resultados de um conflito de Moore	200
--	-----

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADR – Alternative Dispute Resolution

AEUDF – Associação do Ensino Unificado do DF

AMAPE – Centro de Mediação e Arbitragem de Pernambuco

CCRC – Centro Catarinense de Resolução de Conflitos

CMAM – Câmara de Mediação e Arbitragem do Amazonas – CMAM.

CONIMA – Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem

CPDOC/FDV – Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil da Fundação Getúlio Vargas

FDV – Faculdade de Direito de Vitória

IMAB – Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil

INAMA – Instituto Nacional de Mediação e Arbitragem

ISER – Instituto de Estudos da Região

MACRC – Métodos Alternativos de Condução e Resolução de Conflitos

MEDIAR – Instituto Mediar – MEDIAR

MEDIARE – Centro de Mediação e Arbitragem de Resolução Ética de Conflitos

NPJ/FDV – Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade de Direito de Vitória

PUC/MG – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

PUC/SP – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

RAD – Resolución Alternativa de Disputas

SEMCID/PMV – Secretaria de Cidadania e Direitos Humanos da Prefeitura Municipal de Vitória

UNIFOR – Universidade de Fortaleza

USP – Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1 CONFLITOS E SUAS SOLUÇÕES	
1.1 PROCESSOS INTERATIVO-SOCIAIS, DINÂMICA SOCIAL E TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO	27
1.2 CONFLITOS DE INTERESSES: EVENTOS NATURAIS EM SOCIEDADE	33
1.3 MÉTODOS DE CONDUÇÃO E RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DE INTERESSES: DA AUTOTUTELA À JURISDIÇÃO	38
1.4 PROCESSO JUDICIAL: MÉTODO ESTATAL DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO	45
2 ACESSO À JUSTIÇA	
2.1 ACESSO A QUÊ?	52
2.2 JUSTIÇA COEXISTENCIAL	54
2.3 ANÁLISE DO ACESSO À JUSTIÇA SOB DOIS ENFOQUES: FORMAL E MATERIAL	58
2.4 ACEPÇÕES DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA	60
2.4.1 Inafastabilidade do controle jurisdicional: acepção formal do acesso à justiça	62
2.4.2 Acesso à Justiça como direito humano e fundamental	64
2.5 O MOVIMENTO UNIVERSAL DE ACESSO À JUSTIÇA	68
2.5.1 A primeira onda do movimento: enfrentamento dos obstáculos econômicos ...	71
2.5.2 A segunda onda do movimento: enfrentamento dos obstáculos organizacionais	74
2.5.3 A terceira onda do movimento: enfrentamento dos obstáculos processuais	76
2.6 INACESSIBILIDADE À JUSTIÇA	79
2.6.1 Crise de administração da justiça: uma constatação irrefutável	80
2.6.2 Deformalização do processo e das controvérsias: dupla tendência	90
2.6.2.1 Deformalização do processo	90
2.6.2.2 Deformalização das controvérsias	94
2.7 OS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE CONDUÇÃO E DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO QUADRO DO FENÔMENO DA DEFORMALIZAÇÃO DE CONTROVÉRSIAS	99

2.7.1 Classificações dos métodos alternativos de condução e resolução de conflitos	102
.....	
2.7.1.1 Mediação	103
2.7.1.2 Negociação	103
2.7.1.3 Conciliação	107
2.7.1.4 Arbitragem	112
3 MEDIAÇÃO	
3.1 NOÇÕES HISTÓRICAS	116
3.2 CONCEITUAÇÃO	118
3.3 PRINCÍPIOS INFORMADORES	120
3.3.1 Voluntariedade	120
3.3.2 Autoridade dos mediados	121
3.3.3 Não-adversariedade	122
3.3.4 Imparcialidade	123
3.3.5 Consensualidade	125
3.3.6 Confidencialidade	127
3.3.7 Flexibilidade e informalidade	128
3.4 REQUISITOS DE VALIDADE	130
3.5 ESCOPOS PRINCIPAIS	132
3.6 ELEMENTOS ESSENCIAIS	134
3.7 MEDIADOR	134
3.7.1 Essência de um terceiro interventor	134
3.7.2 Sua formação e capacitação	136
3.7.3 Suas funções	142
3.7.3.1 Presidir as sessões	144
3.7.3.2 Buscar conhecer as necessidades, interesses e possibilidades dos mediados	145
3.7.3.3 Preocupar-se com o desequilíbrio de poderes entre os mediados	146
3.7.3.4 Ser realista com as partes	147
3.7.3.5 Transformar ambientes de conflitos através da facilitação do diálogo	148
3.7.3.6 Facilitação do acordo	149
3.8 INDICAÇÕES	151
3.9 A PRÁTICA CONTEMPORÂNEA DA MEDIAÇÃO	154
4 MEDIAÇÃO NO BRASIL	

4.1 LINEAMENTOS SOBRE A PRÁTICA DA MEDIAÇÃO NO BRASIL	172
4.2 OBSTÁCULOS À EFETIVAÇÃO DA MEDIAÇÃO NO BRASIL: ESCLARECIMENTO DAS RAZÕES DA TIMIDEZ	179
4.2.1 Comentários preliminares	179
4.2.2 Componente de natureza informativo-educacional	180
4.2.2.1 Relato da mediação praticada no Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade de Direito de Vitória – FDV	192
4.2.2.2 O processo de estruturação do sub-núcleo de mediação do NPJ/FDV	193
4.2.2.3 Pré-mediação	195
4.2.2.4 Sessão Conjunta Inicial	197
4.2.2.5 Sessões Privadas	198
4.2.2.6 Sessão Conjunta Final	199
4.2.3 Componente de natureza político-legislativa	203
4.2.3.1 Comentários sobre o Projeto de Lei n. 94/2002	208
4.2.4 Componente de natureza jurídico-cultural	218
CONCLUSÃO	225
REFERÊNCIAS	237
ANEXOS	246

INTRODUÇÃO

O tema central deste estudo tem por objeto o estudo dos obstáculos à efetivação do direito constitucional fundamental de acesso à justiça, preconizado no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, por intermédio de uma via alternativa de condução e de resolução de conflitos: a mediação.

Nosso foco principal será, portanto, voltado para o enfrentamento de três obstáculos à efetivação da mediação como via alternativa de facilitação do acesso à justiça no Brasil, por nós já previamente identificados, quando da realização de estudo precedente¹. São eles entraves de natureza: i) **informativo-educacional** – representado pela carência de informações de nossa sociedade, incluídos aqui os operadores do direito, sobre os propósitos ou mesmo a existência da mediação –; ii) **político-legislativa** – mantido pela inexistência de uma lei especificamente destinada à regulamentação da mediação no Brasil – e iii) **jurídico-cultural** – motivado pelo império da cultura adversarial do litígio sobre a da pacificação consensual de conflitos.

O impulso para a realização do presente trabalho, compromissado com a análise dos obstáculos – de natureza **informativo-educacional**, **político-legislativa** e **jurídico-cultural** – e com a efetivação da mediação como via facilitadora de acesso à justiça no Brasil, teve origem remota nas primeiras leituras sobre o tema, em meados de 2001. Desde então, o crescente interesse pela matéria ganhou consistência alimentada pelo conhecimento extraído de obras nacionais e estrangeiras dedicadas ao estudo da mediação, desaguando na oportunidade de realização de uma Pesquisa de Iniciação Científica desenvolvida sob o título “A mediação como forma alternativa na condução e resolução de conflitos familiares” junto à Faculdade de Direito de Vitória (FDV), no período compreendido entre os meses de outubro de 2002 e outubro de 2003.

Mediante o estudo da aplicabilidade da mediação familiar no Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade de Direito de Vitória (NPJ/FDV), bem como sua eficácia na resolução dos conflitos familiares nele conduzidos, pudemos constatar que, além de contribuir para a

¹ Os obstáculos em tela foram identificados no trabalho científico de conclusão do curso de pós-graduação *lato-sensu* em Direitos e Garantias Constitucionais, desenvolvido nos anos de 2004 e 2005 junto à FDV, sob o título “Mediação: acesso à ordem jurídica justa por uma via alternativa de condução e resolução de conflitos. Perspectivas de um mecanismo alternativo de pacificação social”.

redução no número de ações de natureza familiar ajuizadas por advogados do NPJ/FDV, a mediação familiar representa uma eficaz opção para aqueles que almejam ver seus conflitos familiares pacificados de modo não-adversarial, voluntário, confidencial, consensual, célere e gratuito.

Constatamos a viabilidade da aplicação da mediação familiar no NPJ/FDV, instituição que – com a inclusão da disciplina de “Prática da Mediação” no Curso de Direito, em março de 2004 – contribui para a superação de dois dos três obstáculos à difusão da mediação no Brasil: o **jurídico-cultural** e o **informativo-educacional**, respectivamente, mantidos pelo império da cultura do litígio sobre a da pacificação consensual de conflitos e pela carência de informações da sociedade sobre os propósitos, ou mesmo a existência da mediação.

Dentre os estudos que posteriormente instigariam a opção pela realização da presente pesquisa, o que certamente teve peso maior foi o citado trabalho científico de conclusão do curso de pós-graduação *lato-sensu* em Direitos e Garantias Constitucionais, desenvolvido sob o título “Mediação: acesso à ordem jurídica justa por uma via alternativa de condução e resolução de conflitos. Perspectivas de um mecanismo alternativo de pacificação social” junto à FDV, no período compreendido entre março de 2004 e abril de 2005, por meio do qual promovemos uma aproximação entre as temáticas da mediação e do acesso à justiça. Naquela oportunidade, concluímos que existiam obstáculos de natureza **informativo-educacional**, **político-legislativa** e **jurídico-cultural**. Na verdade, já havíamos identificado a necessidade dar seqüência e aprofundamento aos referidos entraves, carência que buscaremos suprir com a presente pesquisa.

A opção pelo tema proposto decorre da constatação e da salutar relevância do desenvolvimento de um estudo comprometido com a análise de um tema de notória atualidade, dada a sua intrínseca relação com a sempre atual problemática das dificuldades de superação dos obstáculos à efetivação do direito fundamental de acesso à justiça no Brasil: país que convive precariamente com os insustentáveis efeitos decorrentes de uma crise de administração da justiça pelos tribunais.

A análise dos obstáculos à efetivação da mediação, como via facilitadora de acesso à justiça no Brasil, tem sua relevância constitucional projetada no plano prático, em função de uma carência inegavelmente presente em nosso país, qual seja: oferecimento e

utilização de vias alternativas de efetivação do direito fundamental do acesso à justiça. A importância da pesquisa é reconhecida pela doutrina nacional e estrangeira, dedicada ao estudo da aplicabilidade e da eficácia da mediação de conflitos de diversas naturezas. Tal fato alimenta nossas esperanças de que um estudo dedicado ao debate sobre a influência dos obstáculos – de natureza **informativo-educacional, político-legislativa e jurídico-cultural** – à efetivação do direito fundamental de acesso à justiça, por intermédio da mediação, contribuirá para o progresso de novas investigações científicas e servirá de subsídio para o aperfeiçoamento de um método de condução e de resolução de conflitos em evolução no país, sendo considerado, por nós, uma eficaz via de promoção de justiça social.

Nossa pesquisa será orientada por uma perspectiva indutiva² e dialética³, voltada para formulação de conexões entre os dados coletados e relacionados em nossos estudos – o que se dará a partir da realização de pesquisas bibliográficas e documentais – e as almejadas proposições gerais. Tais proposições, uma vez sustentadas por nossas conclusões, irão corroborar uma suposta realidade acerca da caracterização dos obstáculos de natureza **informativo-educacional, político-legislativa e jurídico-cultural**, como fatores impeditivos para a efetivação da mediação como via alternativa de facilitação do acesso à justiça no Brasil. Definido o método de abordagem que norteará o desenvolvimento da pesquisa a partir da investigação dos fenômenos nela envolvidos, passamos à apresentação individualizada das duas técnicas de pesquisa que serão utilizadas, a saber: pesquisa bibliográfica e pesquisa documental.

A pesquisa bibliográfica, ou de fontes secundárias, será realizada para fins de levantamento de trabalhos científicos dedicados ao estudo dos assuntos relevantes aos nossos estudos. Por meio da aludida técnica, faremos contato com as bases teóricas que envolvem: o fenômeno da manifestação multifacetada de conflitos que se faz presente no cotidiano de nossa vida em sociedade; o processo histórico-evolutivo dos gêneros auto-tutelares, auto-compositivos e hetero-compositivos de resolução de conflitos; o direito fundamental de acesso à justiça preconizado no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal; o movimento universal de acesso à justiça, desenvolvido no intuito maior de conhecer e de amenizar os obstáculos responsáveis por tornarem inacessíveis a tantos direitos e

² LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Maria de Andrade. **Metodologia científica**. 4. ed. Atlas: São Paulo, 2004, p. 53-63.

³ Ibidem, p. 81-90.

liberdades individuais e coletivas constitucionalmente garantidas; o processo de surgimento, os principais propósitos e características dos chamados métodos alternativos de condução e de resolução de conflitos e, sobretudo, a mediação – via alternativa de facilitação do acesso à justiça que se revela objeto de nossos estudos –, notadamente se tratará de sua origem histórico-evolutivo, de conceito, de princípios característicos, de finalidades principais, de elementos e sujeitos de composição, casos em que particularmente é indicada, sua prática nos planos internacional e nacional.

Quanto à pesquisa documental, ou de fontes primárias, serão utilizados: arquivos públicos; arquivos particulares; além de dados estatísticos. Nos arquivos públicos, serão pesquisados: documentos oficiais nacionais como impressos que documentam o processo de discussão e votação do projeto de lei que institui e disciplina a mediação paraprocessual no Brasil; além de publicações parlamentares nacionais – como o projeto de lei referenciado – e internacionais – a exemplo da legislação que institucionalizou a prática do método na Argentina. Arquivos privados de instituições, como o NPJ/FDV, também serão pesquisados para fins de coleta de documentos utilizados nos processos de atendimento em mediação. Além dos arquivos públicos e privados acima mencionados, fontes estatísticas serão utilizadas para fins de coleta de dados representativos: do movimento forense nacional, assim como dos índices de sucesso apresentados por instituições públicas e privadas com a prática da mediação. É nesse plano que se projetarão as reflexões e as investigações propostas, que serão executadas por intermédio de quatro capítulos que conferirão estrutura ao presente estudo.

No capítulo primeiro, amparados nas lições de José Joaquim Calmon de Passos⁴, Eduardo Novoa Montreal⁵, Alaôr Caffé Alves⁶, F. A. de Miranda Rosa⁷, Theresa Christine de Albuquerque Nóbrega⁸, Luis Assier-Adrieu⁹, Cláudio Souto e Solange Souto¹⁰, teceremos

⁴ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2000, 138 p.

⁵ MONTREAL, Eduardo Novoa. **O direito como obstáculo à transformação social**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, 221 p.

⁶ ALVES, Alaôr Caffé. As raízes sociais da filosofia do direito. In: ALVES, Alaôr Caffé; LAFER, Celso; GRAU, Eros Roberto et al (Org.). **O que é a filosofia do direito?** Barueri: Manole, 2004, p. 77-106.

⁷ ROSA, F. A. de Miranda. **Sociologia do direito**: o fenômeno jurídico como fato social. 17. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, 221 p.

⁸ NÓBREGA, Theresa Christine de Albuquerque. Mudança social e direito: como os governantes e governados podem unir forças para construir uma sociedade melhor. In: PEREIRA, Mirian de Sá; GOMES NETO, José Mário Wanderley (Org.). **Sociologia do direito e do direito alternativo**: ensaios pós-graduados em homenagem a Cláudio Souto. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003, p. 287-309.

⁹ ASSIER-ANDDIEU, Louis. **O direito nas sociedades humanas**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, 347 p.

breves comentários sobre a relação dialética firmada entre Direito e sociedade. Objetivamos, assim, elucidar não só as implicações dos dinâmicos processos interativo-sociais – alguns tendentes a aproximar, enquanto outros, a afastar indivíduos inter-relacionados – para a evolução do Direito no tempo e no espaço, como também a influência projetada pelo Direito no sentido oposto desta mesma relação.

As reflexões sobre o movimento dialético – uma relação de causa e efeito – entre a dinâmica das relações interativo-sociais e as transformações dos parâmetros normativos de regulamentação de condutas balizarão reflexões subseqüentes sobre as conseqüências de uma real e aparentemente insuperável crise do sistema judicial de administração da justiça, que serão por nós agrupadas na perspectiva de dois fenômenos concomitantes, quais sejam: a tendência de se buscar, nas reformas legislativas, a simplificação de procedimentos e de atos processuais e a tendência de ampliação das vias alternativas de facilitação do direito fundamental de acesso à justiça no Brasil, mediante o incremento e a difusão de métodos informais como a mediação de conflitos.

Destacaremos que o idealizado imaginário da convivência pacífica entre indivíduos inter-relacionados – ideal cuja consagração é intentada mediante o estabelecimento de normas reguladoras de condutas e definidoras de direitos, obrigações e sanções – revela-se utópico em razão da inevitável manifestação de conflitos de interesses: fato natural e determinante para a transfiguração do Direito e da sociedade.

A inevitabilidade dos conflitos de interesses nos conduzirá a ressaltar a importância dos múltiplos instrumentos de acomodação de controvérsias cotidianamente empregados, e que serão por nós agrupados em três categorias ou gêneros, quais sejam: a autotutela; a autocomposição e a heterocomposição. Na seqüência de nossa breve exposição sobre o processo histórico-evolutivo – não linear, conforme advertiu Piero Calamandrei¹¹ –, debruçar-nos-emos na investigação das razões pelas quais o instrumento estatal de resolução de conflitos mantém-se como via principal de acesso à justiça no Brasil, apesar de não ser a única.

Ressaltada a importância do processo como instrumento estatal a exercício da jurisdição,

¹⁰ SOUTO, Cláudio; SOUTO, Solange. **Sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1981, p. 170.

¹¹ CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 1999. v. I, p. 181.

destacaremos os escopos que deve atingir para que seja considerado efetivo no cumprimento da prestação jurisdicional. Para tanto, recorreremos aos ensinamentos de estudiosos do Direito Processual como: Eduardo J. Couture¹², José Roberto dos Santos Bedaque¹³, Sérgio Bermudes¹⁴, Antônio de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco¹⁵ e José de Albuquerque Rocha¹⁶.

O segundo capítulo se destinará ao desenvolvimento de uma leitura ampliada do acesso à justiça como direito fundamental passível de ser consagrado mediante o percurso de vias alternativas ao processo judicial. Como teoria de base, recorreremos à referencial doutrina de Mauro Cappelletti, representada pelos seguintes produções: *Acceso alla giustizia: conclusione di un progetto internazionale di ricerca giuridico-sociologica*¹⁷; *Apunti su conciliatore e conciliazione*¹⁸; Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça¹⁹ e Acesso à justiça²⁰.

A segunda etapa de nossos estudos será introduzida com a apresentação de algumas das principais teorias sobre o conceito de justiça, desenvolvidas por Eduardo C. B. Bittar e Guilherme Assis de Almeida²¹, as quais serão brevemente apresentadas por nós, para fins de percepção da multiplicidade de significados do que se pode considerar justiça ou justo.

Movidos pela busca de um critério simplificado de classificação, orientar-nos-emos pela lição de Luiz Felipe Siegert Schuch²², que toma o vocábulo na perspectiva de uma dupla significação: a justiça, como sinônimo de Judiciário, e a justiça, como representação de um ideal passível de ser alcançado por meios judiciais e extrajudiciais, formais ou informais.

¹² COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 4.ed. Montevideu: IB de f. , 2002, 429 p.

¹³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006, 601 p.

¹⁴ BERMUDES, Sérgio. **Introdução ao processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, 214 p.

¹⁵ CINTRA, Antônio de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, 338 p.

¹⁶ ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995, 176 p.

¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro. Acceso alla giustizia: conclusione di un progetto internazionale di ricerca giuridico-sociologica. In: **Boletín mexicano de derecho comparado**, México, n. 41, p. 761-771, may-ago. 1981. (tradução de Héctor Fix-Zamudio).

¹⁸ Idem. Apunti su conciliatore e conciliazione. In: **Scritti in onore di Egidio Tosato**. Vol. III. Milano: Giuffrè, 1984, p. 501-518. (Tradução de Hermes Zanetti Junior).

¹⁹ Idem. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de processo**, São Paulo, ano 19, n. 74, p. 82-97, abr-jun. 1994.

²⁰ Idem; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988, 168 p.

²¹ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007, 607 p.

²² SCHUCH, Luiz Felipe Siegert. **Acesso à justiça e autonomia financeira do poder judiciário: a quarta onda?** Curitiba: Juruá, 2006. p. 54.

Uma vez declarada e justificada a opção pela segunda abordagem da justiça – e, conseqüentemente, do acesso a mesma –, defenderemos que as possibilidades de resolução de conflitos não se exaurem nas vias jurídico-processuais ou adversariais. Assim, norteados pelos ensinamentos de Mauro Cappelletti²³, abriremos espaço para a apresentação de uma concepção conciliatória ou coexistencial da justiça, que coaduna, com propriedade irretocável, com a prática da mediação e de outros métodos não adversariais de resolução de conflitos.

A compreensão da significação dúplice do vocábulo justiça nos remeterá à abordagem do direito fundamental de acesso à justiça a partir de duas perspectivas: a primeira, de natureza formal, que vincula o acesso aos tribunais; já a segunda, de caráter material e, flagrantemente, mais ampla, que não limita o referido acesso ao processo judicial.

Por uma questão de pertinência temática, já que nos propomos a analisar o exercício do acesso à justiça por intermédio de um método alternativo de resolução de conflitos – a mediação –, nortearemos nossos estudos pelo segundo sentido. Antes, porém, de adentrarmos na temática central do presente trabalho, teceremos algumas considerações sobre o acesso à justiça perante os tribunais, oportunidade na qual ressaltaremos o caráter prestacional do direito fundamental de acesso formal à justiça, cujo exercício se condiciona ao cumprimento de uma conduta positiva do Estado, encarregado da prestação de um serviço público de fundamental importância para o Estado Democrático de Direito: a tutela jurisdicional.

O reconhecimento do caráter prestacional do direito fundamental de acesso formal à justiça abrirá espaço para o desenvolvimento de reflexões sobre o estado de crise no qual se acomodaram sistemas judiciais de administração de conflitos de diversos países. As ponderações sobre essa indesejada conjuntura serão inauguradas com um discurso de elucidação do caráter revolucionário que, na década de sessenta, tomou o movimento universal de acesso à justiça: maior pesquisa sobre a temática em nível internacional, desenvolvida no Centro de Estudos de Direito Processual Comparado da cidade italiana de Florença, sob a direção de Mauro Cappelletti. A delimitação das extensões dos obstáculos de natureza econômica, organizacional e processual à efetivação do acesso à justiça será

²³ CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de processo**, São Paulo, ano 19, n. 74. p. 82-97, abr.-jun. 1994. A partir daqui, esta expressão, na mesma obra, será reiteradas vezes utilizada ao longo do texto.

acompanhada de uma leitura das principais ações de combate a estes entraves, que se agruparam em três ondas renovatórias, propulsoras do movimento dedicado à identificação das principais causas e efeitos dos entraves à efetivação do direito em tela.

Por motivo de afinidade temática, conferiremos maior destaque à terceira onda do movimento, que se pautou na tomada de duas frentes conjuntas de ação: a primeira, concentrada no desencadeamento de reformas processuais de simplificação e de adequação dos procedimentos processuais aos conflitos debatidos em juízo; enquanto a segunda – a que mais nos interessará no presente estudo –, pautada na difusão de métodos alternativos de condução e de resolução de conflitos, como a mediação.

Na seqüência de nossas ponderações sobre a crise universal de sistemas judiciais de resolução de conflitos, canalizaremos o discurso para o contexto pátrio, oportunidade na qual delimitaremos as principais causas da crise do sistema nacional de administração judicial de conflitos. Desenhados os contornos da ineficácia do direito fundamental de acesso à justiça no Brasil, retomaremos o foco da pesquisa para a abordagem das duas frentes constitutivas da terceira onda do movimento universal de acesso – em referência ao desenvolvimento de reformas processuais de simplificação procedimental e à difusão de métodos alternativos. Apresentaremos tais ações como tendências, ou conseqüências, decorrentes de uma constatação inegável ao nosso sentir: o insustentável estado de crise no qual se encontra o sistema nacional de resolução judicial de conflitos.

A elucidação das mencionadas tendências, por nós referenciadas como fenômenos de “deformalização do processo” e “deformalização das controvérsias”²⁴, abrirão campo para o direcionamento de nossas atenções para o desenvolvimento de considerações sobre a evolução histórica, as particularidades, os propósitos, a importância e as vantagens proporcionadas pelas vias alternativas de acesso à justiça no plano internacional e nacional. Serão comentados, individualmente, os quatro mais usuais instrumentos alternativos ao processo judicial: mediação; negociação; conciliação e arbitragem.

No capítulo terceiro, virá à colação a mediação: via alternativa de facilitação do direito fundamental de acesso à justiça que será pormenorizada mediante o apontamento de

²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. A conciliação extrajudicial no quadro participativo. In: ____ et al (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 280.

considerações teóricas e práticas sobre o instituto, ainda pouco conhecido no Brasil. Como teoria de base, utilizaremos a doutrina nacional e internacional especializada na temática. Na doutrina nacional, conferiremos destaque a autores como: Maria de Nazareth Serpa²⁵; Walsir Edson Rodrigues Júnior²⁶; Petrônio Calmon²⁷; Lídia Maria de Moraes Sales²⁸ e Francisco das Chagas Lima Filho²⁹. Quanto à estrangeira, traremos à baila as lições de: Christopher W. Moore³⁰; Elena I. Highton e Gladys S. Álvarez^{31,32}; Roque J. Caivano, Marcelo Gobbi Roberto E. Padilla³³; John W. Colley³⁴; Jean François Six³⁵; Juan Carlos Vezzula³⁶.

A essência da mediação – desconhecida por muitos, conforme frisamos – será elucidada mediante a apreensão do processo histórico-evolutivo percorrido pelo instituto em franca difusão do seu conceito, e, principalmente, dos sete princípios informadores da sua prática, quais sejam: voluntariedade, autoridade dos mediados, não-adversariedade, imparcialidade, consensualidade, confidencialidade, flexibilidade e informalidade.

Na seqüência, conferiremos destaque aos requisitos de validade, escopos principais e elementos essenciais do processo de mediação. Particularidades da figura do mediador também serão aclaradas na terceira fase do estudo. Abordaremos aspectos relacionados à formação e à capacitação desse terceiro interventor, bem como às principais funções ou atribuições pelo mesmo desempenhadas no processo.

Ao final do terceiro capítulo, após pontuarmos alguns casos de indicação e contra-

²⁵ SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, 337 p.

²⁶ RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **A prática da mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, 293 p.

²⁷ CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 364 p.

²⁸ SALES, Lídia Maria de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 317 p.

²⁹ LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Acesso à justiça e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. 351 p.

³⁰ MOORE, Christopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998. 368 p.

³¹ HIGHTON, Elena I.; ÁLVAREZ, Gladys Stella. **Mediación para resolver conflictos**. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996. 345 p.

³² Idem; JASSAN, Elías. **Mediación y justicia**. Buenos Aires: Depalma, 1996. 395 p.

³³ CAIVANO, Roque J.; GOBBI, Marcelo; PADILLA, Roberto E. **Negociación y mediación**. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2006. 560 p.

³⁴ COOLEY, John W. **A advocacia na mediação**. Tradução de René Locan. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 2001. 333 p.

³⁵ SIX, Jean François. **Dinâmica da mediação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 300 p.

³⁶ VEZZULA, Juan Carlos. A mediação. O mediador. A justiça e outros conceitos. In: OLIVEIRA, Angela et al. (Coord.). **Mediação: métodos de resolução de controvérsias**. São Paulo: LTr, 1999, p. 113-120.

indicação à utilização da mediação, delimitaremos os contornos da prática contemporânea da mediação no plano internacional. Destaque maior será conferido a bem sucedida experiência da Argentina com a institucionalização e difusão deste método de resolução de conflitos nos planos judicial e extrajudicial. Para tanto, dedicar-nos-emos ao desenvolvimento de uma análise comparativa entre o contexto que impulsionou a mediação argentina para patamares de prosperidade reconhecida e a atual conjuntura nacional, que esboça seguir a mesma tendência.

A identificação dos pontos de semelhança, responsáveis por tornar próximos os ambientes de consolidação da mediação na Argentina da década de noventa e do Brasil da atualidade, será fundamental para que, no quarto e último capítulo do trabalho, amparados no exemplo argentino, possamos problematizar e antever os principais obstáculos à efetivação deste método alternativo em território nacional.

Na seqüência da contextualização das trajetórias e das manifestações da mediação no plano internacional, já no quarto e último capítulo de nosso estudo, estabeleceremos um panorama da prática da mediação no Brasil. Ações de incentivo ao uso ampliado desse método autocompositivo de resolução de conflitos serão comentadas e apresentadas como indícios fortes de que, em um futuro próximo, a prática da mediação atingirá projeções mais amplas.

Sem pouparmos crítica ao tímido crescimento da mediação no país, esclareceremos as razões pelas quais instituições públicas, privadas e, principalmente, a sociedade civil, com intensidade e amplitude cada vez maiores, têm se apoiado nesse método para fins de prevenção e de pacificação de conflitos.

Conferiremos destaque ao envolvimento da sociedade civil economicamente mais abastada – em referência aos residentes de favelas e bairros periféricos – com a prática de uma autêntica via de democratização do acesso à justiça no país: a mediação comunitária, que será por nós apresentada como uma alternativa gratuita e doméstica para muitos, que pouco ou nenhum acesso ao sistema estatal de resolução de controvérsias possuem.

Interessados em desvendar as razões do acanhado desenvolvimento da mediação no Brasil – flagrantemente descompassada em relação ao patamar em que se encontra em diversos outros países –, investigaremos as causas, os efeitos e as extensões dos obstáculos que

devem ser transpostos, para que o povo brasileiro – incluídos nesse universo os profissionais e estudantes de Direito –, efetivamente, venha a acolher a cultura da solução pacífica de conflitos por meio da mediação.

Os entraves à efetivação da mediação como via alternativa de solução de conflitos no Brasil, conforme anunciado, serão por nós classificados em obstáculos de natureza **informativo-educacional**, **político-legislativa** e **jurídico-cultural**. A cognição individualizada das causas, dos efeitos e das extensões de cada uma dessas três categorias de entraves, subsidiará a formulação de propostas de medidas de amenização dos efeitos pelos mesmos produzidos no imaginário de indivíduos contaminados pela cultura do litígio.

Tais desafios nos remeterão à reapreciação de temáticas abordadas em capítulos anteriores, como, por exemplo, a prática da mediação no plano internacional. Nesse sentido, seremos conduzidos ao enfrentamento dos obstáculos opostos à difusão da mediação na Argentina: país que, por ter vivenciado e superado barreiras semelhantes às hoje opostas no cenário nacional, nos servirá de rica inspiração.

Além disso, o modelo tradicional do ensino jurídico vigente no Brasil será apresentado como um dos principais responsáveis pela carência de informações dos estudantes e dos profissionais do Direito sobre os propósitos ou a existência da mediação de conflitos. Buscaremos, portanto, em Horácio Wanderlei Rodrigues³⁷ algumas explicações para a estreita relação de causa e efeito que se estabelece entre a crise do modelo nacional de formação de estudantes de Direito e a manifestação do obstáculo **informativo-educacional** nos profissionais do foro. Nossas investidas na temática do ensino jurídico nos remeterão a identificar em Santiago Dantas³⁸, cento e vinte e oito anos após a criação dos primeiros cursos de direito, a advertência, ainda atual, de que a crise que, em 1955, ainda assolava este modelo.

Um longo salto temporal nos transportará do ano de 1955 – momento histórico que abrigou os protestos do grande educador –, para a atualidade, que mantém viva a sistemática de um sistema de ensino jurídico descontextualizado da realidade social e descompromissado com

³⁷ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Pensando o direito no século XXI**: diretrizes curriculares, projeto pedagógico e outras questões pertinentes. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, 164 p.

³⁸ DANTAS, Santiago *apud* Horácio Wanderlei Rodrigues. (Ibidem, p.27)

a questão da justiça. Amparados em advertência lançada por Santiago Dantas³⁹, avaliaremos a crise do ensino jurídico sob duas perspectivas: como um aspecto particular da cultura jurídica nacional e como um braço de um problema global que afeta o sistema de ensino superior do Brasil. Partiremos do segundo aspecto, para justificar e explicar o primeiro, o que tornará inevitáveis as remissões aos mandamentos de Paulo Freire e sua sublime descrição do que eternizou como visão “bancária”⁴⁰ da educação.

Em meio a tantas críticas, também reconheceremos alguns traços indicativos de superação do entrave em questão – em referência ao obstáculo **informativo-educacional** –, oportunidade na qual conferiremos destaque ao trabalho de divulgação e de esclarecimento desenvolvido em cursos de capacitação e de formação de mediadores, congressos, seminários, publicações especializadas e, principalmente, nas instituições de ensino superior comprometidas com o desenvolvimento de noções teóricas e práticas sobre a mediação e outras alternativas ao processo judicial. Neste sentido, a experiência do exercício real da mediação no Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade de Direito de Vitória (FDV) será relatada.

Outra temática que será abordada, no capítulo final do presente estudo, é a afinidade do brasileiro com o que é posto, normalizado, legislado. Apoiados nas reflexões desenvolvidas por Roberto da Matta⁴¹, versaremos sobre uma das mais características manifestações da complicada relação desse povo com a lei, que servirá de fundamento para a compreensão da origem do obstáculo **político-legislativo**, caracterizado pela inexistência, em nosso ordenamento jurídico, de uma lei disciplinadora da prática da mediação como método de prevenção e de resolução de conflitos. As esperanças de superação do referido entrave serão atribuídas à transformação em lei, do Projeto de Lei n. 94/2002, originário da Câmara dos Deputados, que institui e disciplina a mediação pára-processual como mecanismo complementar de prevenção e de solução de conflitos de natureza cível e dá nova redação ao artigo 331 e parágrafos do Código de Processo Civil Brasileiro.

Superada a fase dos comentários aos termos constitutivos da referida proposta legislativa,

³⁹ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Pensando o direito no século XXI**: diretrizes curriculares, projeto pedagógico e outras questões pertinentes. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 27.

⁴⁰ FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 42. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005, p. 67.

⁴¹ MATTA, Roberto da. **O que é o Brasil?** Rio de Janeiro: Rocco, 2004. 74 p.

lançaremos nossas críticas em relação ao império da cultura do litígio sobre a cultura da pacificação coexistencial dos conflitos. Essa tradição ainda sustentada pela sociedade brasileira, constitui a essência do terceiro e último obstáculo à efetivação da mediação como via de facilitação do acesso à justiça no Brasil: o entrave de natureza **jurídico-cultural**.

O enfrentamento desses três entraves, sempre acompanhado da formulação de propostas de amenização dos efeitos pelos mesmos produzidos, será essencial para que possamos atribuir resposta ao problema proposto para a presente pesquisa, que se destina a investigar se os obstáculos de natureza **informativo-educacional, político-legislativa e jurídico-cultural** são fatores impeditivos da efetivação da mediação como via alternativa de facilitação do acesso à justiça no Brasil. Ao final, sem qualquer pretensão de esgotar o assunto abordado, apresentaremos as conclusões acerca das questões suscitadas nas quatro etapas de constituição de nossos estudos, oportunidade na qual esperamos responder positivamente o problema em torno do qual gravitarão nossas investigações, confirmando, em consequência, a veracidade da hipótese formulada para a presente pesquisa, que aponta para a caracterização dos obstáculos de natureza **informativo-educacional, político-legislativo e jurídico-cultural**, como fatores impeditivos para a efetivação da mediação como via alternativa de facilitação do acesso à justiça no Brasil.

1 CONFLITOS E SUAS SOLUÇÕES

1.1 PROCESSOS INTERATIVO-SOCIAIS, DINÂMICA SOCIAL E TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO

Impossível pensar o Direito desvinculado do dinâmico contexto social que o renova e lhe confere razão de existir e eficácia⁴². A correlação estabelecida em caráter de afirmação se torna evidente no momento em que tomamos o Direito sob a óptica de sua dupla função: a prevenção e a resolução de conflitos em sociedade.

Pensar a vida em sociedade sem considerar a imposição de padrões de organização é um despropósito. Acerca da importância do Direito na manutenção da ordem social, Francisco das Chagas Lima Filho asseverou:

Para que a sociedade possa subsistir tem que contar com um mecanismo regulador do comportamento dos indivíduos e dos grupos. Esse mecanismo terá que possuir a capacidade de estabelecer a harmonia, delineando os interesses, freando os impulsos e ao mesmo tempo conjugando as esferas de atividade dos membros do grupo social.⁴³

Partindo desse pressuposto, o Direito deve coordenar esforços para permitir a coexistência social. Reconhecemos, assim, o caráter preventivo do Direito, o seu escopo instrumental enquanto garantidor de padrões mínimos de manutenção da paz e do equilíbrio das relações sociais, ou seja: a sua função ordenadora de condutas.

Na medida em que são estabelecidas normas reguladoras das condutas permitidas e proibidas, bem como sanções previstas para as hipóteses de descumprimento de comandos normativos cuja aplicação e garantia são oferecidas pelo Estado, idealiza-se possibilitar a administração racional do convívio, isto é, a prevenção do surgimento de conflitos.

Em regra, quando respeitadas as disposições norteadoras de condutas que constituem um

⁴² Na lição de Cláudio Souto e Solange Souto: “A eficácia do direito parece estar em correlação com os desejos do grupo social em sua totalidade. E, quanto mais o direito refletir a realidade, maior será sua eficácia.” (SOUTO, Cláudio; SOUTO, Solange. **Sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1981, p. 91.)

⁴³ LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Acesso à justiça e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 73.

dado ordenamento jurídico, as relações humanas se revelam pacíficas. A convivência pacífica, entretanto, nem sempre é possível. Nestas situações em que a função preventiva não se revela eficaz, fundamental se torna a segunda atribuição do Direito: a composição dos conflitos travados entre indivíduos inseridos em um dado contexto social.

A condição de seres humanos, que particularmente ocupamos, nos aloca como elementos centrais de um dinâmico processo interativo-social, responsável pela caracterização de infundáveis mudanças que ora nos beneficiam, ora nos afligem, comprovando ser um equívoco pensar na existência de sociedades estáticas, desprovidas de antagonismos, de contradições e, portanto, de conflitos. No mesmo sentido, aduziu Georg Simmel, citado por Louis Assier-Andrieu:

[...] não existe unidade social na qual as tensões convergentes e divergentes dos membros não estejam intimamente ligadas. Noutros termos, o conflito é inerente à constituição e à evolução dos grupos sociais. Toda resolução é apenas provisória, e a garantia de uma canalização precária das relações sociais logo será animada por outros conflitos, que novas regulações deverão então trazer. O conflito é a sociedade em movimento.⁴⁴

Vivemos em um contexto social essencialmente dinâmico, razão pela qual devemos considerar os fenômenos interativo-sociais geradores de transformações estruturais, inerentes a todo e qualquer tecido social. A dialética entre indivíduos inter-relacionados e sociedade é a do tecido. Partindo deste princípio, José Joaquim Calmon de Passos avaliou a coexistência de indivíduos em sociedade sob a óptica do entrelace de fios que ganham força ao corporificarem um tecido, elucidado pelo autor no trecho transcrito a seguir.

Ele [o tecido] é algo constituído de *fios*, fios que não perderam sua identidade e sua especificidade por haverem produzido o tecido. É necessário atentarmos, contudo, para o fato de que se colocarmos os fios em disposição horizontal, paralelos uns aos outros, *sobre* eles dispendo, verticalmente, outros fios, também paralelos uns aos outros, porque meramente *sobrepostos*, porque não perderam algo de sua individualidade, nada produziram de novo e consistente. Não haverá *tecido*, somente fios sobrepostos, sem consistência, sem unidade, sem coesão, sem função. Caso procedamos de modo diferente, colocando os fios horizontais, alternativamente, ou *sob* ou *sobre* os fios verticais, eles vão se entrelaçando e dando vida a algo novo, consistente, funcional, mais poderoso que os fios de que foi tecido. Nós, indivíduos, somos os fios. Se simplesmente nos ajuntarmos, jamais seremos tecidos – sociedade. Para sê-lo, será necessário interagirmos, aceitando estarmos ora *sob* e ora *sobre* os outros, mas sempre a serviço do objetivo maior – criar um *tecido*, *sociedade*, algo diferente e novo que nos ultrapassa e nos enriquece, que nada seria, entretanto, sem cada qual de nós, como fio, como indivíduo, que como tal permanece, irredutivelmente, em

⁴⁴ SIMMEL, George *apud* ASSIER-ANDRIEU, Louis. **O direito nas sociedades humanas**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 167.

que pese a *novidade* do que foi produzido com nossa interação.⁴⁵

Da coexistência harmônica ou desarmônica de indivíduos, decorrem infindáveis variações estruturantes nas práticas sociais. Este caráter dinâmico que se faz presente em toda sociedade humana, assim foi ressaltado e justificado por Eduardo Novoa Montreal:

[...] toda sociedade humana, e com maior razão as que alcançaram um nível cultural apreciável, como as que contam com um Direito relativamente desenvolvido, é dotada de mobilidade. A sociedade está sujeita a mudanças de natureza muito variada, algumas condicionadas por circunstâncias externas e outras originadas dentro do próprio seio. Nisso se assemelha a um organismo vivo.⁴⁶

É, portanto, imperativo reconhecer que as sociedades se sujeitam aos mais variados processos de mutação, assemelhando-se a um organismo vivo, conforme acentuou o autor supra referenciado. A visão organicista⁴⁷ ou funcionalista das sociedades humanas, todavia, deve ser vista com ressalvas que se justificam. Restringir as relações entre homens ao plano da ética, da coexistência pacífica, da amizade, ou do amor, como se fossem essencialmente organizadas e pacíficas, significa negar o fato de que:

Nela, existem contradições entre as forças sociais, existem antagonismos entre grupos sociais, visto que, não raro, perseguem interesses opostos. Metaforicamente, o ‘estômago’ briga com o ‘coração’, o ‘coração’ briga com o ‘pulmão’, e este com o ‘cérebro’ e, assim, o processo social é muito mais complicado do que o orgânico. Não são as mesmas leis, as da biologia, que são validadas para a sociedade.⁴⁸

Por esta razão, “a sociedade não é um organismo vivo tal como o corpo vivo”⁴⁹, mas uma estrutura dinâmica, marcada por descompassos, contradições, conflitos geradores de modificações nas relações estruturais⁵⁰, e, por consequência, na produção e manifestação do Direito. A propósito, ao examinar as relações travadas entre o Direito e os referidos

⁴⁵ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 44.

⁴⁶ MONTREAL, Eduardo Novoa. **O direito como obstáculo à transformação social**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 28.

⁴⁷ A visão organicista da sociedade é também destacada por Theresa Christine de Albuquerque Nóbrega, que define a sociedade como “[...] um organismo dinâmico que se manifesta na intensidade dos processos de interação social oriundos do mental humano”. (NÓBREGA, Theresa Christine de Albuquerque. *Mudança social e direito: como governantes podem unir forças para construir uma sociedade melhor*. In: PÉREIRA, Miriam de Sá; GOMES NETO, José Mário Wanderley (Org.). **Sociologia do direito e do direito alternativo**: ensaios pós-graduados em homenagem a Cláudio Souto. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2003, p. 291.

⁴⁸ ALVES, Alaôr Caffé. As raízes sociais da filosofia do direito. In: ALVES, Alaôr Caffé; LAFER, Celso; GRAU, Eros Roberto et al (Org.). **O que é a filosofia do direito?** Barueri: Manole, 2004, p. 79-80.

⁴⁹ Ibidem, p. 79.

⁵⁰ Nas palavras de Alaôr Caffé Alves, relações estruturais seriam aquelas travadas entre “[...] grupos de pessoas mediadas por bens, especialmente bens de produção”. (Ibidem, p. 80)

processos de interação inter-individuais, F. A. de Miranda Rosa⁵¹ classifica os aludidos fenômenos interativo-sociais em duas modalidades distintas: a primeira, propensa a aglutinar seres-humanos, acentuando a associação dos mesmos; enquanto a segunda – dicotomicamente oposta –, tendente a reduzir o campo das aproximações.

Foge aos objetivos do presente estudo o desenvolvimento de uma abordagem compromissada com a apuração das manifestações associativas que constituem a primeira modalidade de fenômeno interativo-social, à luz da classificação em referência. Deste modo, apenas a título de contextualização das razões que fundamentam o imperativo da associação, recorreremos à lição de José Joaquim Calmon de Passos, que, em esclarecedora passagem, assim discorreu sobre o assunto:

A socialidade é conseqüência da inviabilidade de cumprir-se a condição humana sem o relacionamento com os outros. Todos estamos acordes em que é impossível pensar o homem fora da sociedade. Também é convicção comum a todos nós que a socialidade do homem resulta não de uma deliberação sua, mas sim de um imperativo que tem suas raízes na própria condição humana. Há necessidade de associarmo-nos por imposição biológica (a reprodução), por exigências psicológicas (a linguagem, a comunicação, a transmissão do conhecimento) e pó condicionamentos materiais (cooperação para atender, num nível mínimo satisfatório, às necessidades que experimentamos – naturais e culturais).⁵²

Em que pese o reconhecimento das relações associativas, interessam-nos, neste trabalho, os fenômenos interativo-sociais geradores de tensões entre indivíduos ou grupos. Desta segunda modalidade de fenômenos interativo-sociais, marcada pela dissociação, decorrem as manifestações conflituosas geradoras dos entrechoques e rupturas responsáveis por delimitar os contornos evolutivos dos comandos normativos de regulação de condutas, as transformações do Direito, como instrumento de redução de tensões entre indivíduos em estado potencial ou real de conflito e da sociedade: “organismo dinâmico que se movimenta na intensidade dos processos de interação social oriundos do mental humano”.⁵³

⁵¹ ROSA, F. A. de Miranda. **Sociologia do direito: o fenômeno jurídico como fato social**. 17. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, p. 66.

⁵² PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 44-45.

⁵³ NÓBREGA, Theresa Christine de Albuquerque. Mudança social e direito: como os governantes e governados podem unir forças para construir uma sociedade melhor. In: PEREIRA, Mirian de Sá; GOMES NETO, José Mário Wanderley (Org.). **Sociologia do direito e do direito alternativo: ensaios pós-graduados em homenagem a Cláudio Souto**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 291.

A delimitação do objeto de nosso interesse se justifica no compromisso que firmamos com a contextualização da relação entre os processos interativos delimitadores do perfil de uma sociedade, a dinâmica social que renova o Direito e os conflitos de interesses que obstaculizam a consagração da almejada paz social. O primeiro passo, para que a relação proposta seja estabelecida, consiste no desenvolvimento de reflexões que nos levem a conferir resposta ao seguinte questionamento: o contexto social determina os contornos do Direito ou se seria este determinado pela evolução social?

Em resposta, entendemos que o Direito exerce um duplo papel na sociedade: ativo e passivo.⁵⁴ Em outras palavras, identificamo-nos com a idéia de que o Direito é, ao mesmo tempo, determinado pelo e determinante para o contexto evolutivo social. Isto porque, ao passo que se revela uma criação determinada pelos anseios e imperativos de uma sociedade, o Direito acaba por interferir na realidade social – como obstáculo ou propulsor da mesma⁵⁵ –, o que se faz possível mediante a incidência de comandos normativos definidores de modelos ideais de integração, expressão comportamental e organização social. No mesmo sentido, Luis Assier-Adrieu⁵⁶ toma o Direito como uma realidade social caracterizada por ser “[...] a um só tempo o reflexo de uma sociedade e o projeto de atuar sobre ela, um dado básico do ordenamento social e um meio de canalizar o desenrolar das relações entre os indivíduos e os grupos”.

A título de exemplificação da idéia acima defendida, temos que se o valor das custas e dos honorários de advogados não houvesse se tornado desproporcional ao valor dos bens jurídicos pretendidos em juízo, a ponto de desestimular a provocação da tutela jurisdicional do Estado, não haveria motivos que justificassem a criação dos Juizados Especiais, que têm por escopo o processamento de demandas de menor complexidade ou importe econômico, que, via de regra, permaneceriam reprimidas se não fosse a previsão da dispensa das custas e dos honorários acima referidos. Eis o papel passivo do Direito

⁵⁴ O entendimento acima manifestado resulta da conjugação de duas outras correntes de pensamento sobre o assunto em tela: uma primeira linha de entendimento, que toma o Direito como manifestação social, produzido pela sociedade da forma que lhe convém; e outra, com feições absolutamente antagônicas, que interpreta o Direito como fator determinante do contexto social, capaz de atuar e transformar realidades e padrões de comportamentos. (SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de sociologia jurídica**: introdução a uma leitura externa do direito. 2.ed. São Paulo: RT, 2002, p. 92)

⁵⁵ GUIMARÃES, Verônica Maria Bezerra. O direito como instrumento de mudança social: uma abordagem da legislação ambiental face as recentes transformações na sociedade. In: PEREIRA, Mirian de Sá; GOMES NETO, José Mário Wanderley (Org.). **Sociologia do direito e do direito alternativo**: ensaios pós-graduados em homenagem a Cláudio Souto. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003, p. 313.

⁵⁶ ASSIER-ANDDIEU, Louis. **O direito nas sociedades humanas**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. XI.

socialmente produzido.

Em contrapartida, o papel transformador do Direito pode ser exemplificado na ampliação do acesso ao Judiciário pelo segmento economicamente mais abastado da população, com o advento dos Juizados Especiais, ou mesmo na crescente conscientização dos consumidores acerca de seus direitos, com o advento e popularização do Código de Defesa do Consumidor. O Direito exerce, portanto, expressiva participação na determinação das mais diversas relações travadas na sociedade. Eis a ilustração do papel ativo do Direito produzido pelos homens. Por estas razões, diz-se que “todo Direito é socialmente construído, historicamente formulado, atende ao contingente e conjuntural do tempo e do espaço em que o poder político atual e à correlação de forças efetivamente contrapostas na sociedade em que ele, poder, se institucionalizou”.⁵⁷

Assim como a sociedade, o Direito não é um dado, mas um construído, em constante evolução. Por viver a intensidade das transformações sociais, culturais, políticas, não se faz revestido de uma atmosfera de consolidação, mas de transitividade. Não deve, portanto, conservar-se em si mesmo, ou mesmo nos padrões de uma sociedade do passado, sob pena de não cumprir as funções que lhe conferem razão de existência.

Por ser o Direito inerente ao fenômeno social, e não aquilo que o Estado quer que seja, é imperioso reconhecer a lógica de um movimento dialético, sintetizado a seguir:

À proporção que a realidade social se modifica, assume novas formas, incorpora novos valores, se adapta a fatos do meio físico, cumpre o processo histórico, as normas que regulam a sua existência vão-se alternando. O Direito é, por isso mesmo, mutável, sociologicamente provisório, manifestação de superestrutura, cujas fontes se encontram naquela realidade social que lhe é subjacente e que o inspira e alimenta. Assim é que a marcha da história nos ensina que as normas jurídicas sempre acompanharam as modificações sociais, em um processo de harmonização do particular com as demais partes do geral, processo esse em que, naturalmente, cada setor influi nos demais e no todo. [...] O conhecimento da relação entre a realidade social subjacente à normas jurídicas, e estas, em suas múltiplas manifestações, mudanças, adaptações, no que tange à sua eficácia, e no que se refere à sua força condicionante do *abstractum* social é, assim, uma imposição dos tempos.⁵⁸

As reflexões provocadas pelo questionamento sobre a relação de causa e efeito entre

⁵⁷ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 52.

⁵⁸ ROSA, F. A. de Miranda. **Sociologia do direito**: o fenômeno jurídico como fato social. 17. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, p. 25-26.

mobilidade social e as transformações do Direito são de extrema valia para o presente estudo. A crescente utilização da mediação e de outros métodos alternativos de resolução de conflitos – as chamadas vias alternativas de facilitação do acesso à justiça – representa, para nós brasileiros, um movimento de reação da sociedade, que, consciente da inaptidão do Estado em equacionar as demandas advindas daqueles que carecem de soluções para suas disputas, têm recorrido com frequência e naturalidade cada vez maiores a métodos privados de composição de contendas.

Transformações sociais como esta projetam suas influências na ordem jurídica do país, eis que impulsionam a sociedade civil e o Estado a fomentar a utilização de outras vias facilitadoras de acesso à justiça. A Lei 9.307/1994, que instituiu a arbitragem no Brasil, a inserção das práticas conciliatórias que permeiam o processo judicial em todos os níveis, bem como o debate legislativo em torno da edição de uma Lei disciplinadora da mediação em território nacional, fundamentam estas e outras constatações que serão aprofundadas nos capítulos seguintes do presente trabalho.

1.2 CONFLITOS DE INTERESSES: EVENTOS NATURAIS EM SOCIEDADE

As reflexões contextuais até então firmadas nos levam a refutar qualquer pensamento que venha a cogitar a existência de sociedades estáticas. Em estudo destinado à análise das mudanças decorrentes dos dinâmicos processos interativo-sociais e suas implicações no Direito, Cláudio Souto e Solange Souto enfatizaram que “seria um erro pensar que existe sociedade estática. Como processo de interação social que é, qualquer grupo social sofre mutação”.⁵⁹

Os processos de interação social, muitas das vezes desarmônicos, não permitem a cristalização do imaginário idealizador de sociedades humanas desprovidas de antagonismos ou contradições, nas quais as relações sociais se manifestam de modo essencialmente harmônico. Os limites de nossas individualidades e liberdades são superados por nossas diferenças na medida em que nos comportamos como seres

⁵⁹ SOUTO, Cláudio; SOUTO, Solange. **Sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1981, p. 170.

gregários, desafiados a respeitar pretensões de outrem, sejam elas compatíveis às nossas ou não. Somos, assim, constantemente forçados a conviver com nossos pares, ainda que movidos por necessidades ilimitadas, estes se revelam defensores de interesses antagônicos.

Tais incompatibilidades, aliás, são responsáveis pela constituição da segunda modalidade de processo interativo-social há pouco referenciada: a dos processos de caráter dissociativo, alimentados pela constante busca pela satisfação de pretensões incompatíveis, responsáveis por abalar as desejadas estruturas de organização e consenso. O tecido social tende a se tornar, deste modo, ciclicamente problemático.

O desejo de conviver em harmonia, ou a almejada convivência pacífica, respeitosa e cooperativa, recebe os contornos de uma utopia, justificada na inevitável manifestação de conflitos de interesses⁶⁰: expressão que tem, na definição de Francesco Carnelutti, o significado de incompatibilidades ou de confrontos de vontades em oposição, “[...] no sentido de que a satisfação da necessidade⁶¹ que corresponde a um dos interesses exclui ou pelo menos limita a satisfação do outro”.⁶²

A impossibilidade prática da consagração da coexistência pacífica é explicada pelo mestre italiano, que argumentou:

Se o interesse significa uma satisfação favorável à satisfação de uma necessidade; se as necessidades do homem são ilimitadas, e se, pelo contrário, são limitados os bens, ou seja, a porção do mundo exterior apta a satisfazê-las, como correlativa à noção de interesse e à de bem aparece a do conflito de interesses. Surge conflito entre dois interesses quando a situação favorável à satisfação de uma necessidade exclui a situação favorável à satisfação de uma necessidade distinta.⁶³

⁶⁰ Para José Joaquim de Passos, “interesse seria a necessidade que se tornou consciente e cuja satisfação passou a ser desejada”. (PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 34). Já na lição de Francesco Carnelutti, o interesse representa “[...] uma *posição* do homem, ou mais exatamente: *a posição favorável à satisfação de uma necessidade*”. A título de exemplo, prossegue o mestre italiano: “a posse do alimento ou do dinheiro é, antes de tudo, um interesse, porque quem possui um ou outro está em condições de satisfazer a sua fome”. (CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 1, p. 60-61)

⁶¹ Na esclarecedora definição de Maria José Amon Roig, “necessidade é uma situação ou estado de dependência, predicado sempre de uma pessoa, que tem um caráter sempre incontornável (insoslayble), visto como experimenta um sofrimento ou um dano grave, e essa situação vai manter-se exatamente nas mesmas condições, por inexistir uma alternativa racional e prática que não seja sua satisfação, realização ou cumprimento”. (ROIG, Maria José Amon *apud* PASSOS, José Joaquim Calmon de. Op. cit., p. 36, nota 58.

⁶² CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Lejus, 2000, p. 39.

⁶³ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 1, p. 60-61.

Reconhecer a existência e a manifestação⁶⁴ de conflitos de interesses é fundamental para que se possa compreender a essência de uma dada realidade social e jurídica.⁶⁵ Tal necessidade é percebida quando se concebe ser a referida realidade, marcada pela exigência do “[...] viver convivendo, cooperando e conflitando”.⁶⁶ Segundo Simmel, “os fatores de dissociação – o ódio, a inveja, a necessidade, o desejo – são as causas do conflito; o conflito eclode por causa deles”.⁶⁷

No mesmo sentido, anotou José Joaquim Calmon de Passos:

[...] o fator decisivo e determinante de conflitos na convivência social é a procura pelos homens da satisfação de suas necessidades e desejos, que se defronta com a impossibilidade de alcançá-la sem que se institucionalize um modelo de divisão do trabalho social (necessário em face da impossibilidade de serem atendidos os desejos e necessidades de qualquer homem mediante sua exclusiva atividade, o que determina a *interdependência*) a par de um outro modelo relativo à apropriação do produto desse trabalho social (também indescartável, por força da *escassez* dos bens disponíveis para satisfação das necessidades e desejos experimentados por todos os homens).⁶⁸

Experimentamos eventos conflituosos das mais variadas naturezas e complexidades. Motivados por diversas razões⁶⁹, os efeitos pelos mesmos produzidos, igualmente, podem ser sentidos de variadas formas. E se a convivência gera conflitos, somos levados a concebê-los como acontecimentos naturais, que podem se considerados “[...] tanto o fracasso do direito como sua fonte mais universal e mais dinâmica”.⁷⁰

O mesmo pode ser dito em relação à sociedade. Isso porque, além de natural, o conflito é “pressuposto necessário do Direito [sem o qual este se tornaria descartável]”⁷¹, sendo

⁶⁴ Diz-se também existência, e não somente manifestação, pois, conforme advertiu Pierre Birnbaum, o grau de consciência de um conflito pode variar de pessoa para pessoa. O indivíduo “[...] têm muitas vezes uma ‘falsa consciência’ de seus interesses reais e, por conseguinte, do verdadeiro confronto em que deveriam realmente se empenhar”. Neste sentido, é perfeitamente possível que um conflito inconsciente produza seus efeitos, ainda que não conhecido, verbalizado ou manifestado perante os demais envolvidos ou terceiros. (BIRNBAUM, Pierre. Conflitos. In: BOUDON, Raymond. **Tratado de sociologia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995, Cap. 6. p. 262)

⁶⁵ ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 19.

⁶⁶ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 41.

⁶⁷ SIMMEL *apud* BIRNBAUM, Pierre. Conflitos. In: BOUDON, Raymond. **Tratado de sociologia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995, Cap. 6. p. 256.

⁶⁸ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Op. cit.*, p. 82, nota 64.

⁶⁹ Dentre as possíveis causas ou motivos geradores de conflitos de interesses, é possível pontuar: disputas acerca de bens ou territórios; divergências motivadas por princípios incompatíveis; diferenças ou desníveis de poderes entre indivíduos; ou frustrações produzidas em relações de todo gênero. (HIGHTON, Elena Inês; ÁLVAREZ, Gladys Stella. *Mediación para resolver conflictos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996, p. 54)

⁷⁰ ASSIER-ANDRIEU; Louis. **O direito nas sociedades humanas**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 166.

⁷¹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 38.

também fundamental para o crescimento de uma sociedade.⁷² Segundo Elena I. Highton e Gladys S. Alvarez⁷³:

[...] grande parte dos estudiosos visualiza o conflito como uma enfermidade social, outro o vê como um elemento indispensável para a evolução da humanidade [...] O concebe como um motor para a mudança, gerador de energia criativa que pode melhorar as situações, uma oportunidade para o crescimento e o enriquecimento de uma pessoa. O conflito pode ajudar a fortalecer os vínculos dos grupos, a reduzir as tensões incipientes ao ser manifestado.

Na leitura de Maria de Nazereth Serpa⁷⁴, sob o ponto de vista da construtividade como qualidade possivelmente inerente, os conflitos:

Pode revelar um relacionamento e não a ausência deste. Pode funcionar como motivação e causa de criatividade. A história nos mostra que em situações de conflito o homem pode exterminar um povo, como na Alemanha durante a II Guerra Mundial, mas pode também fazer surgir instituições de paz, a ONU, por exemplo.

A visão estritamente negativa dos conflitos, tradicionalmente reconhecido por seus potenciais destrutivos, é também desmistificada por Petrônio Calmon⁷⁵, que sustenta a seguinte tese:

[...] o conflito não é um mal em si mesmo e são considerados como aspectos inevitáveis e recorrentes da vida. Têm suas funções individuais e sociais importantes, proporcionando aos homens o estímulo para promover as mudanças sociais e o desenvolvimento individual. O importante não é aprender evitá-lo ou suprimi-lo, atitude que poderia trazer conseqüências danosas. Ao contrário, diante do conflito, a atitude correta é encontrar uma forma que favoreça sua composição construtiva.

Evitar e erradicar conflitos, de fato, não nos parece, indicado e viável, respectivamente. Ao contrário, tocados pelos desconfortos advindos de um conflito, devemos nos desafiar a extrair das relações conflituosas, aquilo que de melhor poderiam nos oferecer: soluções pacíficas e construídas, de maneira tempestiva, adequada e efetiva. Deste modo,

⁷² BIRNBAUM, Pierre. Conflitos. In: BOUDON, Raymond. **Tratado de sociologia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995, Cap. 6, p. 267.

⁷³ Para conferir credibilidade, segue texto original: “[...] un gran sector de los estudiosos visualiza al conflicto como una enfermedad social, otro lo ve como un elemento indispensable para la evolución de la humanidad. [...] Se lo concibe como un motor para el cambio, generador de energía creativa que puede mejorar las situaciones, una oportunidad para el crecimiento y el enriquecimiento personal. El conflicto puede ayudar a fortalecer los vínculos de los grupos, a reducir las tensiones incipientes al hacerse manifiesto”. (HIGHTON, Elena Inês; ÁLVAREZ, Gladys Stella. *Mediación para resolver conflictos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996, p. 46. Tradução nossa).

⁷⁴ SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 32.

⁷⁵ COLMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 25.

entendemos que a atitude correta daqueles que se encontram em situação de conflito seria a busca de caminhos que os levem à necessária resolução. Em outras palavras, o problema não é a inevitabilidade dos conflitos em sociedade, mas sim a resposta que lhe damos.⁷⁶

Se “[...] o conflito é inevitável, mas uma resolução justa não”⁷⁷ e se os efeitos decorrentes de um conflito “[...] são determinados pela forma como são solucionados, ou seja, pela maneira como são encarados e administrados os interesses embutidos nos conflitos e suas manifestações”⁷⁸, torna-se fundamental indagar: quais seriam os possíveis métodos de condução e de resolução das referidas controvérsias?

O questionamento se revela fundamental tendo em vista que, a depender do método empregado na condução de um conflito de interesses, efeitos positivos ou negativos poderão ser decorrentes.⁷⁹ A resposta à tal indagação é apresentada mediante a delimitação de três grandes gêneros, aos quais se agrupam diversas espécies ou instrumentos de condução e resolução de conflitos de interesses. São eles: a autotutela, a autocomposição e a heterocomposição.

De acordo com a tradicional classificação de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo⁸⁰, as possíveis soluções para um conflito seriam: autotutela, autocomposição e processo. Em que pese a ampla aceitação da tipologia utilizada nesta classificação, optamos pela realização de uma pequena adaptação terminológica – muito embora substancial em suas implicações –, para abarcar a arbitragem como instrumento legítimo de resolução de conflitos. Eis, em síntese, a razão que justifica a substituição do processo – ou jurisdição como preferem alguns –, pelo gênero heterocomposição, do qual figuram como principais

⁷⁶ OYHANARTE, Marta. Los nuevos paradigmas y la mediación. In: GOTTHEIL, Julio; SCHIFFRIN, Adriana (compiladores). **Mediación: una transformación en la cultura**. Buenos Aires: Paidós, 1996, p. 29.

⁷⁷ Para conferir credibilidade, segue texto original: “[...] el conflicto es inevitable, pero una resolución justa y eficiente no lo es”. (MNOOKIN, Robert. ¿Por qué fallan las negociaciones? Una exploración de las barreras para la resolución de conflictos. In: MNOOKIN, Robert et al **Mediación: una respuesta interdisciplinaria**. Buenos Aires: Eudeba S.E.M, 1997, p.19)

⁷⁸ SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 31.

⁷⁹ Segundo Serpa, os conflitos, se classificados tendo em vista os interesses por eles produzidos, podem ser destrutivos ou construtivos, pois “O efeito destrutivo do conflito sobre as partes se dá quando os participantes estão insatisfeitos com os resultados e se sentem prejudicados em consequência daquele”. Por outro lado, se os conflitantes estiverem satisfeitos com os resultados alcançados e sentirem que ganharam em consequência do conflito, este se tornará produtivo. Seguindo este raciocínio, podemos concluir que um conflito benéfico a todos os envolvidos, será mais construtivo do que aquele que beneficia somente um dos conflitantes. (SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 42)

⁸⁰ CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y *apud* CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 29.

espécies a arbitragem e o processo judicial.

Na seqüência, delimitaremos o processo histórico-evolutivo dos referidos gêneros e suas principais espécies, cuja adoção e emprego dependerá da maneira, por meio da qual se pretende conduzir ou ter conduzido o conflito – se mediante a exclusiva atuação dos conflitantes, ou por intermédio de um terceiro auxiliar ou com poderes decisórios –, da natureza e particularidades da relação conflituosa – observados os interesses, necessidades e possibilidades nela envolvidos –, e, principalmente, do resultado pretendido – consensual ou adversarial.

1.3 MÉTODOS DE CONDUÇÃO E RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DE INTERESSES: DA AUTOTUTELA À JURISDIÇÃO

Expor em poucas palavras, com absoluta precisão, as linhas histórico-evolutivas dos métodos de condução e de resolução de conflitos de interesses, não é tarefa viável. Piero Calamandrei⁸¹, com acerto, considerou impossível compendiar, ainda que de modo esquemático, os estágios do referido processo de evolução.

A impossibilidade, segundo ele, se justifica no fato de que a sucessão desses modelos jamais se deu de forma linear, o que significa dizer que o surgimento e emprego de um determinado gênero de condução de conflitos não pressupõe a supressão do modelo que historicamente o precedeu.

Nesse sentido, José de Albuquerque Rocha advertiu:

Alguns autores costumam descrever os meios de tratamento dos conflitos sociais como se seu aparecimento na história obedecesse a uma rigorosa sucessão linear, que iria da autotutela, como o modo correspondente à fase da barbárie, até chegar à jurisdição, como o modo correspondente ao estágio mais civilizado. [...] Prova disso é que hoje, na virada do século XX, a autotutela está mais generalizada do que em épocas passadas.⁸²

⁸¹ CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 1999. v. I, p. 181.

⁸² Neste momento, é importante que façamos uma breve reflexão sobre o que chamamos de “sucessão linear de formas de resolução de conflitos”. Para tanto, recorreremos aos comentários de José de Albuquerque Rocha que, em sua obra *Teoria Geral do Processo*, considera ideológica a expressão em comento, partindo do pressuposto de que “[...] a história obedece a alguma ‘razão moral’ ou ‘princípio de justiça’, que dirigiria sempre para a perfeição”. Trata-se de uma crítica à idéia, segundo ele equivocada, de que o desenvolvimento da moral e do princípio de justiça, historicamente, teria se dado de forma retilínea, como se da autotutela – segundo o autor

Todavia, para fins meramente didáticos que se justificam no presente estudo, reputamos pertinente a apresentação de uma linha evolutiva, não seqüencial, dos referidos instrumentos. Em linhas passadas, destacamos o ideal da busca pela pacificação social como o elemento de justificação e de síntese das funções preventivas e resolutivas de conflitos, próprias de um Direito não reconhecido como produto da razão humana, cuja evolução não se realiza mediante novas regras, mas por meio de mudanças estruturais graduais, responsáveis pela sua criação e constante evolução.

Produto de nossa própria história, sujeito, portanto, a um incessante processo de mutação, o Direito acompanha e sempre acompanhará as carências e as exigências emanadas de um dado contexto social, razão pela qual consideramos que a mencionada idéia de busca pela pacificação social tem, e sempre terá, seu surgimento justificado nas necessidades e nos interesses destes mesmos indivíduos, inter-relacionados em sociedade. Neste passo, a história nos revela que se justifica na manifestação de interesses contrapostos a criação do Estado-juiz, dotado de poderes suficientes para zelar pela manutenção da paz social – ideal consagrado no preâmbulo de nossa Carta Constitucional.⁸³

Todavia, a dinâmica dos tempos ainda nos demonstra que a jurisdição estatal nunca foi o único – e muito menos o primeiro – recurso destinado à resolução de conflitos.

Desta forma, é importante assinalar que os instrumentos pelos quais se encaminham as soluções de conflito não se esgotam no litígio judicial. Isso é elementar. Basta que se atente para o fato de que tais situações de conflito também têm soluções nas sociedades pré-estatais, ou seja, naquelas em que o Estado ainda não tinha se institucionalizado.⁸⁴

correspondente à fase da barbárie – tivesse a civilização evoluído de forma linear, até chegar à jurisdição – visto, por ele, como o modo correspondente ao estágio mais civilizado. De fato, evoluímos a um estágio em que, em decorrência do surgimento do Estado dotado de um poder de coerção, somos hoje de tal forma organizados socialmente, que a prática da autodefesa passou a ser tolerada excepcionalmente. Entretanto, além dos casos excepcionais previstos, alerta o autor, que não se pode dizer que a caminhada humana tenha se dado de forma linear, mas sim por meio de “avanços e retrocessos determinados por concretas condições materiais da vida. Prova disso é que hoje, na virada do século XX, a autotutela está mais generalizada do que em épocas passadas”. Basta observarmos os procedimentos adotados e executados pelos indivíduos em sociedade, para constatarmos que a “justiça pelas próprias mãos”, termo comumente atribuído à autotutela, tem sido prática cada vez mais comum, principalmente nos centros urbanos, especialmente em decorrência da chamada violência urbana. (ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 29-30)

⁸³ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.” (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2004)

⁸⁴ ROSA, F. A. de Miranda. **Sociologia do direito: o fenômeno jurídico como fato social**. 17. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, p. 68.

Precede o modelo tradicional de pacificação social posto a cargo do Estado-juiz a autotutela, definida, por Eduardo J. Couture, como “[...] a reação direta e pessoal de quem pratica justiça com as próprias mãos”⁸⁵ e caracterizada por duas notas essenciais: “a) ausência de juiz distinto das partes; b) imposição da decisão por uma das partes à outra”⁸⁶.

Inexistindo um Estado dotado de poderes de coerção suficientes para dirimir conflitos através da imposição do Direito, a satisfação de interesses se dava quase que tão-somente através da imposição da força bruta, prática que se revela bastante perigosa se levarmos em consideração o fato de que, em regra, ações violentas, dão ensejo às reações de igual ou maior intensidade, dependendo da força dos opositores. A fase da barbárie, da resolução instintiva das contendas assim foi narrada por Sergio Cavalieri Filho⁸⁷:

Houve tempo em que a justiça era privada e feita pelas próprias mãos. O credor podia extinguir, pelos meios que bem entendesse, a obrigação do devedor. A vítima, ou seu vingador, podia infligir ao causador do dano mal idêntico ao produzido pelo ofendido, e assim por diante. Era a justiça do olho por olho, dente por dente, que se caracterizava mais como uma forma de vingança do que propriamente de justiça. Obviamente, tal forma de justiça, prestada pelo particular interessado, sem imparcialidade, longe de compor conflitos sociais, criava outros maiores, gerando uma verdadeira reação em cadeia.

Neste processo de ação e de reação, característico do modelo adversarial ora debatido, por razões óbvias, tende a sagrar-se vencedor aquele que detiver maior poder e força. Hoje, em razão dos inconvenientes que proporcionam, as práticas de “justiça de mão própria”⁸⁸ são tipificadas como delituosas pelo diploma penal nacional. A referida regra é extensiva a particulares – exercício arbitrário das próprias razões⁸⁹ –, assim como ao Estado – exercício arbitrário ou abuso de poder⁹⁰. Ocorre que, mesmo diante da necessidade de se coibir tais práticas violentas, nem sempre o Estado se fará presente em todos os eventos conflituosos. Neste caso, de modo excepcional, as práticas de autodefesa são toleradas

⁸⁵ Para conferir credibilidade, segue texto original: “[...] la reacción directa y personal de quien se hace justicia con manos propias”. (COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Montevideu: IB de f, 4. ed. 2002, p. 08. Tradução nossa).

⁸⁶ CINTRA, Antônio de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 27.

⁸⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de sociologia jurídica** (você conhece?). 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 142.

⁸⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. Campinas: Boockseller, 1998, p. 243.

⁸⁹ O artigo 345 do Código Penal Brasileiro veda os atos de “fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite”. (BRASIL. Código Penal Brasileiro. **Vade Mecum Saraiva**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007)

⁹⁰ Na lição do artigo 350 do Diploma Penal Brasileiro, é crime “ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder”. (BRASIL. Código Penal Brasileiro. **Vade Mecum Saraiva**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007)

“[...] com plena consagração jurídica para realizar, em alguns casos, a composição de litígios”.⁹¹

No Direito pátrio, a excepcionalidade em referência pode ser percebida em diversos âmbitos. Na esfera cível, por exemplo, práticas autotutelares são previstas nos artigos 1.210⁹², §1º, e 1.823⁹³, ambos do Código Civil Brasileiro, que versam, respectivamente, sobre a legítima defesa da posse e o direito de cortar raízes e ramos de árvores limítrofes que ultrapassem a extrema do prédio. Na jurisdição penal, exceções clássicas são as excludentes do estado de necessidade e da legítima defesa, previstas nos artigos 24⁹⁴ e 25⁹⁵ do Código Penal Brasileiro. Além desses, a Constituição Federal de 1988 traz o direito de greve, assegurado no artigo 9º⁹⁶.

Em uma sociedade política e socialmente organizada, o caráter excepcional das mencionadas previsões reflete a necessidade de imposição de limitações ao descontrolado emprego da autotutela. Desenvolver meios capazes de usurpar o hábito da resolução de conflitos por meios violentos passa a ser um imperativo fundamental. Dentre os meios socialmente admissíveis, a alternativa mais usual de consagração do imperativo em questão passa a ser a elaboração de soluções amigáveis, de caráter autocompositivo. A força bruta dá lugar ao bom senso e à razão do consenso, fazendo surgir⁹⁷, com força maior, a autocomposição: meio não adversarial de se buscar a condução e a resolução de

⁹¹ MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Millennium, 2000, v. 1, p. 5.

⁹² Art. 1.210 “[...] §1º O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.” (BRASIL. Código Civil Brasileiro. **Vade Mecum Saraiva**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007)

⁹³ Art. 1.283 “As raízes e os ramos de árvore, que ultrapassem a extrema do prédio, poderão ser cortados, até o plano vertical divisório, pelo proprietário do terreno invadido.” (BRASIL. Código Civil Brasileiro. **Vade Mecum Saraiva**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007)

⁹⁴ Art. 24 “Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para se salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.” (BRASIL. Código Penal Brasileiro. **Vade Mecum Saraiva**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007)

⁹⁵ Art. 25 “Entende-se em legítima defesa que, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.” ((BRASIL. Código Penal Brasileiro. **Vade Mecum Saraiva**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007)

⁹⁶ Art. 9º “É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. BRASIL.” (BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007)

⁹⁷ O verbo “surgir”, vale frisar, deve ser interpretado com restrições. Isso porque, conforme bem lembrou Sérgio Bermudes, a utilização dos meios autocompositivos sempre se fez presente, paralelamente até à autodefesa, que, apesar de costumeiramente ser apresentada como o primeiro dos meios de composição de conflitos, “[...] não foi, absolutamente, o meio exclusivo de composição dos conflitos, em nenhum momento da história humana porque, pela índole do homem, por sua natureza racional, a autocomposição sempre existiu”. (BERMUDES, Sérgio. **Introdução ao processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 16).

conflitos, no qual a decisão final é fruto do consenso dos conflitantes, ao contrário do que se vê na autotutela, em que a decisão é resultado da imposição da parte vencedora.

Nas palavras de Petrônio Calmon⁹⁸, a autocomposição seria:

[...] o meio mais autêntico e genuíno de solução de conflitos, pois emana da própria natureza humana o querer-viver-em-paz. [...] Às vezes simples, às vezes complexos, às vezes com a só participação dos envolvidos, às vezes com a colaboração de um terceiro imparcial, com o objetivo de incentivar, auxiliar e facilitar o diálogo, visando ao escopo maior de se chegar ao consenso.

A faculdade de disposição sobre o direito material envolvido no conflito de interesses é pressuposto necessário para que o conflitante possa se valer da autocomposição como forma tolerada de resolução de conflitos e convívio com a diversidade. Em outras palavras, o titular do bem da vida, objeto do conflito, somente poderá abdicar total ou parcialmente de sua pretensão, caso a lei lhe confira poderes de disposição.

Três são as formas autocompositivas de condução e de resolução de conflitos, a saber: a desistência ou renúncia à pretensão⁹⁹; a submissão ou reconhecimento; bem como a transação. Na renúncia, uma das partes conflitantes, unilateralmente¹⁰⁰, deixa de externar suas pretensões e abdica da possibilidade de ver satisfeitos os seus interesses. O abandono total da pretensão deduzida, ou sacrifício do interesse próprio, é compensado pela cessação do desconforto característico do conflito.

Já na submissão, também conhecida como “[...] renúncia à resistência oferecida à pretensão”¹⁰¹, unilateralmente, o indivíduo que até então vinha resistindo à oposição de exigências do seu adversário, decide por se submeter integralmente à pretensão resistida, abdicando-se dos atos de resistência.

Finalmente, na transação, de modo bilateral, através de concessões mútuas, os conflitantes chegam a praticar, ao mesmo tempo, atos de renúncia e submissão, prática esta que, como

⁹⁸ CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 6.

⁹⁹ Na lição de Francesco Carnelutti, a pretensão seria a representação de um ato de manifestação de vontade, ou seja: “[...] a exigência de subordinação de um interesse alheio ao próprio”. (CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. São Paulo: Classic Book, 2000. v.1, p. 78)

¹⁰⁰ Diz-se unilateralmente, pois, “[...] na renúncia há concessão apenas por parte daquele que exerce uma pretensão em face de outrem”. (CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 63)

¹⁰¹ CINTRA, Antônio de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 21.

se verá, faz-se presente na mediação. Ao contrário da renúncia e da submissão, a transação é modelo bilateral de autocomposição, que tem como escopo a realização de acordos mediante mútuas concessões, “[...] sendo que aquele que exercia a pretensão renuncia a parte de seu interesse, enquanto que o outro, em troca, submete-se à parte que restou da pretensão do primeiro”.¹⁰²

Os limites objetivos definidores da disponibilidade ou da indisponibilidade de um bem são traçados pelo direito positivo, a exemplo do que estabelece o artigo 841 do Código Civil Brasileiro, como se vê: “só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite transação”.

Mas, apesar de não se confundirem, desistência, submissão e transação apresentam características comuns, dentre as quais citamos: a titularidade das decisões, sempre conferidas aos conflitantes, bem como a finalidade de se pôr termo ao conflito, sempre de maneira não adversarial.

No que tange, particularmente, à referida finalidade, desde já, frisamos que a resolução consensual do conflito pode ser alcançada de modo autônomo – quando os conflitantes buscam a consagração da mencionada meta, por meios exclusivamente próprios, sem contar com o auxílio de uma terceira pessoa –, ou mediante o auxílio de terceiros imparciais, que são facilitadores da comunicação entre os envolvidos e desprovidos de poderes decisórios – mediadores e conciliadores, por exemplo.

Dentre as diversas espécies autocompositivas, destacam-se por serem mais usuais a negociação – direta ou assistida –, a conciliação e a mediação. Tais mecanismos, conforme veremos na seqüência deste trabalho, desenvolvem-se segundo os ditames de técnicas “[...] elaboradas por ciências diversas, voltadas para o conhecimento das emoções, da persuasão e do racionamento humano e empresarial, dentre outros”¹⁰³. Por esta razão, diz-se que:

[...] o estudo dos mecanismos para a obtenção da autocomposição é inequivocamente multidisciplinar. Os antropólogos consideram o fenômeno dentro de uma estrutura de relações sociais em um mundo cultural de regras, práticas de manejo de conflitos e princípios normativos dentro dos quais se manifestam as posições no curso de uma disputa. Como uma microinteração

¹⁰² CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 15.

¹⁰³ CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 83.

entre as pessoas, observa-se que os mecanismos despertam o interesse da ciência da comunicação, que trata não só do processo de comunicação como centro dos métodos autocompositivos, como são investigados os diálogos e as manifestações de linguagem. [...] Observam-se, ainda, perspectivas gerenciais, sociológicas, psicológicas, dentre outras tantas, sob cujas óticas especializadas são estudados os mecanismos para a obtenção da autocomposição. Podendo-se concluir que as fontes de formação e desenvolvimento desse importante setor encontram-se no conjunto de inúmeras ciências.

Ocorre que, por motivos diversos, o ato de ceder em prol do consenso, tão necessário ao sucesso de toda e qualquer modalidade autocompositiva de condução e de resolução de conflitos – seja ela praticada unilateralmente, como no caso da desistência e da submissão, ou bilateralmente, como exige a transação –, nem sempre se fará presente entre os conflitantes, tornando inviável o sucesso de uma autocomposição. Nestes casos, considerados os motivos que restringem a prática da autotutela a situações excepcionais, resta aos conflitantes buscar, na atuação decisória de terceiros imparciais, a solução para conflitos inegociáveis.

Em outras palavras, sendo vedado o uso da autotutela, e impossível a prática da autocomposição, o interessado na resolução de um conflito de interesses não terá outra alternativa senão recorrer ao terceiro e último modelo de condução e de resolução de conflitos: a heterocomposição.

Vocábulo integrado do prefixo *hetero* (outro, diferente) e do substantivo *composição*, a heterocomposição, também chamada de heteronomia¹⁰⁴, representa um “[...] modo de tratamento dos conflitos em que a decisão é produto de um *terceiro*, que não auxilia nem representa as partes em conflito”.¹⁰⁵

Tem como característica principal, o fato de que, ao contrário do que ocorre na autotutela e na autocomposição, a decisão final é imposta por um terceiro imparcial. Além da referida particularidade, outra peculiaridade da heterocomposição é a sujeição dos interesses individuais dos conflitantes à vontade daquele que detém a autoridade das decisões no caso concreto.

Inúmeras são as subespécies deste modo de tratamento de conflitos, que pode se dar de variadas formas. Entretanto, interessa-nos, aqui, apenas duas, por nós consideradas as

¹⁰⁴ ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 30.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 31.

principais: o processo judicial – meio heterocompositivo mais utilizado e conhecido no Brasil, e que será objeto de nossos estudos no item seguinte; e o processo arbitral – via alternativa de condução e de resolução de conflitos, que receberá um tratamento individualizado no item 2.7.1.4 do presente trabalho.

1.4 PROCESSO JUDICIAL: MÉTODO ESTATAL DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO

Na definição de Eduardo J. Couture¹⁰⁶, o processo judicial é tomado como um meio idôneo de se dirimir conflitos de interesses de relevância jurídica, por meio do qual as partes se submetem à decisão de uma autoridade imparcial – o juiz, que, mediante a aplicação da lei ao caso concreto, buscará a justa composição da lide.¹⁰⁷

Trata-se do “[...] instrumento por meio do qual os órgãos jurisdicionais atuam para pacificar as pessoas conflitantes, eliminando os conflitos e fazendo cumprir o preceito jurídico pertinente a cada caso que lhes é apresentado em busca de solução”.¹⁰⁸

Segurança jurídica, imparcialidade e força das decisões, são atributos indispensáveis que alimentam a preferência nacional pelo processo judicial como instrumento de acomodação de conflitos de interesses de naturezas diversas. Tais valores são fundamentais para que o processo revele sua “aptidão para produzir concretamente os resultados esperados”¹⁰⁹, ou seja, para que seja efetivo.

São de três naturezas os principais escopos ou finalidades do processo: jurídico, social e político. Denomina-se “instrumentalista”¹¹⁰ esta visão do instrumento estatal de resolução de conflitos, que eleva a importância da consagração dos seus escopos. A primeira das três finalidades – de cunho jurídica – consiste na atuação da vontade da lei no caso

¹⁰⁶ COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 4. ed. Montevideu: IB de f, 2002, p. 8.

¹⁰⁷ Na clássica definição de Francesco Carnelutti, lide representa “[...] um conflito (intersubjetivo) de interesses qualificado por uma pretensão contestada (discutida)”. Seus sujeitos, em número mínimo de dois, recebem o nome de partes. (CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. São Paulo: Classic Book, 2000. v.1, p. 78)

¹⁰⁸ CINTRA, Antônio de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 29.

¹⁰⁹ Definição apresentada por José Roberto dos Santos Bedaque para “efetividade do processo”. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 32)

¹¹⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 19.

concreto levado à apreciação do Poder Judiciário, isto é, a afirmação do direito material violado ou ameaçado de lesão.

Somado ao escopo jurídico, insuficiente para determinar o verdadeiro perfil da jurisdição¹¹¹, evidenciam-se duas funções de cunho social. A primeira consiste na exigência da pacificação de conflitos com justiça, em prol da promoção do bem-comum e da paz social, enquanto que a segunda, de feições manifestamente pedagógicas, consistente na educação dos jurisdicionados ao exercício de direitos e deveres.

Agregado a todas as finalidades até aqui descritas, o escopo político representa a afirmação dos seguintes elementos: a afirmação do poder estatal e seu ordenamento jurídico perante a sociedade – imperatividade das decisões proferidas pelo Estado; limitação à ingerência deste no domínio das liberdades dos cidadãos – culto à liberdade; participação popular nos destinos da sociedade e centros de poder, seja por meio do contraditório, da propositura de ação popular, de impugnações ou da prestação de contribuições para a formação do convencimento dos órgãos do Poder Judiciário.¹¹²

O fato de ser indispensável ou mais usual não faz do processo judicial o único ou mais indicado método, dentre diversos outros existentes e utilizados pelos indivíduos envolvidos em situações de conflito. Mesmo nos casos em que a imposição de uma decisão por um terceiro for necessária para que um conflito de interesses possa ser pacificado de forma heterocompositiva, o processo judicial não deve ser visto como a única opção. Mesmo em situações como esta, a arbitragem, dentre outros meios heterocompositivos de condução e de resolução de conflitos que não cabem aqui serem mencionados, pode ser uma alternativa viável caso intencionada pelas partes, e, acima de tudo, desde que a controvérsia verse sobre direito patrimonial disponível¹¹³.

De todo modo, sendo vedada a autotutela, prejudicada a autocomposição – por proibição normativa, ausência de consenso ou mesmo de interesse pelos conflitantes –, ou a arbitragem – por falta de interesse ou de permissão legal –, restam aos envolvidos, em

¹¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 189.

¹¹² MORALLES, Luciana Camponez Pereira. **Acesso à justiça e princípio da igualdade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p. 48-49.

¹¹³ O artigo 1º da Lei n. 9.307/1996 estabelece que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. (BRASIL. Lei nº. 9.307, de 24 de julho de 1996. **Vade Mecum Saraiva**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007)

relações conflituosas, poucas alternativas além do processo judicial. Nesse sentido, para Sérgio Bermudes¹¹⁴, aglutinaram-se os fatores que fundamentam a indispensabilidade do instrumento do qual se vale o Estado, no exercício da jurisdição, para pacificar lides.

Se o individualismo, o egoísmo, o apego excessivo aos bens da vida, junto com a arraigada convicção da existência de um direito impedem a autocomposição das lides e se, teratológica, o direito proíbe a autotutela [restrição esta que, como já visto, é relativa], precisa existir outro meio de solucionar os conflitos ou evitá-los, para corresponder à necessidade das partes e ao empenho social na prevenção e composição deles. Existe. O Estado (de *status*, o que está; de *stare*, ergue-se de pé, assim denominado porque se ergue entre seus iguais, pela soberania), outra criação do direito, para atender à vocação gregária do homem, que o leva a organizar-se pela estruturação do grupo, chama a si a tarefa, transformando-a numa das suas funções. Trata-se da *jurisdição*.

O monopólio estatal do exercício da jurisdição através do processo judicial passa a ser imperativo inafastável. A relação entre jurisdição e processo é de tal modo íntima – de absoluta dependência, podemos afirmar –, que justifica a apresentação de breves noções históricas e conceituais sobre aquele instituto.

O exame, ainda que breve, da jurisdição, revela-se fundamental para que possamos solidificar nossas compreensões sobre: o significado de processo – há pouco apresentado como instrumento estatal de resolução de conflitos –; as atribuições do Poder Judiciário – que será analisado à luz do estado de crise no qual se encontra em nosso País –; e, mais adiante, os obstáculos à efetivação do direito fundamental de acesso à justiça no Brasil.

A compreensão da jurisdição, como instância de resolução de conflitos de interesses, é tarefa árdua que pressupõe o entendimento das razões políticas e sociais do seu surgimento, umbilicalmente relacionam ao aparecimento do Estado.¹¹⁵ A propósito, a dificuldade de compreender a jurisdição pode ser medida pela total falta de consenso doutrinário acerca do melhor desenho de sua definição.

Em estudo voltado para a identificação dos principais parâmetros utilizados para definir a função jurisdicional, José de Albuquerque Rocha¹¹⁶ ponderou sobre os seguintes critérios básicos de definição: do objeto sobre o qual incide a atividade jurisdicional; do sujeito que a exerce; da forma de atuação destes sujeitos, bem como do caráter substitutivo que a caracteriza.

¹¹⁴ BERMUDES, Sérgio. **Introdução ao processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 16.

¹¹⁵ ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 19.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 13-16.

Tomando como base o primeiro critério, apoiado no objeto sobre o qual é exercida a atividade jurisdicional, jurisdição seria uma atividade estatal de solução de conflitos. A título de objeção ao referido critério, retomando idéias já lançadas em páginas anteriores, ponderamos que a atividade de resolução de conflitos não é privativa do Estado, eis que também exercida por métodos extra-estatais de resolução de controvérsias como a arbitragem, a mediação e a conciliação. Igualmente não seria uma incumbência privativa da jurisdição, já que também praticada pela administração. Por fim, registra-se que nem toda atividade jurisdicional está voltada para a pacificação de conflitos de interesses, a exemplo do que se observa nas atividades de jurisdição voluntária e constitucional.¹¹⁷

De acordo com o critério do sujeito, a jurisdição se caracteriza por ser uma atividade realizada por membros do Poder Judiciário. À luz deste juízo, seria desprovida de natureza jurisdicional a arbitragem e todos os demais métodos extrajudiciais de acomodação de conflitos. Nos dizeres críticos de José de Albuquerque Rocha¹¹⁸,

A caracterização da atividade jurisdicional como própria dos membros do Poder Judiciário contém uma parcela de verdade, mas, isoladamente, é insuficiente para individualizá-la, já que os magistrados exercitam tarefas não jurisdicionais como, por exemplo, a gestão administrativa do Judiciário, a edição de regimentos internos de natureza legislativa etc.

Já segundo o critério da forma de atuação, consideram-se jurisdicionais as funções estatais desempenhadas por meio do processo – sua forma de exercício. Ao trazer o processo judicial como elemento de singularização da jurisdição, o critério em referência acaba por restringir o conceito de processo ao exercício da função jurisdicional, o que “[...] explica a tendência da doutrina processual a reservar o conceito de *processo*, exclusivamente, à atividade desenvolvida pelos órgãos jurisdicionais”¹¹⁹, como se as demais atividades estatais fossem desenvolvidas através de simples procedimentos, e não por meio do processo, hoje entendido como “[...] um conceito comum não só à jurisdição, mas, igualmente, à legislação e à administração”.¹²⁰

¹¹⁷ OLIVEIRA, José Anselmo de. **Direito à jurisdição**: implicações organizacionais teóricas e políticas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 42.

¹¹⁸ ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 14-15.

¹¹⁹ ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 14-15, p. 14.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 15.

Por fim, o critério substitutivo, que identifica a jurisdição pela presença da substituição da vontade das partes, pela estatal. Segundo José de Albuquerque Rocha¹²¹, a identificação da substituição de atividades não deveria ser considerada marca individualizadora da jurisdição, já que está presente em todas as atividades estatais, ainda que de natureza não jurisdicional. Partindo do pressuposto de que todas as funções exercidas pelo Estado – e não somente as jurisdicionais – seriam originárias da sociedade, o autor toma o critério da substituição como insuficiente e demasiado abrangente para individualizar a jurisdição.

A multiplicidade de critérios balisadores da definição da aludida função justifica a manifestação de divergências bastante conhecidas no meio jurídico, dentre as quais a que envolve a natureza jurisdicional da arbitragem, por nós entendida como equivalente jurisdicional. A condição de equivalência em questão se deve ao fato de também apresentar, como o instrumento estatal de exercício da jurisdição – o processo – função resolutiva de conflitos.

Inaugurada nossa breve apreciação acerca dos entendimentos doutrinários sobre a jurisdição, após reconhecermos as razões da dificuldade em defini-la, passamos à esclarecedora tarefa de delimitação da etimologia do vocábulo.

A etimologia do substantivo *jurisdição* – *jurisdictio*¹²², em latim – já lhe revela o conteúdo. A palavra é formada pela aglutinação de duas outras: *juris*, genitivo singular da 3ª declinação, significado do direito, e *dictio*, normativo singular da mesma declinação, isto é, *dicção*, ou *dição*, ato de dizer; de *dicere*, dizer. Nisto consiste a jurisdição em sua essência: dizer o direito¹²³, no sentido de identificar a norma de direito objetivo preexistente (ou de elaborá-la, se inexistente) e de fazê-la atuar numa determinada situação.¹²⁴

Para que o Estado pudesse atender, com eficiência, a demanda emanada de tantos conflitantes, indispensável seria que estivesse minimamente estruturado, aparelhado ou apto a tomar para si o poder-dever – função de tutela dos conflitos juridicamente

¹²¹ Ibidem, p. 15.

¹²² Nas palavras de Francesco Carnelutti, o vocábulo *jurisdictio* “[...] foi exatamente a manifestação do *imperium* (ou seja, do poder de mandato atribuído ao magistrado superior romano) que consistia em fixar regras jurídicas e que se distinguiu, tanto do poder militar, quanto da *coercitio*; apenas devido a que essa fixação de regras acontecia por meio do processo, o mesmo nome serviu por sua vez para designar o fim e o meio e, por conseguinte, nem tanto a função jurídica, quanto a função processual. Assim explica-se que se tenha acabado por chamar jurisdição a esta última, inclusive quando é execução”. (CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 1, p. 223)

¹²³ No mesmo sentido, Pontes de Miranda destacou que o sentido exato do termo jurisdição, visto que “[...] é o de dizer o direito (*dicere ius*), razão por que se há de exigir o pressuposto conceptual de julgamento, de ‘dizer’ (*dictio*) qual a regra jurídica, o *ius*, que incidiu”. (MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. Tomo I, p. 77)

¹²⁴ BERMUDES, Sérgio. **Introdução ao processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 19.

relevantes, ou seja, o monopólio da jurisdição.

O tratamento da jurisdição como expressão conjugada de um poder, de um dever e de uma função, justifica-se nos seguintes argumentos, sintetizados por Sérgio Bermudes¹²⁵:

A Jurisdição, antes de ser um poder do Estado, é um dever dele. Já que uma das razões da existência do Estado é a promoção da paz social, mediante a aplicação do direito, ele é dotado de poder necessário ao cumprimento do dever, que, renovadamente, assume, quando, ciente da impossibilidade de se solucionarem ao litígios pela autocomposição, e consciente da proibição da autotutela, se incumbe da composição das lides ou da fiscalização de certas atividades não litigiosas, mas de relevância social. A jurisdição, porque consiste num dever e num poder, é uma função [...].

No mesmo sentido, Ada Pellegrini Grinover¹²⁶ et al:

[...] jurisdição é, ao mesmo tempo, poder, função e atividade. Como poder, é a manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função¹²⁷, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete. O poder, a função e a atividade somente transparecem legitimamente através do processo devidamente estruturado (devido processo legal).

Na lição de Max Weber, o poder é concebido como “[...] força ou energia capaz de suscitar a obediência, que é a aceitação da vontade alheia como se sua fosse”.¹²⁸ A jurisdição é, portanto, um poder institucionalizado¹²⁹, à medida que expressa uma aptidão do Estado de impor suas decisões sobre seus jurisdicionados. É também uma função estatal, integrante da trilogia das funções típicas dos poderes legislativo, executivo e judiciário. São elas, respectivamente: criação do direito objetivo mediante a edição de normas gerais e abstratas; administração e gestão da coisa pública, bem como interpretação e aplicação do direito objetivo ao caso concreto, a fim de “[...] impedir a desordem, os excessos (e, pois, injustiças) da justiça de mão própria, e assegurar a realização menos imperfeita possível (em cada momento) das regras jurídicas”¹³⁰. Em linhas gerais, a função jurisdicional representa o encargo que recai sobre o Estado de promover a composição dos conflitos de interesses, por meio do processo, nas situações em que for provocado para tal.

¹²⁵ Ibidem, p. 21.

¹²⁶ CINTRA, Antônio de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 145.

¹²⁷ No mesmo sentido, Rocha conclui: “Portanto, podemos definir a jurisdição como a função de atuação terminal do direito exercida, preponderantemente, pelos órgãos do Poder Judiciário, independentes e imparciais, compondo conflitos de interesses mediante a aplicação da lei através do devido processo legal”. (ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 89)

¹²⁸ Idem. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 11.

¹²⁹ Idem. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 11.

¹³⁰ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, Tomo I, p. 81-82.

A criação do processo e da função pública que justifica sua existência condiciona o exercício da jurisdição a uma postura positiva do Poder Público, incumbido da obrigação de bem prestar aos seus jurisdicionados a tutela jurisdicional: serviço público de fundamental importância para o Estado Democrático de Direito. Eis, em síntese, a razão que fundamenta o terceiro e último dado, que toma a jurisdição como um dever.

Mas de que adianta a garantia formal do acesso à justiça se o ato de bater às portas do Judiciário, de provocação da tutela jurisdicional não for sucedido da justa e efetiva composição dos conflitos confiados ao Estado-juiz? O questionamento ora lançado servirá de base reflexiva para que possamos avançar a segunda parte do presente trabalho.

2 ACESSO À JUSTIÇA

2.1 ACESSO A QUÊ?

Inauguramos a segunda parte de nossos estudos com o comprometimento de melhor compreender as razões que justificam a vagueza e a ambigüidade da expressão acesso à justiça, respectivamente determinadas pela imprecisão do termo e pela diversidade de sentidos dela extraídos.

A superação desta fase preliminar de cognição dos significados de justiça é pressuposto necessário para que possamos avançar análise das acepções do acesso. Deste modo, cumpre-nos questionar: acesso a quê? A pergunta sobre o conceito de acesso à justiça deve nos remeter a um questionamento preliminar sobre o conceito de justiça.

Segundo Luiz Felipe Siegert Schuch, a preocupação com a significação e a consagração da justiça não é recente nas sociedades humanas; “referências sobre Justiça são encontradas na Bíblia Sagrada, nas aulas de Aristóteles na antiga Grécia, nas palavras de Ulpiano, entre os romanos; nos estudos de S. Tomás de Aquino, na Idade Média; e, em uma gama expressiva de trabalhos na atualidade”¹³¹. O tema é, portanto, antigo, mas não envelhece.

A diversidade de abordagens deste ideal fundamental à satisfação das necessidades

¹³¹ SCHUCH, Luiz Felipe Siegert. **Acesso à justiça e autonomia financeira do poder judiciário: a quarta onda?** Curitiba: Juruá, 2006, p. 36.

humanas o faz um “fenômeno multifacetado”¹³². A possibilidade de interpretação da justiça, do ponto de vista de diferentes facetas, nos remete à necessidade de agrupamento dos múltiplos significados em classificação mais simplificada.

A pluralidade de pontos de vista por intermédio dos quais são extraídos diferentes significados para a idéia de justiça, traduzem “[...] uma complexidade de expectativas que tornam difícil sua conceituação”¹³³. As expectativas ou as tendências acerca da justiça, conforme também advertiram Eduardo C. B. Bittar e Guilherme Assis de Almeida, seriam determinadas por teorias de natureza platônica¹³⁴, aristotélica¹³⁵, aquiniana¹³⁶, cristã¹³⁷, agostiniana¹³⁸ e positivista¹³⁹, dentre outras.

De forma geral, dois sentidos podem ser atribuídos ao significante justiça: justiça – instituição e justiça – valor.

[...] o primeiro, atribuindo ao significante justiça o mesmo sentido e conteúdo que o de Poder judiciário, torna sinônimas as expressões acesso à justiça e acesso ao Judiciário; o segundo, partindo de uma visão axiológica da expressão justiça, compreende o acesso a ela como o acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano.¹⁴⁰

A proposta de análise da consagração do acesso à justiça por intermédio de um método alternativo de resolução de conflitos – a mediação – nos remeterá à abordagem do

¹³² BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 173.

¹³³ Ibidem, p. 463.

¹³⁴ A justiça como virtude suprema. (BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 463)

¹³⁵ A justiça como sinônimo de igualdade, equilíbrio ou proporcionalidade. (Ibidem, p. 463)

¹³⁶ A justiça concebida como uma virtude que emerge do seu de conceitos éticos, um meio termo entre extremos opostos, razão geométrica de dar a cada um o que é seu. Deste modo, “a justiça tem a ver com uma atividade da razão prática, de discernir o meu do seu, e o seu do meu. Mais que isso, a justiça não tem a ver com as paixões interiores, que são objeto de outras virtudes; a justiça é fundamentalmente um hábito à medida que pressupõe a exterioridade do comportamento, ou seja, de um comportamento que sabe atribuir a cada um o que é seu.” (Ibidem, p. 221)

¹³⁷ A justiça como obediência à palavra de Deus. (CASTILHO, Ricardo. **Acesso à justiça: tutela coletiva de direitos pelo ministério público. Uma nova visão**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 13)

¹³⁸ “A concepção agostiniana acerca do justo e do injusto floresce exatamente nesta dimensão, ou seja, concebendo uma transcendência que se materializa na dicotomia existente entre o que é da *Cidade de Deus (lex aeterna)* e o que é da *Cidade dos Homens (lex temporalis)*.” A definição do justo e do injusto em Agostinho é, deste modo, debatido à luz de duas perspectivas de justiça: a justiça humana e a justiça divina. Sustentada na lei dos homens, a justiça humana seria a consagração temporal da paz e ordem social. A justiça divina, por sua vez, por se basear na vontade de Deus, seria atemporal, eterna, universal, irretocável, e inspiradora das leis humanas, eis que preexistentes. (BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Op. cit., p. 197, nota 134)

¹³⁹ A justiça identificada como sinônimo de legalidade; a consagração normativa do Direito. (CASTILHO, Ricardo. Op. cit., p. 12-13, nota 135)

¹⁴⁰ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994, p.28-29.

significante “justiça” sob a óptica de seu segundo sentido, manifestamente mais amplo do que o primeiro que torna o vocábulo justiça sinônimo de uma instituição – o Judiciário.¹⁴¹

2.2 JUSTIÇA COEXISTENCIAL

Estabelecida a opção pela abordagem mais ampla do significante justiça, passamos a apresentar a concepção de justiça que balizará nossos estudos. Em realidade, trata-se de uma leitura pouco explorada da justiça, mas que se revela perfeitamente adaptável à abordagem proposta para o presente trabalho. A discussão sobre a abordagem ora apresentada, na leitura de Mauro Cappelletti, “[...] pode ser a resposta mais razoável e mais realística que nós possamos dar aos problemas do nosso tempo, como estudiosos do direito, e exatamente porque, estudiosos não estranhos ao mundo real, mas neste imersos e empenhados”.¹⁴² Falamos aqui da teoria cappellettiana acerca da “justiça conciliatória (ou coexistencial)”¹⁴³, ecoada, com propriedade irretocável, na prática da mediação de conflitos.

Isso é perceptível na lição crítica de André Ramos Tavares¹⁴⁴, pois

[...] é inconcebível, no momento atual, que o Estado apenas considere viável a alternativa da Justiça tradicional, que implica uma modalidade extremamente violenta, porque forçada pelo Estado, de solução de conflitos sociais. Para justificar-se este procedimento, é preciso que o Estado tenha proporcionado às partes a possibilidade de se acertarem ‘por meio de formas participativas e efetivamente harmonizadoras, ou como lhes chama Mauro Cappelletti, coexistenciais’.

A partir das ponderações acima referenciadas, lançamos duas afirmações absolutamente verossímeis ao nosso sentir. A primeira de que as possibilidades de resolução de conflitos

¹⁴¹ Segundo Bruno de Aquino Parreira Xavier, as expressões “justiça-valor” e “justiça-instituição”, representam os dois aspectos da idéia de justiça, acima debatida. Segundo o mesmo, o primeiro aspecto “[...] corresponde ao ideal ético a ser efetivado pelo legislador e concretizado pelos operadores do direito. É, portanto, um *dever ser*. Enquanto o segundo pode ser entendido como o local onde a justiça-valor deve alcançar a sua realização, ou seja, o aparelho judicial do Estado (Organização Judiciária) e, em menor grau, outros organismos estatais e da sociedade civil (associações, instituições religiosas, etc.)”. (XAVIER, Bruno de Aquino Parreira. **Direito alternativo: uma contribuição à teoria do direito em face da ordem injusta**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 21-22)

¹⁴² CAPPELLETTI, Mauro. *Apunti su conciliatore e conciliazione*. In: **Scritti in onore di Egidio Tosato**. Vol. III. Milano: Giuffrè, 1984. p. 518. (Tradução de Hermes Zanetti Junior).

¹⁴³ Idem. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de processo**, São Paulo, ano 19, n. 74. p. 82-97, abr.-jun. 1994, p. 90.

¹⁴⁴ BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. **As tendências do direito público no limiar de um novo milênio**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 186.

não se exaurem nas vias processuais judiciais, de natureza heterocompositiva e de caráter adversarial; enquanto a segunda de que, em determinadas situações conflituosas, a não adversariedade pode ser mais indicada, se depender da natureza do direito objeto de discórdia entre conflitantes, assim como dos interesses, das necessidades e das possibilidades apresentadas pelos mesmos. A propósito das razões que justificam o recurso de métodos participativos e não adversariais de condução de conflitos, retomamos a exposição de André Ramos Tavares¹⁴⁵, o qual pontuou que:

[...] no mundo de hoje, globalizado, o que interessa às pessoas é o correto e rápido dimensionamento de seus problemas, de preferência na mesma velocidade com que se estabelecem as relações sociais, comerciais e funcionais. A par dos problemas a serem solucionados, é imperioso evitar rupturas bruscas, o que ocorre em virtude de as partes que ingressarem num processo terem de armar-se como se fossem à guerra. As pessoas, hoje, têm de dar continuidade às vidas, muitas vezes relacionando-se inclusive com a parte adversa.

Além do interesse pela reparação de conflitos manifestados, comum à quase totalidade de indivíduos envolvidos em situações conflituosas, pessoas inter-relacionadas por vínculos afetivos, comerciais ou de emprego – as “relações estáveis e contínuas”¹⁴⁶, por nós denominadas continuadas – tendem ou, ao menos, deveriam se preocupar em solucionar o problema que as aflige, assim como evitar rupturas bruscas e o surgimento de embates futuros que prejudiquem a continuidade da relação.

Para estas situações, a consagração da verdadeira justiça, ou seja, da medida do suficiente para que os conflitantes possam pacificar seus conflitos da forma pretendida, não parte de um ato de imposição decisória que provenha à identificação de vencedores e perdedores, culpados ou inocentes, responsáveis e vítimas do quadro conflituoso instaurado.

A prática recomendada, para estes casos, não seria a adversariedade, mas sim o exercício do consenso, da não adversariedade, da preservação da relação, da justiça coexistencial, “[...] capaz de produzir resultados que, longe de serem de ‘segunda classe’, são melhores, até *qualitativamente*, do que os resultados do processo contencioso”¹⁴⁷. O paralelo entre

¹⁴⁵ Ibidem, p. 186-187.

¹⁴⁶ CAPPELLETTI, Mauro. Acceso alla giustizia: conclusione di un progetto internazionale di ricerca giuridico-sociologica. In: **Boletín mexicano de derecho comparado**, México, n. 41, p. 770, may-ago. 1981. (tradução de Héctor Fix-Zamudio).

¹⁴⁷ Idem. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de processo**, São Paulo, ano 19, n. 74, p. 82-97, abr.-jun. 1994, p. 90.

as formas adversariais e as coexistenciais de justiça foi traçado por Mauro Cappelletti¹⁴⁸, nos termos seguintes:

A decisão judicial emitida em ‘sede contenciosa’ se presta perfeitamente para resolver – ‘definir’- relações isoladas e meramente interindividuais: esta remete a um episódio do passado que não é destinado a perdurar. A justiça mediativa e co-existencial, ao contrário, é voltada não para *trancher*, para dividir e definir, mas muito mais para ‘remendar’ (alhores falei neste ponto de uma *mending justice*): remendar uma situação de ruptura ou de tensão em vista da preservação de um valor mais durável, a pacífica convivência de sujeitos que fazem parte de um grupo ou de uma relação complexa, a qual dificilmente podem subtrair-se.

Nesse sentido, “formas conciliativas¹⁴⁹, não contenciosas, e se se quer ‘co-existenciais de justiça’¹⁵⁰ como a conciliação, a mediação ou a negociação revelam-se fundamentalmente adequadas e importantes, na medida em que tornam possível a obtenção da resolução pacífica de conflitos, mediante a satisfação de interesses aparentemente antagônicos. A esta hipótese corresponde o que Francesco Carnelutti¹⁵¹ denominou “solução moral do conflito”, estruturada por indivíduos que se encontram em estado de estar com o outro e não de superá-lo, suprimindo a sua existência e as pretensões.

A consagração da justiça, na perspectiva coexistencial, pressupõe algo que antecede o consenso, justamente revelar-se seu pressuposto fundamental: o diálogo. Do mesmo modo que não há consenso sem diálogo, explica Paulo Freire¹⁵², não há diálogo sem que, para tanto, os seres dialógicos carreguem consigo três virtudes essenciais: amor ao mundo e aos homens, fé nos homens e humildade.

¹⁴⁸ Para conferir credibilidade, segue texto original: “La decisione giudiziaria resa ‘in sede contenziosa’ si presta perfettamenteamente a risolvere – ‘definire’ – rapporti isolati e meramente interindividuali: essa si rivolge ad un episodio del passato che non è destinato a perdurare. La giustizia mediativa e coesistenziale, al contrario, è intensa non a *trancher*, a dividere e definire, ma piuttosto a ‘rammendare’ (altrove ho parlato appunto di una *mending justice* (22)): remmaendare una situazione di rottura o di tensione in vista della preservazione di un valore più durevole, la pacifica convivenza di soggetti che fanno parte di un gruppo o di una relazione complessa, a cui essi difficilmente portobbero sottrarsi”. (Idem. Apunti su conciliatore e conciliazione. In: **Scritti in onore di Egidio Tosato**. Vol. III. Milano: Giuffrè, 1984, p. 510. Tradução de Hermes Zanetti Junior)

¹⁴⁹ Expressão também utilizada por Ada Pellegrini Grinover (GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo**: revolução na prestação jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2007. p. 02)

¹⁵⁰ Para conferir credibilidade, segue texto original: “[...] forme conciliative, non contenziose, e se si vuole ‘coesistenziali’, di justizia”. (CAPPELLETTI, Mauro. Acceso alla giustizia: conclusione di un progetto internazionale di ricerca giuridico-sociologica. In: **Boletín mexicano de derecho comparado**, México, n. 41, p. 506, may-ago. 1981. Tradução de Héctor Fix-Zamudio).

¹⁵¹ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 1, p. 63.

¹⁵² FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 42. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005, p. 91-96.

Diz-se que não há diálogo sem amor, pois “se não amo o mundo, se não amo a vida, se não amo os homens, não me é possível o diálogo”.¹⁵³ Não há diálogo sem fé nos homens; “[...] no seu poder de fazer e refazer, de criar e recriar. Fé na sua vocação de *ser mais*, que não é privilégio de alguns eleitos, mas direitos dos homens”.¹⁵⁴

Por tudo isso “o homem dialógico tem fé nos homens antes mesmo de encontrar-se frente a frente com eles”.¹⁵⁵ Por fim, não há diálogo sem humildade, pois “a *pronúncia* do mundo não, com que os homens o recriam permanentemente, não pode ser um ato arrogante”.¹⁵⁶

A humildade, destacada pelo autor como elemento integrante da mencionada tríade condicionante do diálogo, é, para nós, o fator de maior importância no contexto da construção de soluções coexistenciais para conflitos. Contrariando sua importância, revela-se cada vez maior a sua escassez. Talvez aí, vale dizer, na escassez da humildade, resida a razão da falta de diálogo entre os homens. Falta de diálogo que desencadeia uma tendência de falta de amor, de fé e, portanto, de consenso.

A importância do fator humildade, para a discussão da temática objeto de nossos estudos, é tamanha que, por razões que ora melhor se esclarecem e justificam, foi objeto da epígrafe do presente trabalho, dizeres questionadores estes que ora reproduzimos com maior alcance e sentido:

O diálogo, como encontro dos homens para a tarefa comum de saber agir, se rompe, se seus pólos (ou um deles) perdem a humildade.

Como posso dialogar, se alieno a ignorância, isto é, se a vejo sempre no outro, nunca em mim?

Como posso dialogar, se me admito como um homem diferente, virtuoso por herança, diante dos outros, meros ‘isto’, enquanto quem não reconheço *outros eu*?

Como posso dialogar, se me sinto participante de um gueto de homens puros, donos da verdade e do saber [como tradicionalmente são vistos os agentes estatais incumbidos do exercício da jurisdição, destacados como protagonistas de um processo decisório no qual os jurisdicionados participam, apenas formalmente, por meio do contraditório], para quem todos os que estão fora são ‘essa gente’, ou são ‘nativos inferiores’?

Como posso dialogar, se parto de que a *pronúncia* do mundo é tarefa de homens seletos [e aqui, mais uma vez, fazemos menção à emblemática figura do magistrado encarregado de dizer o direito no caso concreto, em cumprimento ao escopo jurídico da jurisdição] e que a presença das massas na

¹⁵³ Ibidem, p. 92.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 93.

¹⁵⁵ Ibidem, p. 93.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 92.

história é sinal de sua deterioração que devo evitar?
 Como posso dialogar, se me fecho à contribuição dos outros, que jamais reconheço, e até me sinto ofendido com ela?
 Como posso dialogar se temo a superação e se, só em pensar nela, sofro e definho?
 A auto-suficiência é incompatível com o diálogo.¹⁵⁷

As três condicionantes do diálogo, somadas, revelam-se fatores de confiança: algo raro na atualidade.¹⁵⁸ Ao considerarmos que sem confiança não há consenso, ressaltamos a basilar importância dessas virtudes fundantes do diálogo, para a pacificação coexistencial de conflitos.

Mas em tempos de propagada crise de administração da justiça, a relevância das vias coexistentiais para a atualidade, não se sustenta, tão-somente, no inegável escopo social de pacificação de conflitos. Além do fundamento social, conforme será melhor demonstrado na seqüência do presente capítulo, tende a ganhar realce outros dois fundamentos, identificados por Ada Pellegrini Grinover.¹⁵⁹ O primeiro, de natureza política, consiste na maior participação popular na administração da justiça, ao passo que o segundo, de cunho funcional, manifesta-se na conjugação de três propósitos, quais sejam: a busca da racionalização da tarefa de administração ou da distribuição da justiça; a conseqüente desobstrução de tribunais sobrecarregados com demandas passíveis de resolução autocompositiva; bem como a recuperação de conflitos latentes, que permaneciam sem solução por motivos econômicos ou mesmo em razão da inadequação da técnica processual.

2.3 ANÁLISE DO ACESSO À JUSTIÇA SOB DOIS ENFOQUES: FORMAL E MATERIAL

A multiplicidade de teorias e concepções sobre o conceito de justiça justificou a apresentação de um critério de classificação que resumisse, em duas categorias, os sentidos extraídos deste vocábulo. Chegamos, assim, à identificação dos significados: justiça-instituição e justiça-valor.

¹⁵⁷ FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 42. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005, p. 93.

¹⁵⁸ Estabelecendo a relação entre diálogo e confiança, Paulo Freire esclareceu que, “Ao fundar-se no amor, na humildade, na fé nos homens, o diálogo se faz uma relação horizontal, em que a *confiança* de um pólo no outro é consequentemente óbvia. Seria uma contradição se, amoroso, humilde e cheio de fé, o diálogo não provocasse este clima de confiança entre seus sujeitos.” (Ibidem, p. 94)

¹⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 1-5.

A adoção deste critério de classificação nos permite analisar o acesso à justiça sob dois prismas: o acesso à justiça material e o acesso à justiça formal. Para fins de compreensão da categorização em referência, recorreremos aos esclarecimentos de Luiz Felipe Siegert Schuch, que assim explicou os dois enfoques:

No primeiro caso (Acesso à Justiça material), este se constitui no verdadeiro fim almejado pelo Direito, ou seja, consubstancia-se no alcance por parte de alguém à verdadeira solução de um conflito social intersubjetivo, com equilíbrio, com igualdade (Justiça-valor). No segundo aspecto (Acesso à Justiça formal), o que se deve considerar é a possibilidade efetiva de uma pessoa conseguir reivindicar um direito violado perante o Estado, através da estrutura estatal competente para dirimir as controvérsias que, naturalmente, brotam da vida em comunidade (Justiça-instituição).¹⁶⁰

O acesso formal à justiça se traduz, pois, no direito de acesso às vias judiciárias de composição de controvérsias. À luz desta perspectiva, a pacificação de conflitos é pretensão que se satisfaz mediante a necessária intervenção exclusiva do Estado, por intermédio do processo judicial – o instrumento a exercício da jurisdição.

O caráter restrito da concepção formal de acesso, limitado, com exclusividade, às vias judiciais, acaba por desconsiderar a real possibilidade de se fazer justiça por meios alternativos ao processo. Arbitragem, mediação e conciliação, dentre tantos outros, figurariam, sob este aspecto, como instrumentos de realização de meia-justiça ou de justiça alguma.

Tal pensamento restritivo suscita, em nós, o seguinte questionamento: seria o acesso à justiça um ato praticado, ou direito exercido, mediante o exclusivo percurso de vias judiciais? A resposta a esta indagação, conforme mencionado, remete-nos à necessidade de ampliação da abordagem do significado de justiça e do acesso à mesma, tradicionalmente atrelados à perspectiva formal do direito fundamental de acesso à justiça-instituição. A ampliação dos aludidos conceitos, cumpre-nos frisar, é compromisso essencial de nossos estudos, sem o qual não se fará possível a compreensão da mediação como via de facilitação do acesso à justiça no Brasil.

A realidade nos mostra que o ingresso em juízo e a participação no processo não são pressupostos indispensáveis, em todas as circunstâncias, para a efetivação do acesso à

¹⁶⁰ SCHUCH, Luiz Felipe Siegert. **Acesso à justiça e autonomia financeira do poder judiciário: a quarta onda?** Curitiba: Juruá, 2006, p. 54.

resolução equilibrada e igualitária dos conflitos intersubjetivos de interesses, ou seja, para a consagração da justiça. Conforme assegurou Horácio Wanderlei Rodrigues¹⁶¹, o acesso à justiça não se limita ou se esgota no judiciário ou no direito estatal.

A garantia formal de acesso à justiça-instituição, fundamental em um Estado Democrático de Direito, vale ressaltar, não justifica a limitação das possibilidades de exercício do direito fundamental em comento às tradicionais vias judiciais, ou seja: ao processo. Mas a relevância fundamental do acesso aos Tribunais ainda assim deve ser reconhecida. No mesmo sentido, Boaventura de Sousa Santos avaliou:

[...] as sociedades assentaram no primado do Direito, de que não funcionam eficazmente sem um sistema judicial eficiente, eficaz, justo e independente. E, conseqüentemente, que é preciso fazer grandes investimentos para que isso ocorra, seja na dignificação das profissões jurídicas e judiciárias, na criação de modelos organizativos que tornem o sistema judiciário mais eficiente, nas reformas processuais ou na formação de magistrados e funcionários.¹⁶²

Reconhecemos a relevância do sistema judicial de pacificação de conflitos, mas não podemos deixar de defender a possibilidade de pacificação de conflitos de interesses por intermédio de instrumentos igualmente lícitos, muito embora alternativos ao processo judicial. Tal pretensão encontra-se sustentada no segundo enfoque do acesso à justiça: o acesso à justiça material.

A partir do exercício interpretativo da justiça em sua acepção mais ampla, traçaremos as bases de sustentação de uma teoria que legitima a mediação como instrumento autêntico de efetivação do acesso à justa composição de conflitos.

2.4 ACEPÇÕES DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA

Atribuímos a pluralidade de acepções do acesso à justiça a dois fatores fundamentais, que serão brevemente comentados, para que possamos avançar na apresentação do acesso à justiça como direito fundamental passível de consagração por meios alternativos ao

¹⁶¹ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994, p.28-29.

¹⁶² SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007, p. 15.

processo judicial.

O primeiro fator, já ressaltado por nós, seria a multiplicidade de significados de justiça, ou seja, sua vagueza, que lhe confere a possibilidade de agasalhar diferentes perspectivas. Concepções amplas de justiça nos direcionam a leituras igualmente amplas de acesso – o acesso à justiça em seu sentido material. Concepções restritas, por sua vez, justificam a limitação do acesso aos Tribunais – o acesso à justiça em seu sentido formal.

O segundo fator, intimamente relacionado ao primeiro, estaria na multiplicidade de ângulos de visão que permitem a interpretação do seu significado sob diversos prismas ou pontos de vista. A forma por meio da qual o acesso à justiça é interpretado é sobremaneira relevante, na medida em que, dependendo da leitura que se fizer, diferentes significados podem ser extraídos.

O acesso à justiça poderá, portanto, ser interpretado de diversas formas, por diversos ângulos. Dependendo da posição na qual se apresente o intérprete, facetas diferentes de um mesmo significante serão vistas, não lhe sendo possível examiná-las todas de uma só vez, sob pena de impossibilitar a compreensão de todas as suas faces. Nesse sentido, Francisco das Chagas Lima Filho assim se manifestou sobre o assunto:

O acesso à justiça pode ser analisado em diversos aspectos e sob várias perspectivas. Terá, pois, tantas e variadas conotações, conforme venha a ser feito por um leigo, um jurista dogmático, um sociólogo, um filósofo ou um político. [...] Tudo depende do ângulo de visão e do grau de acesso que tiver o observador.¹⁶³

Na seqüência, destacaremos duas perspectivas que, em parte, explicam a cultura nacional do litígio que será objeto de nossos estudos no capítulo de encerramento deste trabalho. São elas: a perspectiva leiga – daqueles que integram as relações conflituosas; e a perspectiva técnico-jurista – daqueles que tecnicamente se envolvem na condução destas mesmas relações conflituosas.

Acerca da perspectiva leiga, a justiça não é da ordem do conceituável, mas do experimentável. Para os leigos, o acesso à justiça representa a “[...] simples oportunidade

¹⁶³ LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Acesso à justiça e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 150.

de estar em Juízo”¹⁶⁴, que se torna mais dificultada ou impossibilitada ao segmento economicamente mais desfavorecido da sociedade. Desprovidos de condições financeiras para transpor os obstáculos econômicos à efetivação deste direito fundamental, tais cidadãos são vitimados por dificuldades que se iniciam desde o acesso formal ao Judiciário.

À luz da perspectiva técnico-jurídica,

[...] o termo ‘acesso à justiça’ abarca um conteúdo que parte da simples compreensão do ingresso do cidadão em juízo, passando por aquela que vê o processo como um instrumento para a realização dos direitos individuais, e, finalmente, aquela mais ampla que se encontra relacionada a uma das funções do próprio Estado a quem é acometida a missão não apenas de garantir a eficiência do ordenamento jurídico, mas, também, a de proporcionar a realização da justiça aos cidadãos.¹⁶⁵

Inegavelmente, assim como para os leigos, a leitura técnico-jurídica do acesso também se revela apegada à perspectiva formal, em que pese o reconhecimento de um segmento que amplia o significado do acesso para além da simples admissão em Juízo, na medida em que reconhecem, como necessária, a efetividade deste direito após o ingresso. Nesse sentido, Francisco das Chagas Lima Filho aduziu que

[...] não é apenas a visão leiga que vê o processo como única via de solução de conflitos e, portanto, de acesso à justiça. Parte da doutrina processualista ainda tem uma preocupação muito forte com as normas processuais ou procedimentais como forma quase que única, de garantir o acesso à justiça, sem se dar conta do fato de que o processo é apenas um dos meios de que o direito pode lançar mão em sua função de resolver os conflitos com a pacificação social.¹⁶⁶

O fato é que, tradicionalmente, revela-se raro o reconhecimento da possibilidade de exercício do acesso à justiça por métodos alternativos ao processo judicial, seja por parte da população leiga ou técnico-jurídica. As ponderações sobre a multiplicidade de perspectivas do acesso à justiça são fundamentais para que possamos compreender não só a coexistência entre as acepções, mas acima de tudo a amplitude de nossa interpretação sobre esse direito fundamental.

¹⁶⁴ Ibidem, p. 151.

¹⁶⁵ LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Acesso à justiça e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 153.

¹⁶⁶ Ibidem, p. 152.

2.4.1 Inafastabilidade do controle jurisdicional: acepção formal do acesso à justiça

A previsão da inafastabilidade do controle jurisdicional, consagradora do direito de acesso formal aos órgãos jurisdicionais, está expressamente inserida no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, que dispõe: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”.

Leituras frias e superficiais do dispositivo constitucional em referência, tradicionalmente, tendem a tomá-lo como cláusula garantidora da gratuidade das custas processuais e honorários advocatícios, ou mesmo do direito do cidadão de provocar – por meio do exercício do direito de ação e de defesa – a tutela jurisdicional de conflitos juridicamente relevantes.

De fato, a gratuidade das custas processuais e dos honorários advocatícios é pressuposto indispensável para a efetivação do acesso ao Judiciário pelos jurisdicionados considerados pobres nos termos da lei¹⁶⁷. A efetividade do acesso ao Judiciário por aqueles que buscam a apreciação estatal de lesões ou de ameaças a direitos também não subsiste sem a garantia do exercício de direitos como o de ação e defesa.

Todavia, conforme ponderou Sidnei Agostinho Beneti, “[...] se acesso à Justiça significasse apenas facilidade de ajuizamento de ações e oferecimento de defesa, nisso o Brasil não estaria mal”¹⁶⁸, razão pela qual, no momento em que nos propomos a compreender o significado do acesso à justiça, é inevitável pressupor que, de nada adianta a garantia da tutela jurisdicional, se o tratamento dispensado ao conflito manifestado for insuficiente para proporcionar aos conflitantes a pacificação pretendida. A propósito, a consagração da justiça pelos Tribunais, como bem frisou Cândido Rangel Dinamarco, significa muito mais do que ter a oportunidade de bater às portas do Judiciário,

[...] significa ser admitido em juízo, poder participar, contar com a participação adequada do juiz e, ao fim, receber um provimento jurisdicional consentâneo com os valores da sociedade. Tais são os contornos do processo justo, ou processo equivo, que é composto pela efetividade de um número de garantias de

¹⁶⁷ BRASIL. Lei n. 1.060, de 05 de fevereiro de 1950. **Vade Mecum Saraiva**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

¹⁶⁸ BENETI, Sidnei Agostinho *apud* TAVARES, André Ramos. O acesso à justiça como princípio constitucional no direito brasileiro e suas consequências. **Revista Ibero-Americana de Direito Público**, Rio de Janeiro, ano 04, n. 11. p. 23-41, 3º trim., 2003.

meios e de resultados.¹⁶⁹

Por essas razões, Kazuo Watanabe considerou mais apropriada a utilização da expressão “acesso à ordem jurídica justa”¹⁷⁰, definida por Luciana Camponez Pereira Moralles como “[...] acesso a uma ordem de valores e direitos selecionados pela sociedade que permitam a realização do ideal justiça social, oportunidades equilibradas aos litigantes, participação democrática e tutela jurisdicional efetiva”¹⁷¹. Nessa visão,

[...] o acesso à justiça deve ser compreendido no sentido de toda atividade jurídica passando pela criação de normas, sua interpretação, integração e aplicação, com justiça, isto é, o acesso deve ser compreendido num sentido abrangente que vai desde a criação das normas até sua correta e justa aplicação.¹⁷²

Fundamental, portanto, em se tratando de acesso à justiça pela via judicial de condução de conflitos, que o exercício da tutela de lesões e ameaças a direitos seja acompanhado do comprometimento estatal de oferecimento, aos seus jurisdicionados, de condições mínimas necessárias para que o debatido acesso seja efetivado de forma plena e irrestrita, ou seja, para que não se esgote na apreciação jurisdicional e, por conseqüência, na aplicação do direito ao caso concreto em exame.

A crítica à interpretação superficial do conteúdo do dispositivo constitucional em tela, quando tomado sob o seu aspecto meramente formal – o ingresso no sistema judicial –, fundamenta-se no seguinte fato: a participação dos litigantes no processo judicial somente se justifica na garantia da efetividade da tutela de direitos e interesses violados ou ameaçados de violação, por nós considerada a principal razão da previsão magna. No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni¹⁷³ reconhece a relevância fundamental do acesso à justiça, como previsão asseguradora de todos os demais direitos, e pondera não ser aceitável que uma Constituição viesse a proclamá-la, apenas como a reserva do direito a uma mera resposta formal do Estado, direito este que, como bem frisou, não seria suficiente para garantir os demais.

¹⁶⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 115.

¹⁷⁰ WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128.

¹⁷¹ MORALLES, Luciana Camponez Pereira. **Acesso à justiça e princípio da igualdade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p. 52-53.

¹⁷² LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Acesso à justiça e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 157.

¹⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 151.

2.4.2 O acesso à justiça como direito humano e fundamental

Superada a fase de delimitação dos significados do vocábulo justiça, concluímos que a restrição da amplitude do significante justiça à categoria de sinônimo de Judiciário acarretaria a limitação do acesso à justiça ao plano de uma garantia meramente formal de ingresso no sistema judicial de administração de conflitos.

No presente momento, para que possamos melhor compreender as acepções humana e fundamental do acesso à justiça, cumpre-nos resgatar a reflexão que encerrou o capítulo primeiro de nossos estudos. Naquela oportunidade, no intuito de estabelecer uma interlocução reflexiva entre o capítulo que se encerrava e este que ora se iniciava, questionamos o seguinte: de que adiantaria a garantia formal do acesso à justiça se o ato de bater às portas do Judiciário, de provocar a tutela jurisdicional não for sucedido da justa e da efetiva composição dos conflitos confiados ao Estado-juiz?

Em resposta ao questionamento em referência, argumentaremos que a previsão constitucional, do inciso XXXV do artigo 5º, torna-se absolutamente ineficaz se, na seqüência do ato de provocação da tutela jurisdicional, ou de oferecimento de defesa em Juízo, o Estado não proporcionar aos litigantes, uma tutela adequada, efetiva e tempestiva. Deste modo, “[...] de nada adianta um Poder Judiciário que não seja capaz de conferir eficácia aos direitos fundamentais e, vice-versa, de nada adianta um elenco de direitos fundamentais se o Poder Judiciário não é capaz de garanti-los, de implementá-los.”¹⁷⁴ A efetividade da prestação jurisdicional é, portanto, um sinal de “civilização jurídica”¹⁷⁵ a ser assegurado pelo Estado.

A denegação da justiça pelos tribunais é despropositada na medida em que implica a desconsideração da relevância universal fundamental do conteúdo do dispositivo constitucional em análise. Reconhecido como direito humano básico, o mais básico dos direitos humanos, segundo Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹⁷⁶, o direito de acesso à tutela judicial de direitos e interesses é também proclamado pela Declaração Universal

¹⁷⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 101.

¹⁷⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 257.

¹⁷⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 12.

dos Direitos Humanos, que estabelece: “Art. 8º. Todo homem tem direito de receber dos Tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei”.

Muito mais do que uma garantia formal de acesso ao Judiciário, o acesso à justiça é um direito humano fundamental, uma exigência que se justifica como fundamental a todo e qualquer sistema jurídico compromissado com a efetividade, a adequação e a tempestividade, e não com a simples proclamação da tutela de direitos e de interesses sustentados por indivíduos em situação de conflito.

A propósito da efetividade do acesso à justiça na perspectiva dos direitos humanos, recorremos à lição de Norberto Bobbio que, sinteticamente, sem perder a peculiar propriedade de seus dizeres, afirmou, em tom de protesto, que “o problema fundamental dos direitos do homem, hoje, não é tanto de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*”.¹⁷⁷ E se a justificação revela-se desnecessária, imperiosa se faz a atuação protetiva-ativa dos Estados, conforme veremos a seguir.

Nas palavras de Leonardo Greco¹⁷⁸, “o acesso à justiça, como direito fundamental, corresponde ao direito que cada cidadão tem individualmente [ou coletivamente, devemos acrescentar] ao exercício da função jurisdicional sobre determinada pretensão de direito material, sobre o mérito do seu pedido”.

A disposição constitucional, em tela, representa a materialização do direito fundamental à tutela jurisdicional, um direito a algo. Tal expressão foi utilizada por Robert Alexy¹⁷⁹ como correspondente a direito de pretensão frente ao Estado a uma prestação positiva – por exemplo, satisfação de um interesse ou adjudicação de um bem –, em contraposição aos direitos e às ações negativas do Estado, os chamados de direitos de defesa, que exigem deste sujeito uma determinada conduta passiva, vista sob a perspectiva de abstenção.

Ocorre que, historicamente, a perspectiva do acesso à justiça nem sempre foi esta. Ao

¹⁷⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 42.

¹⁷⁸ GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. **Revista Jurídica**, São Paulo, n. 305, p. 61-99, mar. 2003, p. 64.

¹⁷⁹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 186.

revés, acompanhada por mudanças de perfil do Estado, sofreu modificações sensíveis, comentadas por Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, no trecho seguinte:

No período de hegemonia do liberalismo clássico exigia-se do Estado, sobretudo, uma atitude passiva, de não intervenção nas relações sociais. [...] Neste quadro, bastava ao Estado, no campo da aparência, prever genericamente o direito dos indivíduos acionarem o Poder Judiciário, sem se preocupar se, na realidade, todos tinham a efetiva possibilidade de fazê-lo. Entretanto, com a crescente complexidade social a esfera de atribuições do Estado foi aumentada, notando-se que a sociedade passou a exigir do Estado não apenas uma posição positiva – ou seja, de abstenção de intervenção na esfera privada –, mas também a de prestador de políticas públicas.¹⁸⁰

Hoje, observa-se que o direito subjetivo público¹⁸¹ à tutela jurisdicional estará sempre condicionado ao cumprimento de uma conduta positiva do Poder Público, incumbido da obrigação de bem prestar aos seus jurisdicionados a tutela jurisdicional: serviço público de fundamental importância para o Estado Democrático de Direito. A propósito, José Mário Wanderley Gomes Neto asseverou que, “como serviço de natureza pública, é direito dos consumidores (jurisdicionados) que [ele] lhes seja prestado de modo eficiente, rápido e efetivo (numa clara dimensão teleológica de origem valorativa)”.¹⁸²

A título de justificação e de complementação de sua construção argumentativa acerca do acesso à justiça como direito subjetivo público em face do Estado, José Mário Wanderley Gomes Neto reportou-se à lição de Mauro Cappelletti, que transcrevemos a seguir.

É precisamente esta nova perspectiva que melhor se adapta, obviamente, à sociedade democrática livre, aberta, a qual deve pretender que os seus *official processors* cumpram sua função não com uma visão ‘ptolomaica’ do direito e do Estado, mas tendo em vista o bem-estar dos consumidores: é como dizer que o direito e o Estado devem ser vistos por aquilo que são – simples instrumentos a serviço dos cidadãos e de suas necessidades e não o contrário.¹⁸³

Muito mais do que uma manifestação de exercício de um poder estatal, a tutela jurisdicional é dever do Estado, uma vez que dela depende a realização concreta dos demais direitos. A respeito da consolidação deste dever funcional, Jorge Miranda também

¹⁸⁰ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Acesso do consumidor à justiça e a advocacia pública. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 30, p. 49-65, abr-jun. 1999,

¹⁸¹ Nas palavras de Jorge Miranda, “*Direitos subjectivos públicos* significam direitos subjectivos atribuídos por normas de Direito público, em contraposição aos direitos subjectivos atribuídos por normas de Direito privado”. (MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 57).

¹⁸² GOMES NETO, José Mário Wanderley. **O acesso à justiça em Mauro Cappelletti**: análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 57.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 58.

reconheceu o direito de acesso formal à justiça como direito fundamental a uma proteção jurisdicional adequada, pois,

Se a *determinação dos caminhos judiciais* for de tal modo confusa (ex.: através de reenvios sucessivos de competências) que o particular se sinta tão desprotegido como se não houvesse via judiciária nenhuma, haverá violação do princípio do Estado de direito e do direito fundamental de acesso ao direito e à via judiciária. A imposição de clareza na concretização legal do direito de acesso aos tribunais não significa a necessidade da adoção da forma processual mais simples nem desvincula o particular de seu dever de informação quanto às possibilidades de acesso à via jurisdicional. Pressupõe, porém, que a determinação da via judiciária adequada não se traduza, na prática, num *jogo formal* sistematicamente reconduzível à existência de formalidades e pressupostos processuais cuja ‘desatenção’ pelos particulares implica a ‘perda automática das causas’.¹⁸⁴

Sendo um dever do Estado e direito de todos os seus jurisdicionados, a apreciação judicial dos conflitos deve ser proporcionada de forma efetiva, sob pena de desvirtuação das razões que fundamentam a prestação deste serviço cuja efetivação é um direito fundamental de prestação. Nesse sentido, Javier Pérez Royo ponderou que “o direito à tutela judicial efetiva não é, portanto, um direito de liberdade, mas um direito de prestação, que exige que o Estado crie os instrumentos para que o direito possa ser exercido e a administração da justiça prestada. Trata-se, em consequência, de um direito fundamental [...]”.¹⁸⁵

O reconhecimento do caráter prestacional do direito fundamental de acesso à justiça, como ponderou ao autor supra referenciado, torna imperiosa a criação de instrumentos direcionados à sua efetivação, à proporção que este mesmo Estado, que abraçou a necessidade de prestar, não mais consegue equacionar a demanda social por justiça. Para fins de compreensão dos eventos que justificam a necessidade universal em tela, traçaremos, na seqüência, noções contextuais sobre o movimento universal de acesso à justiça, desenvolvido sob a regência de Mauro Cappelletti, a partir da década de 1965.

¹⁸⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 465.

¹⁸⁵ Para conferir credibilidade, “El derecho a la tutela judicial efectiva no es, por lo demás, un derecho de libertad, sino un derecho de prestación, que exige que el Estado cree los instrumentos para que el derecho pueda ser ejercido y la administración de justicia prestada. Se trata, en consecuencia, de un derecho fundamental, es decir, constitucional, pero de configuración legal”. (PÉREZ, Javier Royo. **Curso de derecho constitucional**. 9. ed. Madri: Marcial Pons, 2003. p. 493. Tradução nossa)

2.5 MOVIMENTO UNIVERSAL DE ACESSO À JUSTIÇA

O tema do acesso à justiça hoje figura dentre os principais objetos de estudos de juristas, mas também de sociólogos, filósofos, antropólogos e cientistas políticos. Seu estudo ganhou repercussão mundial com o desenvolvimento de um projeto de pesquisa sobre a temática em nível internacional, desenvolvido no Centro de Estudos de Direito Processual Comparado da cidade italiana de Florença, sob a direção de Mauro Cappelletti: professor do Instituto Universitário Europeu e da *Università degli Studi di Firenze*.

Concluído no ano de 1979, o projeto florentino foi financiado pela *Ford Fundadion*, o *Consiglio Nazionale delle Recerche* e o *Centro Fiorentino do Stuti Giudiziari Comparati*. Dele participaram mais de cem estudiosos, representantes de trinta países. Além dos juristas, integraram a pesquisa interdisciplinar: sociólogos, antropólogos, políticos e psicólogos.¹⁸⁶ Trata-se da mais ampla pesquisa internacional de investigação sobre o acesso à justiça já realizada, uma experiência a qual Mauro Cappelletti¹⁸⁷ reconheceu ter dedicado cinco dos mais intensos anos de sua vida profissional, cujo reconhecimento hoje se revela inegável.

Compromissado com o desenvolvimento de uma visão fiel da complexidade das sociedades humanas, do caráter dinâmico que as caracterizam – a dinâmica ressaltada no capítulo anterior, quando da exposição do pensamento de Alaôr Caffé Alves¹⁸⁸ acerca das constantes modificações em suas relações estruturais –, assim como dos entraves à necessária efetivação do acesso à justiça, este movimento de escala global foi estruturado no intuito maior de identificar as principais causas e efeitos dos obstáculos que tornam inacessíveis a tantos, o exercício deste direito prestacional. A tomada de ações práticas, voltadas para a amenização dos entraves, também integrou a carta de objetivos da pesquisa.

O caráter revolucionário do movimento está em sua desafiadora proposta de rompimento com as tradições estritamente racionalistas do sistema jurídico-processual, de enfoque

¹⁸⁶ CAPPELLETTI, Mauro. Acceso alla giustizia: conclusione di un progetto internazionale di ricerca giuridico-sociologica. In: **Boletín mexicano de derecho comparado**, México, n. 41, p. 761, may-ago. 1981. (Tradução de Héctor Fix-Zamudio).

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 761.

¹⁸⁸ ALVES, Alaôr Caffé. As raízes sociais da filosofia do direito. In: ALVES, Alaôr Caffé; LAFER, Celso; GRAU, Eros Roberto at al (Org.). **O que é a filosofia do direito?** Barueri: Manole, 2004, p. 77-106.

formalístico. Esta proposição recebeu, em Mauro Cappelletti, a denominação de “novo enfoque da ciência jurídica”¹⁸⁹, que implicou uma

[...] crucial troca de postura em relação aos operadores do sistema jurídico, em especial os magistrados, alcançando o valor efetividade da prestação jurisdicional ao patamar de relevância suficiente a integrar rol dos critérios a serem observados quando da atividade de resolução dos conflitos de interesse. [...] Através dessa metodologia, o processo não é mais encarado como um fim em si mesmo, como sua expressão predominante de ato de império, pelo qual o Estado faz cumprir as suas normas, reestruturando a ‘ordem’ na esfera social.
190

A proposta metodológica do movimento provocou “[...] alterações no paradigma da ciência processual no momento em que põe em posição privilegiada a satisfação dos consumidores da tutela jurisdicional”¹⁹¹. Rompeu, deste modo, com o tradicional racionalismo – expressão do modelo científico cartesiano –, caracterizado pela pureza do objeto, a sistematização de modelos de organização, o cepticismo normativo, para buscar atender aos valores da efetividade e da justiça social, sem negar o componente normativo do Direito.

Revolucionou também como movimento de reforma. Nesta perspectiva, o movimento lançou medidas de amenização dos obstáculos à efetivação do direito fundamental de acesso à justiça. Diz-se amenização, pois, conforme reconheceram Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹⁹², a superação total se mostra uma utopia, em razão da complexidade dos entraves identificados e combatidos.

Na seqüência, sem deixar de reconhecer aspectos sociais, políticos, culturais e psicológicos envolvidos na temática em apreciação, discorreremos sobre os entraves atacados pelo movimento, reunidos nas categorias de obstáculos econômicos, organizacionais e processuais. Às manifestações de estudo e prática de amenização destes problemas, deu-se o nome de ondas do movimento de acesso à justiça.

¹⁸⁹ CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de processo**, São Paulo, ano 19, n. 74, p. 82, abr.-jun., 1994.

¹⁹⁰ GOMES NETO, José Mário Wanderley. **O acesso à justiça em Mauro Cappelletti**: análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 57-58.

¹⁹¹ GOMES NETO, José Mário Wanderley. **O acesso à justiça em Mauro Cappelletti**: análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 104.

¹⁹² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 15.

As soluções práticas para os problemas do acesso à justiça assim foram resumidas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso – a primeira ‘onda’ desse movimento novo – foi a *assistência judiciária*; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar *representação jurídica para os interesses ‘difusos’*, especialmente nas áreas da proteção ambiental e consumidor; e o terceiro – e mais recente – é o que podemos chamar simplesmente de ‘*enfoque de acesso à justiça*’ porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras do acesso de modo mais articulado e compreensivo.¹⁹³

Passamos à individualização dos três obstáculos e suas respectivas ondas do movimento, que “emergiram mais ou menos em ordem cronológica”¹⁹⁴.

2.5.1 A primeira onda do movimento: enfrentamento dos obstáculos econômicos

O primeiro dos três obstáculos mencionados, o econômico, “[...] é a *pobreza* de muitas pessoas que, por motivos econômicos, nenhum ou pouco acesso tem à informação e à representação adequada”.¹⁹⁵

O ato de obstaculizar o acesso à informação e à representação jurídica é determinado por diversos fatores, dentre os quais o formalismo exacerbado dos sistemas jurídicos, que acaba por estender o tempo de duração dos processos, aumentando, conseqüentemente, os seus custos para as partes litigantes. Incontestavelmente, os efeitos negativos produzidos pelo aludido entrave são ainda mais pesados em situações de desequilíbrio de poderes econômicos entre as partes de um processo judicial.

Beneficiados com o aumento dos custos do processo, os economicamente mais fortes vêm, neste entrave – que também lhes seria um obstáculo se não fosse o desequilíbrio econômico entre os litigantes –, um poderoso artifício para pressionar os mais desfavorecidos e fracos a aceitar acordos injustos do ponto de vista do direito que poderia ser reconhecido por sentença, ou até mesmo a desistir de suas pretensões, por se tornar a

¹⁹³ Ibidem, p. 31.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 31.

¹⁹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de processo**, São Paulo, ano 19, n. 74, p. 82-97, abr.-jun. 1994, p. 84.

litigância insuportável economicamente.

Mas apesar das críticas ofertadas ao formalismo jurídico, não pretendemos aqui, como também não pretenderam os pesquisadores do Projeto Florença, negar importância da formalidade particular dos procedimentos processuais, como instância assecuratória de garantias processuais e constitucionais fundamentais. Nossa pretensão restringe-se, tão-somente, em condenar a usual idéia de que o componente normativo seria o principal do Direito, assim como qualquer pensamento que tome o processo como um fim em si mesmo.

Foi, portanto, focado no obstáculo econômico, gerador de uma imperativa necessidade de se permitir que todos, indistintamente, pudessem ter acesso à justiça, que o movimento em estudo teve início. A primeira onda do movimento de acesso teve como foco a desigualdade econômica entre os economicamente mais abastados e os indivíduos marginalizados do sistema judicial de resolução de conflitos.

Partindo do reconhecimento dessa diferença, o movimento concentrou-se na tomada de medidas de estreitamento das desigualdades, mediante a prática de políticas de favorecimento destes que transparecem uma condição de miséria à medida que se revelam despojados de possibilidades de custeio das pesadas custas processuais e dos honorários advocatícios.

Movida pelo mencionado propósito, a primeira onda do movimento de acesso à justiça se apoiou no oferecimento e incremento de serviços de orientação e assistência judiciárias, integrais e gratuitas aos pobres. Três sistemas de prestação destes serviços foram avaliados na pesquisa, quais sejam: o *judicare*; o dos advogados remunerados pelos cofres públicos; e o misto, que combinava traços dos dois primeiros sistemas. No sistema *judicare*, advogados particulares eram remunerados pelo Estado para que, eventualmente, prestassem a assistência judiciária gratuita aos indivíduos comprovadamente necessitados nos termos da lei. Trata-se da “maior realização das reformas na assistência judiciária na Áustria, Inglaterra, Holanda, França e Alemanha Ocidental”.¹⁹⁶

Já no segundo sistema, advogados eram remunerados pelos cofres públicos para

¹⁹⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 35.

promover, em escritórios de vizinhança, com exclusividade, a defesa dos interesses dos pobres, como classe. O fato de estarem os advogados reunidos em equipe, com proximidade em relação aos usuários desses serviços, torna este segundo sistema mais vantajoso em relação ao *judicare*. Sob o aspecto da vantagem, Mauro Cappelletti e Bryant Garth se manifestaram da seguinte forma:

As vantagens dessa sistemática sobre a do *judicare* são óbvias. Ela ataca outras barreiras ao acesso individual, além dos custos, particularmente os problemas derivados da desinformação jurídica pessoal dos pobres. Ademais, ela pode apoiar os interesses difusos ou de classe das pessoas pobres. [...] Em suma, além de apenas encaminhar as demandas individuais dos pobres que são trazidas aos advogados, tal como no sistema *judicare*, esse modelo norte-americano: 1) vai em direção aos pobres para auxiliá-los a reivindicar seus direitos e 2) cria uma categoria de advogados eficientes para atuar pelos pobres, enquanto classe.¹⁹⁷

O terceiro e último sistema foi denominado misto, por combinar traços dos dois primeiros sistemas de assistência judiciária. Aos pobres eram disponibilizados os serviços jurídico-assistencialistas de advogados particulares e servidores públicos.

Apesar de louváveis, os expedientes mencionados jamais foram ou serão bastantes para a concretização dos desafiadores propósitos do movimento em sua primeira onda. O sucesso destas políticas de prestação de serviços jurídicos aos pobres esbarrou e ainda esbarra em questões de natureza orçamentária, assim como na carência de profissionais qualificados e disponíveis para auxiliar, adequadamente, os que não podem suportar os custos dos serviços.

Em tom de reconhecimento dessas condições, Mauro Cappelletti e Bryant Garth advertiram:

A assistência judiciária, no entanto, não pode ser o único enfoque a ser dado pela reforma que cogita do acesso à Justiça. Existem limites sérios na tentativa de solução pela assistência judiciária. Antes de mais nada, para que o sistema seja eficiente, é necessário que haja um grande número de advogados, um número que pode até exceder a oferta, especialmente em países em desenvolvimento. Em segundo lugar, mesmo presumindo que haja advogados em número suficiente, no país, é preciso que eles se tornem disponíveis para auxiliar aqueles que não podem pagar por seus serviços.¹⁹⁸ Isso faz necessárias grandes dotações orçamentárias, o que é problema básico dos esquemas de

¹⁹⁷ Ibidem, p. 40-41.

¹⁹⁸ Quanto ao binômio capacitação profissional-remuneração, o grande problema, destacam os mestres, é que, “em economias de mercado os advogados, particularmente, os mais experientes e altamente competentes, tendem mais a dedicar seu tempo a trabalho remunerado que à assistência judiciária gratuita. (Ibidem, p. 32)

assistência judiciária.¹⁹⁹

No Brasil, país que apresenta elevados níveis de pobreza e exclusão social, a concretização das necessidades apontadas é algo que se torna manifestamente distante, se levarmos em consideração o fato de que, para este segmento marginalizado da população, “as portas dos Tribunais estão trancadas, assim como está o restante do aparelho burocrático estatal”²⁰⁰.

A garantia de que “o Estado prestará a assistência integral e gratuita aos que comprovarem a insuficiência de recursos”, assegurada no artigo 5º, LXXIV da Constituição Federal de 1988, veio confirmar o direito à assistência judiciária, conferido pela Lei n. 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, aos que declarem insuficiência de recursos necessários ao pagamento de custas e de honorários advocatícios, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

Mas a previsão deste direito, por si só, não é suficiente se desprovido de efetividade, de qualidade não identificada em nosso contraditório país, que eleva à condição de essencial a administração da justiça uma instituição absolutamente marginalizada do ponto de vista orçamentário: a Defensoria Pública, prevista no artigo 134 da Constituição Federal.²⁰¹

2.5.2 A segunda onda do movimento: enfrentamento dos obstáculos organizacionais

A segunda onda do movimento de reformas solidificou-se no apego à representação de direitos e de interesses de grupos.

Consolidados nas sociedades modernas em decorrência de tendências de massificação das relações sócio-econômicas, os direitos e os interesses desta ordem tinham sua tutela dificultada, ou mesmo impossibilitada, por não se fazerem legalmente amparados do ponto de vista processual e material.

¹⁹⁹ Ibidem, p. 47.

²⁰⁰ GOMES NETO, José Mário Wanderley. **O acesso à justiça em Mauro Cappelletti**: análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 74.

²⁰¹ “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.”

Em sua segunda fase, o movimento universal de acesso à justiça cuidou da tomada de ações direcionadas à amenização de entraves advindos da carência de tutela de direitos difusos e coletivos²⁰², desamparados de proteção por legislações pouco ou nada receptivas a conflitos de dimensões não individuais. A esta modalidade de obstáculo deu-se o nome de “organizacional”.²⁰³

O contexto sócio-econômico que motivou a concretização de direitos difusos e coletivos revelou-se marcado por rupturas paradigmáticas decorrentes de um processo de transição de relações econômicas inter-individuais, para instâncias mais complexas, determinadas pela massificação dos sistemas de produção, distribuição e consumo de bens e serviços.

Do ponto de vista social, os direitos e os interesses difusos e coletivos contextualizam-se na esteira de lutas e conquistas que desaguaram no surgimento de direitos sociais novos, de proteção de grupos historicamente marginalizados, como, por exemplo, crianças, mulheres, idosos, deficientes e minorias raciais ou lingüísticas.²⁰⁴ Nessa conjuntura, frisou Heliana Coutinho Hess²⁰⁵, as sociedades humanas foram movimentadas por pretensões assecuratórias de interesses e de direitos até então pouco expressivas ou reivindicadas, ligadas a questões assistencialistas de caráter trabalhista, previdenciário, ambientalista e de consumo.

Reflexões sobre os sistemas de proteção de grupos motivaram o repensar de noções básicas sobre a unicidade do direito processual, o papel dos tribunais e, de forma mais específica, sobre a (in)definição de questões relacionadas: à legitimidade e à representatividade processual; à atuação dos juízes nos processos coletivos; a procedimentos básicos de citação, intimação e oitiva de litigantes. A partir dessas e de outras ponderações, identificou-se o quanto deficitário, eis que tradicionalmente

²⁰² Para fins de conceituação e definição de interesses difusos e coletivos, recorremos à lição de José Mário Wanderley Gomes Neto, que assim pontuou: “Difusos são interesses transindividuais, de natureza indivisível, dos quais são sujeitos pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias de fato; coletivos são os interesses transindividuais, de natureza indivisível, de que são sujeitos um grupo, uma categoria ou uma classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte adversa por uma relação jurídica”. (GOMES NETO, José Mário Wanderley. **O acesso à justiça em Mauro Cappelletti: análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 80)

²⁰³ CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de processo**, São Paulo, ano 19, n. 74, p. 82-97, abr.-jun. 1994, p. 84.

²⁰⁴ CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de processo**, São Paulo, ano 19, n. 74, p. 82-97, abr.-jun. 1994, p. 84.

²⁰⁵ HESS, Heliana Coutinho. **Acesso à justiça por reformas judiciais.** Campinas: Millennium, 2004, p. 35.

individualistas, são os sistemas de tutela de demandas qualificadas por interesses relacionados, por exemplo, “[...] ao meio ambiente, consumidor, patrimônio histórico e cultural, manipulação genética, de telecomunicações, marcas e patentes, regras contra o abuso econômico e formação de cartéis”²⁰⁶.

A maior dificuldade, dentre diversas outras identificadas na pesquisa, estava em permitir que os indivíduos, isoladamente, pudessem reivindicar direitos que lhes eram garantidos como membros de uma coletividade. A tradicional concepção do direito processual não permitia que esses direitos reconhecidos fossem tutelados de forma minimamente adequada, razão pela qual conflitos de grupos também não eram pacificados da forma devida. Sobre esse aspecto, Mauro Cappelletti argumentou:

[...] o indivíduo isolado é em regra incapaz de vindicar efetivamente os direitos em causa; uma vez que cuida de direitos difusos e coletivos, a única proteção efetiva será aquela que reflita o caráter ‘coletivo’ ou de ‘classe’ do direito. A ilustração mais óbvia é a do consumidor isolado de mercadoria produzida em cadeia e distribuída em grandes quantidades; outro exemplo é o caso do indivíduo lesado por poluição de massa. Ao indivíduo isolado inevitavelmente faltam suficiente motivação, informação e poder para iniciar e sustentar processo contra o poderoso produtor ou poluidor. Mesmo que viesse a ocorrer tão improvável fato, o resultado seria totalmente inadequado para desencorajar o transgressor de massa de prosseguir nas lucrativas atividades danosas; o litigante individual seria o ‘titular’ de insignificante *fragmento* do dano em questão. Daí haver-se patenteado que existe aqui nova espécie de ‘pobreza’, digamos *pobreza organizacional*, que, se não superada, torna-se de todo insuficiente a proteção judicial.²⁰⁷

Superada a fase de reconhecimento e interpretação das extensões das barreiras que constituem o obstáculo de natureza organizacional – “verdadeiras ‘camisas de força’ para a proteção jurisdicional dos direitos de índole metaindividual”²⁰⁸ –, a segunda onda do movimento universal ganhou visibilidade na tomada de medidas práticas de amenização dos efeitos produzidos por tal barreira à efetivação do acesso à justiça. Dentre os novos instrumentos empregados nesse propósito, citamos os mais conhecidos no Brasil: a ação popular; a ação civil pública; o mandado de segurança coletivo; além das disposições do Código de Defesa do Consumidor – Lei n. 8.078/90²⁰⁹ –, complementares à Lei de Ação Civil Pública – Lei n. 7.347/85²¹⁰.

²⁰⁶ Ibidem, p. 36.

²⁰⁷ CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de processo**, São Paulo, ano 19, n. 74, p. 84, abr.-jun. 1994.

²⁰⁸ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Acesso do consumidor à justiça e a advocacia pública. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 30, p. 49-65, abr.-jun. 1999, p. 55.

²⁰⁹ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Vade Mecum Saraiva**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

²¹⁰ BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. **Vade Mecum Saraiva**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

Na seqüência da exposição sobre as manifestações e enfrentamentos dos obstáculos de natureza econômica e organizacional, passamos à terceira onda do movimento universal de acesso à justiça, com a qual mais profundamente nos envolveremos, em razão da sua estreita ligação com a difusão de métodos alternativos ao processo judicial, como a mediação, por exemplo.

2.5.3 A terceira onda do movimento: enfrentamento dos obstáculos processuais

A terceira fase do movimento universal de reforma, sem deixar de dar continuidade aos compromissos e realizações das etapas precedentes, tem suas atenções centradas nos chamados obstáculos processuais, que compreendem a aglutinação de uma extensa carta de entraves que impedem ou dificultam o instrumento estatal de resolução de conflitos de atingir os seus escopos, ou seja, de se mostrar efetivo. Tamanha é a importância da terceira onda do movimento de reformas, que a tornaram conhecida como “o enfoque do acesso à justiça”²¹¹.

Na lição de Mauro Cappelletti²¹², os obstáculos desta natureza estariam na inadequação de procedimentos processuais à natureza e às peculiaridades de determinadas modalidades de conflitos de interesses. Isso porque, segundo o mestre italiano,

[...] em certas áreas ou espécies de litígios, a solução normal – o tradicional processo litigioso em Juízo – pode não ser o melhor caminho para ensejar a vindicação efetiva de direitos. Aqui, a busca há de visar reais *alternativas (stricto sensu)* aos juízes ordinários e aos procedimentos usuais.

Os argumentos traçados para fins de fundamentação da afirmativa *supra* mencionada, com a qual compartilhamos, ganham solidez no trecho transcrito a seguir.

Existem muitas características que podem distinguir um litígio de outro. Conforme o caso, diferentes barreiras ao acesso podem ser mais evidentes, e diferentes soluções, eficientes. Os litígios, por exemplo, diferem em sua complexidade. É geralmente mais fácil e menos custoso resolver uma questão simples de não-pagamento, por exemplo, do que comprovar uma fraude. Os litígios também diferem muito em relação ao montante da controvérsia, o que freqüentemente determina quanto os indivíduos (ou a sociedade) despendirão

²¹¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 68.

²¹² CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de processo**, São Paulo, ano 19, n. 74, p. 82-97, abr.-jun. 1994, p. 87.

para solucioná-los. Alguns problemas serão mais bem ‘resolvidos’ se as partes simplesmente se ‘evitarem’ uma à outra. A importância social aparente de certos tipos de requerimento também será determinante para que sejam alocados recursos para sua solução. Além disso, algumas causas, por sua natureza, exigem solução rápida, enquanto outras podem admitir longas deliberações.²¹³

A efetividade do processo judicial, ou a falta dela, é atributo condicionado à concretização, ou não, de suas finalidades jurídicas, sociais e políticas. Mas é sabido que, em realidade, grande parcela dos conflitos manifestados ao judiciário exige deste instrumento uma celeridade na condução e um aprofundamento na apreciação, muitas vezes, indisponíveis. À conta disso, constatou-se que, por não propiciar à muitas lides, o tratamento exigido, o acesso à justiça limita-se a sua acepção formal, criticada por nós com veemência.

Para fins de amenização dos efeitos produzidos pelos obstáculos de natureza processual, em sua terceira fase, o movimento universal de acesso à justiça pautou-se em duas frentes concomitantes de ação. A primeira teve como propósito central o combate à ineficiência dos sistemas judiciais mergulhados em profundo estado de crise, meta que foi buscada mediante o desenvolvimento de reformas legislativo-processuais de simplificação e de renovação procedimental – relativização do formalismo –, a reestruturação da organização dos tribunais, a adequação de normas de direito processual a determinadas espécies de conflitos, dentre outras. A necessidade do empenho na tomada dessas medidas somente vem reforçar a pertinência dos comentários de Javier Pérez Royo²¹⁴ que, ao suscitar o caráter prestacional da tutela jurisdicional, ressalta a importância fundamental do aparelhamento do Estado para bem administrar e executar a prestação da justiça nos tribunais.

A segunda frente, por sua vez, a que mais diretamente nos interessa no presente estudo, pautou-se na difusão de métodos alternativos de condução e de resolução de conflitos, complementares e auxiliares ao processo judicial na tarefa de composição de conflitos de interesses emanados de sociedades absolutamente desacreditadas do sistema estatal de acomodação de contendas. Parte assim da tomada de medidas de ampliação das vias de facilitação do acesso à justiça, mediante o incentivo ao uso de instrumentos alternativos como a mediação, a conciliação, a negociação e a arbitragem – pouco difundidos entre as

²¹³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op. cit., p. 71-72, nota 209.

²¹⁴ PÉREZ, Javier Royo. **Curso de derecho constitucional**. 9. ed. Madri: Marcial Pons, 2003, p. 493.

nações ocidentais até as décadas de sessenta e setenta, quando a crise do sistema judicial de resolução de conflitos atinge maiores proporções.

O conjunto de medidas de simplificação de procedimentos e de incentivo ao maior emprego de métodos mais informais de acomodação de conflitos não se revela, todavia, despreocupado com a necessidade de preservação de pressupostos formais garantidores de inafastáveis garantias constitucionais e processuais. A propósito, Mauro Cappelletti advertiu que a segunda frente de ação do movimento, em sua terceira fase:

[...] não esquece o exame e a advertência sobre os perigos que uma informalidade excessiva ou ‘deslegalização’ pode produzir sobre as garantias processuais e [...] põe em evidência que não se devem repelir as formalidades processuais ao extremo de colocar em perigo a existência de certo nível de ‘qualidade’ da justiça, sem a qual o acesso à mesma se transforma em pura ilusão.²¹⁵

Mediante o incentivo ao uso destes e outros instrumentos alternativos ao processo judicial, a segunda frente busca, em síntese, o rompimento do monismo estatal na aplicação do direito, a desobstrução dos poderes judiciários de diversos Estados e, sobretudo, a ampliação das vias de facilitação do acesso material à justiça.

Na seqüência, a discussão sobre a crise universal de sistemas judiciais de resolução de conflitos será canalizada para o contexto pátrio. Objetivamos, assim, traçar os contornos de um fenômeno absolutamente inquestionável no Brasil: a inacessibilidade à justiça.

2.6 INACESSIBILIDADE À JUSTIÇA

Avaliaremos o fenômeno da ineficácia do direito fundamental de acesso à justiça mediante a discussão sobre a relação firmada entre uma constatação – causa da inacessibilidade – e uma dupla tendência – conseqüências desta mesma inacessibilidade.

A constatação ganha representatividade na somatória de obstáculos econômicos,

²¹⁵ Para conferir credibilidade, segue texto original: “[...] no olvida en examen y la advertencia sobre los peligros que una informalidad excesiva o ‘deslegalización’ puede producir sobre las garantías procesales y [...] pode en evidencia que no se deben rechazar las formalidades procesales al extremo de poder en peligro la existencia de un cierto nivel de ‘calidad’ de la justicia, sin al cual el acceso a la misma se transforma en puramente ilusoria”. (CAPPELLETTI, Mauro. Acceso alla giustizia: conclusione di un progetto internazionale di ricerca giuridico-sociologica. In: *Boletín mexicano de derecho comparado*, México, n. 41, p. 766, may-ago. 1981) (Tradução de Héctor Fix-Zamudio).

organizacionais, processuais, sociais e culturais que tomam de ineficácia a atividade estatal de pacificação de conflitos com justiça. Versamos, aqui, sobre a “crise da administração da Justiça”²¹⁶.

Já a dupla tendência, resultante da mencionada constatação, estaria nas duas frentes concomitantes de ação que impulsionaram a terceira onda do movimento universal de acesso à justiça, quais sejam: reformas processuais de simplificação procedimental e difusão de métodos alternativos – ao processo judicial – de condução e de resolução de conflitos. Estas tendências serão referenciadas como fenômenos de “deformalização do processo” e “deformalização das controvérsias”²¹⁷.

2.6.1 Crise de administração da justiça: uma constatação irrefutável

É do conhecimento geral o complexo emaranhado de obstáculos à efetivação do direito fundamental de acesso à justiça no Brasil. Na esteira destas limitações inter-relacionadas, pontuamos a deficitária informação sobre direitos e deveres legalmente garantidos; a morosidade da prestação jurisdicional; os elevados custos processuais; a inadequação de procedimentos de instrumentos à tutela de interesses difusos e coletivos; a carência de recursos humanos – em referência a todas categorias essenciais e auxiliares de profissionais que atuam no sistema judicial de administração da justiça –; a insuficiência de recursos materiais – em alusão a questões estruturais que apontam, por exemplo, para deficitários sistemas de informatização –; a centralização dos foros; dentre outros que tomam jurisdicionados, estudantes e profissionais do Direito de sentimentos de insatisfação, desilusão e descrença.

A crise de administração da justiça não é novidade, tampouco exclusividade do judiciário nacional, o que não nos deve servir de consolo. Nesse sentido, contextualizou Boaventura de Sousa Santos:

²¹⁶ Expressão utilizada por Boaventura de Sousa Santos. (SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2005, p. 165-166)

²¹⁷ Expressões cunhadas por Ada Pellegrini Grinover. (GRINOVER, Ada Pellegrini. A conciliação extrajudicial no quadro participativo. In: _____ et al. (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 277-295)

No princípio do século, tanto na Áustria como na Alemanha foram freqüentes as denúncias da discrepância entre a procura e a oferta da Justiça e foram várias as tentativas para minimizar, quer por parte do Estado (a reforma do processo civil levada a cabo por Franz Klein na Áustria) (Klein, 1958; Denti, 1971), quer por parte dos interesses organizados das classes sociais mais débeis (por exemplo, os centros de consulta jurídica organizados pelos sindicatos alemães) (Reifner, 1978). Foi, no entanto, no pós guerra que esta questão explodiu. Por um lado, a consagração constitucional dos novos direitos econômicos e sociais e a sua expansão paralela à do Estado-Providência transformou o direito ao acesso efetivo à justiça num direito de charneira, um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais.²¹⁸

Na leitura do sociólogo português, a crise da qual hoje somos testemunhas eclodiu na década de sessenta, em decorrência de uma crescente explosão de litígios, não acompanhada pela capacidade do Estado de equacionar tamanha demanda mediante o exercício da prestação jurisdicional. Tal impotência prestacional foi agravada na década de setenta,

[...] período em que a expansão econômica terminava e se iniciava a recessão, para mais uma recessão com caráter estrutural. Daí resultou a redução progressiva dos recursos financeiros do Estado e sua crescente incapacidade de dar cumprimento aos compromissos assistenciais e providenciais assumidos para com as classes populares na década anterior (FANO *et al.*, 1983).²¹⁹ Uma situação que se dá pelo nome de crise financeira do Estado e que se foi manifestado nas mais diversas áreas de actividade estatal e que, por isso, se repercutiu também na incapacidade do Estado para expandir os serviços de administração da justiça de modo a criar uma oferta de justiça compatível com a procura entretanto verificada. Daqui resultou um factor adicional da crise da administração da justiça.

A crescente busca pela prestação jurisdicional, somada à falta de recursos humanos e ao formalismo exagerado de nossa legislação processual, potencializa a manifestação de um dos principais entraves à efetivação do direito de acesso à justiça: a morosidade na

²¹⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice:** o social e o político na pós-modernidade. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2005, p. 167.

²¹⁹ Para melhor compreensão da relação entre o declínio do Estado-providência e o conseqüente aumento da litigiosidade, transcrevemos a seguinte passagem de Boaventura de Sousa Santos: “A consolidação do Estado-providência significou a expansão dos direitos sociais e, através deles, a integração das classes trabalhadoras nos circuitos do consumo anteriormente fora do seu alcance. Esta integração, por sua vez, implicou que os conflitos emergentes dos novos direitos sociais fossem constitutivamente conflitos jurídicos cuja dirimição caberia, em princípio aos tribunais, litígios sobre a relação de trabalho, sobre a segurança social, sobre a habitação, sobre os bens de consumo duradouros etc. Acresce que a integração das classes trabalhadoras (operariado e nova pequena burguesia) nos circuitos do consumo foi acompanhada e em parte causada pela integração da mulher no mercado de trabalho, tomada possível pela expansão e acumulação que caracterizou este período. Em conseqüência, o aumento da *pool* de rendimentos familiares foi concomitante com mudanças radicais nos padrões do comportamento familiar (entre cônjuges e entre pais e filhos) e nas próprias estratégias matrimoniais, o que veio a constituir a base de uma acrescida conflituosidade familiar tomada socialmente mais visível e até mais aceite através das transformações do direito de família que entretanto se foram verificando. E esta foi mais uma causa do aumento dos litígios judiciais”. (SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e justiça:** a função social do judiciário. 3. ed. São Paulo: Ática, 1997. Cap. 2, p. 43-44)

prestação jurisdicional.

Na lição de Boaventura de Sousa Santos, a morosidade é obstáculo que se manifesta sob duas espécies, quais sejam: a “morosidade sistêmica” e a “morosidade activa”.²²⁰ A primeira, ligada ao desaparecimento do judiciário, assim como ao formalismo excessivo das normas processuais, “[...] decorre da burocracia, do positivismo e do legalismo.” A segunda, por sua vez, “[...] consiste na interposição, por parte dos operadores concretos do sistema judicial (magistrados, funcionários ou partes), de obstáculos para impedir que a sequência normal dos procedimentos desfechem o caso”, decorrendo, portanto, de uma postura intencionalmente protelatória daqueles que, tendo em mira a procrastinação do feito, fazem uso incorreto da técnica processual.

A morosidade na prestação jurisdicional, seja ela sistêmica ou ativa, manifesta-se como fator determinante na configuração de outros entraves como os elevados custos processuais, avolumados com a demora na tramitação dos processos. Acerca da relação firmada entre a morosidade e os elevados custos processuais, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco assim se manifestaram:

Ao lado da *duração* do processo (que compromete tanto o penal como o civil ou trabalhista), o seu *custo* constitui outro óbice à plenitude do cumprimento da função pacificadora através dele. O processo civil tem-se mostrado um instrumento caro, seja pela necessidade de antecipar custas ao Estado (os *preparos*), seja pelos honorários advocatícios, seja pelo custo às vezes bastante elevado das perícias. Tudo isso, como é perceptível à primeira vista, concorre para estreitar o canal do acesso à justiça através do processo.²²¹

Para fins de ilustração da complexa relação de dependência entre as mazelas *supra* referenciadas, recorreremos às estatísticas compiladas no Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário – BNDPJ²²². Os referidos dados noticiam o fato de que, no ano de 1990, a justiça comum federal e do trabalho, de primeiro grau, foram acionadas 5.117.059 vezes pelos brasileiros. Doze anos depois, a demanda já havia atingido a marca de 13.358.287 vezes.

Além do crescimento da demanda pela tutela jurisdicional, outro dado relevante na

²²⁰ Idem. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007, p. 42-43.

²²¹ CINTRA, Antônio de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 32.

²²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Movimento forense nacional**: justiça comum, federal e do trabalho de 1º grau. Disponível em: <www.stf.gov.br/bndpj>. Acesso em: 27 jan. 2005.

configuração do comentado estado de crise de administração da justiça nacional é a defasagem entre processos iniciados e decididos pelo judiciário, no mesmo período. Dos 5.117.059 processos iniciados no ano de 1990, 3.637.152 foram julgados, enquanto que, em 2002, dos 13.358.287 de processos novos, 10.233.374 foram decididos.

Dentre os fatores determinantes para o aumento da demanda por processos judiciais, a conseqüente defasagem entre processos iniciados e julgados, bem como a morosidade processual, destaca-se o crescimento da população nacional, não acompanhado pela capacidade de processamento da máquina judiciária.

Segundo informações do Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário – BNDPJ²²³, a população nacional passou de 163.998.652 de habitantes no ano de 1999 para 176.876.444 em 2003. Em síntese, da análise dos dados acima apresentados, constatamos que, no ano de 2002, 76,60% das demandas ajuizadas foram solucionadas. O agravamento da defasagem entre processos iniciados e julgados em 2002, torna-se ainda mais evidente ao verificarmos que, durante o período compreendido entre os anos de 1990 e 2002, o número de demandas ajuizadas atingiu um crescimento percentual de 261,05%.

Ao contrário do que se observa nos países economicamente desenvolvidos como Itália e França, por exemplo, que apresentam um crescimento do movimento forense vegetativo²²⁴, o Brasil caracteriza-se pela apresentação de elevados índices de crescimento demográfico, econômico, de consumo e, portanto, de conflitos de interesses emanados de uma sociedade dinâmica.

O crescimento da demanda pela prestação jurisdicional no decorrer dos anos pode ser atribuído a diversos fatores, dentre os quais pontuamos: o surgimento de novos direitos; uma crescente – embora tímida – popularização dos serviços de assistência judiciária gratuita; o advento do Código de Defesa do Consumidor, que despertou uma consciência e exercício de direitos como jamais visto; o advento dos Juizados Especiais e o amadurecimento do processo de democratização do país.

²²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Percentual do número de juízes em relação aos cargos providos, percentual de vacância e demonstrativo de juízes em relação à população.** Disponível em: <www.stf.gov.br/bndpj>. Acesso em: 27 jan. 2005.

²²⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de sociologia jurídica** (você conhece?). 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 152.

Sobre a influência da democratização do país no aumento da demanda de conflitos manifestados ao poder judiciário, recorremos a Fernando Passos, que argumentou que:

As mais variadas pesquisas indicam haver aumentado enormemente o número de conflitos sob a análise do Judiciário após o advento da democratização do Brasil. Ora, o fato é incontestável, pois sendo a Justiça a própria 'afirmação da cidadania', quando há um Estado de liberdades, um Estado de Direito, nada mais premente que cada cidadão vise exercer o seu papel, perante este Estado. A democracia incita o cidadão a exercer seus direitos; a cada dia, a conscientização sobre direitos da pessoa humana é solidificada no seio do indivíduo. A democracia avança não somente quando há liberdade, mas quando a mesma é exigida plenamente pelo cidadão. [...] O fato detectado em todos os países democratizados – litigiosidade plena – tem encontrado sua ocorrência também no Brasil, que atravessa esta tormenta de democratização – processo longo, que se solidifica com o tempo.²²⁵

Vítor Barboza Lenza²²⁶ atribui o crescimento do número de ações ajuizadas ao costume ocidental de assoberbar os magistrados com conflitos que, a rigor, não deveriam ser manifestadas ao Judiciário. Grande parte dos conflitos, segundo ele, poderiam ser solucionados extrajudicialmente, evitando que juízes já assoberbados respondessem pela tutela de controvérsias passíveis de serem resolvidas por métodos alternativos ao processo judicial.

Tais críticas são pertinentes, mas devem ser interpretadas com restrição. De fato, é inevitável concluir que a ampliação do acesso à justiça para vias alternativas ao processo traria uma redução significativa no número de ações confiadas ao Estado. Tal raciocínio, aliás, é basilar em nossos estudos. Todavia, acreditamos não ser acertado atribuir a responsabilidade pela sobrecarga de demandas judiciais, exclusivamente, ao hábito do litígio, doravante denominado cultura do litígio. O desacerto se torna mais evidente quando resgatamos uma pesquisa realizada pela Fundação IBGE, no ano de 1998, que aponta para o fato de que, de todos os indivíduos envolvidos em situações de conflitos, apenas 33% buscaram auxílio na justiça estatal.²²⁷

E os 67% restantes? Se litigantes natos fossem, certamente avolumariam o percentual supracitado, comprovando a refutada tese de que a sobrecarga do Judiciário decorre, exclusivamente, da cultura do litígio. Por estes motivos, preferimos afirmar que a

²²⁵ PASSOS, Fernando. Acesso à justiça e modelo de administração da justiça. **Revista de direito constitucional e internacional**. São Paulo, n. 37, p. 75, out.-dez. 2001.

²²⁶ LENZA, Vítor Barboza. **Cortes arbitrais**. 2. ed. Goiânia: AB, 1999, p. 20.

²²⁷ SANTOS, Wanderley Guilherme *apud* RIBEIRO, Paulo de Tarso Ramos. **Direito e processo: razão burocrática e acesso à justiça**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 130.

sobrecarga é, em grande parte (jamais exclusivamente), determinada pelo hábito de litigar em situações passíveis de solução por vias extra-estatais.

Resta-nos questionar sobre o destino dos 67% que deixaram de provocar a tutela jurisdicional quando poderiam. De acordo com Wanderley Guilherme dos Santos, indivíduos envolvidos em situação de conflito deixaram de recorrer ao Judiciário pelos seguintes motivos:

[...] resolveram o problema por conta própria; não quiseram envolver a justiça (polícia); o incidente não era importante; por falta de provas; recorreram a terceiros ou a outras entidades; acharam que a justiça (polícia) não iria resolver; cabia a outra parte iniciar a ação; temiam represália das outras partes envolvidas; não sabiam que podiam utilizar a justiça (polícia); e, finalmente, outras.²²⁸

Satisfatório teria sido se, no ano de 1998, tais cidadãos tivessem se utilizado, tão-somente, de alternativas lícitas ao processo judicial, o que certamente não ocorreu, haja vista a tímida utilização dos métodos alternativos na década de noventa, aliada à crescente prática da autotutela no Brasil. Forçoso concluir, desta feita, que a grande maioria dos conflitos foi conduzido por métodos ilícitos ou permaneceu sem solução.

Ao versarmos sobre a sobrecarga do Judiciário, inevitáveis são as referências à carência de recursos humanos, notadamente de magistrados, alocados na condição de responsáveis pela prestação jurisdicional. As dimensões do referido entrave também foram mensuradas e registradas no Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário²²⁹, que apontam para o fato de que, no Brasil, se todos os cargos previstos em lei para a magistratura comum de primeiro grau estivessem preenchidos, a média de habitantes para cada magistrado seria de 16.918 em 1999, 21.545 em 2000, 21.716 em 2001, 21.541 em 2002 e 23.381 em 2003.

A elevada proporção torna-se ainda mais agravada se considerarmos os nossos elevados índices de vacância: obstáculo compreendido pelo descompasso entre os cargos legalmente previstos e preenchidos para a magistratura comum de primeiro grau de nosso

²²⁸ RIBEIRO, Paulo de Tarso Ramos. **Direito e processo: razão burocrática e acesso à justiça**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 130.

²²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Percentual do número de juízes em relação aos cargos providos, percentual de vacância e demonstrativo de juízes em relação à população**. Disponível em: <www.stf.gov.br/bndpj>. Acesso em: 27 jan. 2005.

país. Estatísticas dos dados do poder judiciário²³⁰ apontam para os seguintes índices de vacância: 25,41% em 1999; 21,46% em 2000; 19,13% em 2001; 21,30% em 2002; e 21,381% em 2003.

Em que pese a importância dos magistrados, não podemos deixar de inserir, no contexto do obstáculo da carência de recursos humanos, toda categoria de profissionais envolvidos, direta ou indiretamente, na prestação da tutela jurisdicional. Nessa conjuntura, tornam-se comuns as remissões e os protestos à insuficiência de promotores de justiça, defensores públicos, escrivães, oficiais de justiça, além tantos outros serventuários.

No rol das insuficiências que obstaculizam a consagração de uma prestação jurisdicional efetiva, insere-se outra categoria de carência: a de recursos materiais. A prestação deste serviço público de caráter fundamental é também estigmatizada pela escassez instrumentos essenciais como computadores, assim como pelos arcaicos sistemas de distribuição, de autuação e de controle de andamentos processuais.

A crise de administração da justiça nacional é real. Agonizam diante da consolidação deste estado de coisas: os profissionais do foro, que lidam com os aludidos entraves por opção profissional e, principalmente, os jurisdicionados, que confiam aos primeiros suas mais lídimas angústias e pretensões, enquanto aguardam ansiosamente por uma prestação jurisdicional muitas vezes intempestiva, inadequada, penosa e, portanto, pouco ou nada efetiva.

A generalidade da produção de seus efeitos, todavia, não atinge a todos os nacionais indistintamente, com a mesma intensidade. Nesse sentido, Francisco das Chagas Lima Filho destacou que,

[...] quanto mais baixo é o estrato sócio-econômico do cidadão mais improvável que conheça advogados e menos provável ainda é que tenha conhecimento onde, como e quando contratar advogado ou o defensor público, sem contar que maior é a distância geográfica onde mora e trabalha e o bairro da cidade onde quase sempre se encontram os escritórios dos advogados, as defensorias e os tribunais, estes quase sempre abrigados em palácios suntuosos onde o jurisdicionado pobre, jamais teve a oportunidade de adentrar e sente-se até mesmo envergonhado e constrangido quando neles ingressa. Essas dificuldades são maiores para aqueles que moram e trabalham em zonas rurais ou pequenas

²³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Percentual do número de juízes em relação aos cargos providos, percentual de vacância e demonstrativo de juízes em relação à população.** Disponível em: <www.stf.gov.br/bndpj>. Acesso em: 27 jan. 2005.

idades, muitas destas desprovidas de advogados, de defensorias e até de juízes.²³¹

Este considerável segmento da população brasileira, pouco ou nada consciente de seus direitos e deveres civis, sociais e políticos, indiscutivelmente, sofre mais intensamente com os efeitos da crise. Referimo-nos aqui ao segmento marginalizado da sociedade, proporcionalmente mais atingido não somente por barreiras econômicas à efetivação do direito fundamental de acesso à justiça, mas também pelo déficit de cidadania.

Para fins de ilustração dos níveis de conhecimento sobre direitos e deveres, recorreremos aos resultados da pesquisa “Lei, justiça e cidadania”, realizada na Região Metropolitana do Rio de Janeiro entre setembro de 1995 e julho de 1996, pelo Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil da Fundação Getúlio Vargas (CPDOC/FDV) em parceria com o Instituto de Estudos da Região (Iser). Deste modo, os entrevistados, em sua maioria pouco informada e escolarizada, ao serem questionados sobre a categoria de direitos que consideravam mais importantes para os brasileiros, mencionaram:

- 25,8% – SOCIAIS: tais como – bem estar, saúde, educação, trabalho e segurança, etc;
- 11,7% – CIVIS: tais como: direito de ir e vir, propriedade, fé, imprensa, integridade física, igualdade, liberdade, por exemplo;
- 1,6% (somente) – POLÍTICOS – dentre os quais exemplificam os direitos de votar e ser votado, de organização partidária, dentre outros;
- 56,7% – não responderam ou não souberam responder.

Este último dado é alarmante, visto que transparece um déficit de cidadania refletido em desigualdades econômicas e sociais, em práticas violadoras de direitos humanos, bem como em outras que só vêm a dificultar a consolidação de uma sociedade democrática.²³²

As restrições à efetivação do acesso à justiça pelas camadas desfavorecidas da população decorrem da própria legislação substancial e processual, que quase sempre ou sempre, “[...] protege melhor os interesses

²³¹ LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Acesso à justiça e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 164-165.

²³² PANDOLFI, Dulce Chaves. Percepção dos direitos e participação social. In: PANDOLFI, Dulce Chaves; CARVALHO, José Murilo de; CARNEIRO, Leandro Piquet; GRYNSPAN, Mario. **Cidadania, justiça e violência**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 50.

da minoria dominante, detentora do poder em detrimento da maioria da população”²³³. Rendida à satisfação dos interesses destes grupos de pressão, a legislação nacional é, portanto, fator determinante na desigualdade entre indivíduos em suas relações jurídico-sociais e processuais.

Condicionantes simbólicas²³⁴ dificultam ainda mais o enfrentamento de entraves à facilitação do acesso à justiça pela parcela mais marginalizada da população nacional. A propósito, Boaventura de Sousa Santos comentou:

Estudos revelam que a distância dos cidadãos em relação à administração da justiça é tanto maior quanto mais baixo é o estrato social a que pertencem e que essa distância tem como causas próximas não apenas factores económicos, mas também factores sociais e culturais, ainda que uns e outros possam estar mais ou menos remotamente relacionados com as dificuldades económicas. Em primeiro lugar, os cidadãos de menores recursos tendem a conhecer pior os seus direitos e, portanto, a ter mais dificuldades em reconhecer um problema que os afecta como sendo problema jurídico. Podem ignorar os direitos em jogo ou ignorar as possibilidades de reparação jurídica. [...] Em segundo lugar, mesmo reconhecendo o problema como jurídico, como violação de um direito, é necessário que a pessoa se disponha a interpor a acção. Os dados mostram que os indivíduos das classes baixas hesitam muito mais que os outros em recorrer aos tribunais, mesmo quando reconhecem estar perante um problema legal. [...] Quanto mais baixo é o estrato sócio-económico do cidadão menos provável é que conheça advogado ou que tenha amigos que conheçam advogados, menos provável é que saiba onde, como e quando pode contactar advogado e maior é a distância geográfica entre o lugar onde vive ou trabalha e a zona da cidade onde se encontram os escritórios de advocacia e os tribunais.²³⁵

Seja pela falta de recursos financeiros, pelo déficite de cidadania, pelo temor de represálias, ou mesmo pelo fracasso de experiências anteriores, o fato é que o distanciamento do Judiciário, assim como o descrédito em relação ao mesmo, são consideravelmente maiores junto ao segmento em tela. Neste contexto, a título de reflexão, pertinente se faz a remissão às ponderações de Luciana Camponez Pereira Moralles que indaga: “como podemos melhorar o acesso à justiça, no tocante à conscientização de seus usuários sobre seus direitos, se a grande maioria da população vive sem condições mínimas de alimentação, saúde, educação, moradia, ou seja, abaixo da linha da pobreza?”²³⁶

O fato de viverem em condições pouco ou nada dignas, absolutamente carentes de

²³³ LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Acesso à justiça e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 189.

²³⁴ Em referência ao “conjunto de fatores axiológicos, psicológicos e ideológicos que afastam da justiça (por medo, insegurança, sentimento de inferioridade) uma considerável parcela da sociedade brasileira”. (RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 49)

²³⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 10. ed., São Paulo: Cortez, 2005, p. 170.

²³⁶ MORALLES, Luciana Camponez Pereira. **Acesso à justiça e princípio da igualdade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p. 31.

informações sobre direitos e deveres, desperta nesses indivíduos um sentimento de descrédito em relação à efetividade da prestação jurisdicional, conforme mensurou a já referenciada pesquisa “Lei, justiça e cidadania”, realizada na Região Metropolitana do Rio de Janeiro entre setembro de 1995 e julho de 1996, pelo Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil (CPDOC) da FGV, em parceria com o Instituto de Estudos da Região (Iser).

Os dados da pesquisa foram reproduzidos por Mario Grynspan, que destacou: “dos entrevistados, 90,7% responderam que, no Brasil, a aplicação das leis é mais rigorosa para alguns do que para outros. Apenas 7,9% responderam que a aplicação se dá igualmente para todos e 1,4% não souberam ou não quiseram responder”.²³⁷ Tais indivíduos vêm sendo levados a não confiar ao Estado a tutela de conflitos legítimos. A procura torna-se, portanto, “suprimida”²³⁸ por parte das classes economicamente mais desfavorecidas.

O acesso formal à justiça restringe-se, deste modo, à grande massa constituída pela classe média do país. Enquanto que os economicamente desfavorecidos são afastados do acesso formal à justiça pelas razões já apresentadas, restando-lhes o não acesso, os economicamente mais favorecidos são seduzidos por métodos alternativos ao processo judicial, mais céleres, sigilosos e econômicos, como, por exemplo, a arbitragem e a mediação.

Em decorrência desse complexo estado de coisas, o descrédito em relação ao judiciário torna-se estigmatizante. A descrença no poder judiciário é tamanha que extrapola a esfera do segmento marginalizado da população – os mais descrentes –, atingindo também os operadores do Direito, representantes do executivo e do legislativo. Nesse sentido:

O Poder Judiciário está sofrendo inúmeras críticas tanto da população quanto dos outros Poderes do Estado, Executivo e Legislativo, o que inevitavelmente o obrigará a alterar as suas estruturas atuais e sua forma de interagir com a sociedade. A sociedade o vê como um prestador de serviços moroso e inepto. O legislador acusa-o de estar interferindo na sua esfera de competência, ao judicializar as questões políticas e administrativas. E o Executivo o analisa como uma instituição irresponsável, vez que seus gastos e liminares estariam

²³⁷ GRYNSPAN, Mario. Acesso e recurso à justiça no Brasil: algumas questões In. PANDOLFI, Dulce Chaves; CARVALHO, José Murilo de; CARNEIRO, Leandro Piquet; GRYNSPAN, Mario. **Cidadania, justiça e violência**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 99-113.

²³⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007, p. 32.

comprometendo o ajuste fiscal e impedindo as reformas almeçadas.²³⁹

Em que pese a pertinência das críticas emanadas dos representantes dos poderes Legislativo e Executivo, não podemos deixar de ressaltar que o atual estado de crise de administração da justiça no Brasil é, parcialmente, determinado pelo desajuste entre a letra da lei e as exigências de uma estrutura social essencialmente complexa e dinâmica, assim como pela carência de medidas e de políticas públicas de inclusão social, de redução de desigualdades e de apoio à prestação de serviços jurídicos extrajudiciais preventivos. Nesse sentido,

[...] deve o Estado, através de seus poderes, como um todo, empenhar-se para promover a redução das desigualdades sociais. A Constituição proclamou no preâmbulo e no seu art. 3º que constituem objetivos fundamentais da República, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalidade e a redução das desigualdades sociais, de forma a promover o bem de todos, sem qualquer tipo de discriminação e preconceitos. Ora, se a República é formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal e tendo essa União como poderes independentes e harmônicos entre si, o legislativo, o executivo e o judiciário, indubitoso que todos eles deverão empenhar-se na tarefa de atingir os objetivos constitucionais elencados no preceptivo maior.²⁴⁰

Executivo e Legislativo são, portanto, responsáveis indiretos pela ineficácia da prestação do direito fundamental de acesso à justiça no Brasil. Dando continuidade à proposta de contextualização do fenômeno da ineficácia do direito fundamental de acesso à justiça, superada a fase de apresentação de sua causa – a crise de administração da justiça nacional –, na seqüência, passamos à delimitação de sua dupla tendência ou conseqüência.

2.6.2 Deformalização do processo e das controvérsias: dupla tendência

2.6.2.1 Deformalização do processo

Ponderamos até o presente momento que obstáculos econômicos, organizacionais, processuais, sociais e culturais se aglutinam em um complexo emaranhado de entraves à efetivação do direito fundamental de acesso à justiça, responsável pela configuração do atual estado de crise de administração na justiça nacional.

²³⁹ MORALLES, Luciana Camponez Pereira. **Acesso à justiça e princípio da igualdade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p. 36.

²⁴⁰ LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Acesso à justiça e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 301.

O formalismo exagerado de nossas normas processuais, sobrelevado pelo comportamento excessivamente burocrático daqueles que as interpretam e lhes conferem aplicação, figura dentre os principais fatores motivadores da crise em referência.

O processo necessariamente deve ser formal. São suas formas as responsáveis por constituir “[...] o modo pelo qual as partes têm a garantia de legalidade e imparcialidade no exercício da jurisdição”²⁴¹, sustentando a consagração dos princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, dentre tantos outros. A propósito, é a formalidade normativa que possibilita aos litigantes participar intensamente dos atos processuais, seja no pleitear ou no resistir à satisfação de pretensões, seja no contribuir para a formação do convencimento motivado do julgador, seja no recorrer das decisões proferidas. Todavia, apesar de necessário, o formalismo jurídico torna-se extremamente prejudicial se priorizado for e, principalmente, se interpretado com intuítos meramente protelatórios, como, aliás, é comum de se perceber.

O desafio da ponderação entre valores como segurança jurídica e celeridade deve ser encarado com cautela, mas com comprometimento que se justifica. É preciso e possível equacionar celeridade e segurança jurídica. Ante este desafio, dimensionado em tempos de crise de administração da justiça – constatação inegável –, torna-se necessário o desenvolvimento de políticas de amenização dos efeitos produzidos pelos comentados obstáculos à efetivação do direito fundamental de acesso à justiça.

O reconhecimento da necessidade em tela, conforme já asseverado, ganha maior amplitude no contexto da terceira onda do movimento universal de acesso à justiça, que se revelou compromissada com a tomada de duas frentes conjugadas de ação, direcionadas, respectivamente, à ampliação das vias de facilitação do acesso à justiça mediante a difusão de métodos alternativos de condução e de resolução de conflitos, complementares e auxiliares ao processo judicial, assim como ao desenvolvimento de políticas de reformas legislativo-processuais de simplificação e de renovação procedimental, à reestruturação da organização judiciária e à relativização de formalidades que extrapolam os limites do razoável.

²⁴¹ CINTRA, Antônio de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 32.

Acerca da primeira frente de ação – o fenômeno da “deformalização das controvérsias”²⁴² –, versaremos no tópico subseqüente. Antes, discorreremos brevemente sobre outra tendência, igualmente decorrente da constatada crise de administração da justiça nacional: o fenômeno da “deformalização do processo”²⁴³, identificado por Ada Pellegrini Grinover como reflexo da utilização simplificada da técnica processual, o qual se apresenta “[...] em busca de um processo mais simples, rápido, econômico, de acesso fácil e direto, apto a solucionar com eficiência tipos particulares de conflitos”.²⁴⁴

A carência de efetividade apresentada pelo instrumento estatal de resolução de conflitos, que não atinge seus escopos, desperta, no processualista, a consciência de que “[...] os progressos da técnica²⁴⁵ ainda não foram suficientes para produzir os resultados desejados”.²⁴⁶ O profissional do Direito é levado a repensar o fenômeno processual à luz de suas funções – escopos.

Posturas tecnicistas, dogmáticas, de supervalorização de aspectos formais em detrimento do direito material debatido em uma dada relação jurídica processual, passam a serem revistas. Essa tendência para a simplificação do processo, em benefício da sua almejada efetividade, implica a revisão de posturas nos atos de manejo, de interpretação e de aplicação das normas de direito processual.

Revela-se estéril o conjunto de reformas de simplificação do processo, se não houver, nos profissionais do Direito, uma profunda mudança de mentalidade em relação à desfocada visão que possuem da problemática em torno da efetividade da justiça. Deste modo,

Nenhuma reforma que tenha por objetivo acelerar o processo, por melhor que seja, surtirá todos os efeitos desejados se não contar com a cooperação inteligente e com espírito cooperativo dos operadores do direito. Todas as pessoas, quaisquer que sejam elas, que participam, direta ou indiretamente, da atividade judicial ou extrajudicial, devem atuar de forma mais produtiva e laboriosa possível para assegurar a qualidade temporal do processo e o efetivo acesso à Justiça. [...] Por esta razão, de nada adianta

²⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini. A conciliação extrajudicial no quadro participativo. In: _____ et al (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 280.

²⁴³ Ibidem, p. 280.

²⁴⁴ Ibidem, p. 280.

²⁴⁵ Técnica processual é o “conjunto de meios preordenados à obtenção dos resultados desejados”, quais sejam: os escopos do processo. Nessa óptica, “assim como uma técnica desprovida de prévia definição de objetivos é cega e irracional, assim também a mais profunda das consciências axiológicas será inócua e absolutamente inútil sempre que não se traduza em técnicas adequadas”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1, p. 156)

²⁴⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 75.

nos empenharmos na implementação de novos ou dos já conhecidos mecanismos de aceleração do processo, pouco importando se extraprocessuais, extrajudiciais ou judiciais, se aqueles que lidam diretamente com o processo – partes, advogados, juízes e promotores – não se conscientizarem dos propósitos aceleradores.²⁴⁷

Além do mau uso da técnica por advogados muitas vezes interessados na procrastinação do trâmite processual, necessária se faz a revisão do conservadorismo da magistratura brasileira. A título de fundamentação do repensar da técnica processual, recorremos aos protestos de José Roberto dos Santos Bedaque²⁴⁸.

Não deve o processo, pois, ser escravo da forma. Esta tem sua importância direcionada pelos objetivos que a determinam. A estrita obediência à técnica elaborada pelo legislador processual e às regras formais do processo é importante para garantir igualdade de tratamento aos sujeitos parciais, assegurando-lhes liberdade de intervir sempre que necessário. Tudo para possibilitar que o instrumento atinja seu escopo final com justiça. Mas o apego exagerado ao formalismo acaba por transformar o processo em mecanismo burocrático e o juiz no burocrata incumbido de conduzi-lo. [...] Como a forma não constitui valor em si mesma, o formalismo processual deve ser examinado à luz dos objetivos a serem alcançados.

A obsessão pela máxima simplificação, aproveitamento e compreensão funcional das normas e dos atos processuais não é exclusividade do processualista contemporâneo. Também contamina os legisladores, responsáveis por adequar o direito processual aos novos tempos, mediante a promoção de reformas de desburocratização do processo.

José Carlos Barbosa Moreira assim discorreu sobre a onda de reformas processuais:

A onda de reformas do nosso processo civil, a partir de 1992, visou sobretudo, como é notório, matérias cuja disciplina se considerava insatisfatória *pelo ângulo prático*. [...] O que se pretendeu foi, antes de mais nada, simplificar o mecanismo procedimental, desburocratizá-lo, eliminando formalidades supérfluas, aplanando terrenos excessivamente acidentados, abrindo caminhos mais breves e desimpedidos no rumo da prestação jurisdicional. Aqui e ali, é verdade, resolveram-se estruturas em nível mais profundo, mas quase sempre com o propósito essencial de agilizar a marcha dos pleitos ou ensejar a respectiva abreviação: assim, v.g., ao introduzir-se a audiência de conciliação no procedimento ordinário (art. 331, na redação dada pela Lei n. 8.952, de 13-12-1994).²⁴⁹

Além das reformas direcionadas para dar maior celeridade ao processo – principal foco da onda de reformas, conforme declarado na transcrição *supra* referenciada –, não podemos

²⁴⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de aceleração do processo**. São Paulo: Lemos & Santa Cruz, 2003, p. 91.

²⁴⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Op. cit, p. 45-46, nota 244.

²⁴⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 01. Sétima série.

deixar de reconhecer a tomada de medidas legislativas intencionadas na absorção, pelo judiciário nacional, de conflitos não confiados ao Estado por esbarrarem em custos processuais proibitivos ou superiores aos valores debatidos na controvérsia. Referimo-nos, aqui, às chamadas demandas reprimidas ou “suprimidas”²⁵⁰.

Nesse contexto, o advento dos Juizados Especiais Estaduais de natureza Cível e Criminal – previstos no artigo 98, I da Constituição Federal de 1988 e regulamentados pela Lei n. 9.099/1995 – e dos Juizados Especiais Federais – autorizados pela Emenda Constitucional de n. 22 e disciplinados pela Lei n. 10.259/2001 –, representa um dos maiores exemplos ilustrativos da tendência à simplificação da técnica processual.

Estruturado em um procedimento simplificado, de baixos custos, mais informal e célere, com predominância da oralidade, os Juizados Especiais vieram para “[...] extirpar da consciência do cidadão a noção equivocada de que não compensa o ingresso em juízo para eliminar a lesão sofrida, ao mesmo passo em que educa a sociedade a verberar, a reclamar, até contra a mais insignificante lesão”²⁵¹, sem fomentar a discórdia, mas com o propósito de carrear ao judiciário as demandas reprimidas.

Uma vez demarcados os contornos do fenômeno da deformalização das controvérsias – primeira tendência decorrente da crise de administração da justiça no Brasil –, damos segmento à tarefa de apresentação da segunda frente de ação que impulsionou a terceira onda do movimento de acesso à justiça, mediante a delimitação do fenômeno da deformalização das controvérsias.

2.6.2.2 Deformalização das controvérsias

Pelos motivos já debatidos no presente estudo, constata-se que a máquina judiciária jamais será capaz de atender a demanda de todos aqueles que se encontram em situação de conflito. Tal percepção, aliada ao fato de que são plurais os caminhos capazes de levar indivíduos à pacificação de suas contendas, fundamenta a tese de que a efetividade do

²⁵⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007, p. 32.

²⁵¹ BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. **As tendências do direito público no limiar de um novo milênio**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 183-184.

direito fundamental de acesso à justiça pressupõe, além da tomada de medidas de deformalização do processo, também esforços em benefício do desenvolvimento de uma cultura de “deformalização das controvérsias”²⁵², consistente na “[...] na busca de vias alternativas para a sua solução, capazes de evitar o processo”.²⁵³

A relevância basilar do fenômeno da “deformalização das controvérsias”²⁵⁴, para nossos estudos, reside no fato de ser fundamento para a tendência de incremento do uso de métodos alternativos ao processo judicial, de resolução de conflitos, como a mediação.

Luís Alberto Gómez Araújo relaciona a “crise de administração da justiça”²⁵⁵ – nossa constatação – e o fenômeno da deformalização das controvérsias – a segunda tendência –, ao declarar ter sido “[...] necessária uma crise no sistema de administração de justiça latino-americano, para começarmos a pensar em desenvolver na sociedade sua capacidade de resolver seus próprios problemas sem precisar recorrer às vias judiciais”.²⁵⁶

A propósito do rompimento do monismo estatal na produção e na aplicação do direito – quadro que ressalta não ser novo, mas sim mais complexo –, José Luis Bolzan de Moraes ponderou:

A realidade contemporânea manifesta racionalidades específicas e, muitas vezes, incompatíveis entre si, que não são absorvidas e compreendidas pela dinâmica operacional do Poder Judiciário moderno, o que tem contribuído para a formação de novas formas e instâncias de regulação, controle e decisões sociais não alcançadas pelo Poder Judiciário. As modernas promessas do Estado-Juiz são incapazes de abarcar a complexidade dos conflitos atuais.²⁵⁷

O contraponto da ineficácia da prestação jurisdicional – um dos braços da crise prestacional do Estado –, na lição de Celso Fernandes Campilongo, estaria no conjunto das seguintes transformações no Direito:

²⁵² GRINOVER, Ada Pellegrini. A conciliação extrajudicial no quadro participativo. In: _____ et al. (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 280.

²⁵³ Ibidem, p. 281.

²⁵⁴ Ibidem, p. 280.

²⁵⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 10. ed., São Paulo: Cortez, 2005, p. 165-166.

²⁵⁶ ARAUJO, Luís Alberto Gómez. Os mecanismos alternativos de solução de conflitos como ferramentas na busca da paz. In: OLIVEIRA, Angela et al. (coord). **Mediação: métodos de resolução de controvérsias**. São Paulo: LTr, 1999, p. 127-132.

²⁵⁷ LUCAS, Douglas César. A crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 188.

a) rompimento do monismo jurídico e esvaziamento do monopólio estatal da produção normativa; b) deslegalização e desregulamentação de direitos, serviços públicos e atividades privadas; c) delegação do Estado para a sociedade civil da capacidade decisória sobre temas específicos; d) surgimento do Estado Paralelo; e) desterritorialização das práticas jurídicas; f) reconhecimento de novas arenas jurídicas e de novos sujeitos de direito; g) nova concepção de cidadania.²⁵⁸

Tais transformações se manifestam como conseqüências naturais de uma tendência de aproximação de uma clássica dicotomia da modernidade, qual seja: o formal *versus* o informal. A compreensão das destacadas dicotomias e, principalmente, do processo que culminou com a justaposição as mesmas, é fundamental para que possamos transitar pela atual tendência de deformalização de controvérsias. Por esta razão, na seqüência, traremos à baila algumas considerações de Boaventura de Souza Santos acerca do processo de passagem do “projeto da modernidade” para o fenômeno da “transição pós-moderna”²⁵⁹.

O sociólogo português aponta como traço característico do que chamou de “projeto da modernidade”²⁶⁰, em suas diversas lógicas de racionalidade, a pluralidade de dicotomias, bem como o déficit ou a ausência de mediação entre pólos dicotômicos. A título de exemplificação, mencionou, “[...] na racionalidade instrumental-cognitiva, as dicotomias sujeito/objeto e cultura/natureza; na racionalidade estético-expressiva, as dicotomias arte/vida e estilo/função; na racionalidade moral-prática, as dicotomias sociedade/indivíduo e público/privado”²⁶¹. Subjacente a todas elas, de diferentes modos, declara estar a dicotomia formal/informal, ressaltada por nós para fins de fundamentação do fenômeno da deformalização das controvérsias.

A fertilidade de dicotomias, aliada à deficitária coexistência entre pólos antagônicos ensejava a oscilação pendular dos mesmos, movimento que Boaventura de Souza Santos descreveu do seguinte modo:

[...] o déficit da capacidade de mediação exacerba a polarização das dicotomias e, inversamente, esta última agrava o primeiro. O efeito conjunto destes dois processos tem sido a recorrente oscilação entre os pólos das dicotomias e, conseqüentemente, a vigência exagerada de um ou outro pólo. Em momentos diferentes da vida social, atribui-se total precedência, ora a um dos pólos, ora a outro, ao subjetivismo ou ao objetivismo, ao esteticismo ou vitalismo, ao

²⁵⁸ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 59-60.

²⁵⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. O estado e o direito na transição pós-moderna: para um novo senso comum. **Revista Humanidades**, Brasília: UNB, c. 7, n. 3, 1991, p. 271.

²⁶⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. O estado e o direito na transição pós-moderna: para um novo senso comum. **Revista Humanidades**, Brasília: UNB, c. 7, n. 3, 1991, p. 268.

²⁶¹ *Ibidem*, p. 268.

coletivismo ou ao individualismo ou, ainda, na base de todas estas, vigências exageradas, ao formalismo ou ao informalismo. A prioridade total dada num certo momento a um dos pólos suscita uma reação que contribui, por si mesma, para que no momento seguinte a prioridade seja dada ao pólo oposto.²⁶²

A extrema polaridade e a constante oscilação da dicotomia formal/informal acarretavam na configuração cíclica de um movimento em que ora prevaleceria o informal – revelando o enfraquecimento do formal –, ora o formal – tornando enfraquecida a incidência da informalidade. Tomando como base as diferentes formas de resolução de conflitos de interesses, temos que métodos informais como a mediação e a conciliação, dificilmente coexistiriam com a antagonica formalidade, peculiar dos processos judiciais.

A partir da década de sessenta, período em que se acentua a crise do Estado-Providência, o formalismo perde força. Tem-se origem um amplo movimento de transição, “[...] que parece ser também o do estatismo para o civilismo, do coletivismo para o individualismo, do publicismo para o privatismo, da estética modernista para a estética pós-modernista, da totalidade estruturalista para a desconstrução pós-estruturalista”.²⁶³ O aparelho burocrático do Estado, a dominação dos processos formais de decisão, assim como o império de um direito estatal formal perderam terreno com a decadência da racionalidade jurídico-formal.

Resultam da oscilação antiformalista os fenômenos da desregulação e da informalização da justiça. A lógica dos sistemas tradicionais de administração da justiça é substancialmente alterada com a tendência de difusão de métodos alternativos de processamento de conflitos, marcados pelas seguintes características:

1. Ênfase em resultados mutuamente acordados, em vez da estreita obediência normativa.
2. Preferência por decisões obtidas por mediação ou conciliação, em vez de decisões obtidas por adjudicação (vencedor-perdedor).
3. Reconhecimento da competência das partes para proteger os seus próprios interesses e conduzir a sua própria defesa num contexto institucional desprofissionalizado e através de um processo conduzido em linguagem comum.
4. Escolha como terceira parte de um não-jurista (ainda que com alguma experiência jurídica), eleito ou não pela comunidade ou grupo cujos litígios se pretendem resolver.
5. Diminuído ou quase nulo poder de coerção que a instituição pode mobilizar em seu próprio nome.²⁶⁴

²⁶² Idem. O estado e o direito na transição pós-moderna: para um novo senso comum. **Revista Humanidades**, Brasília: UNB, c. 7, n. 3, 1991, p. 269.

²⁶³ SANTOS, Boaventura de Sousa. O estado e o direito na transição pós-moderna: para um novo senso comum. **Revista Humanidades**, Brasília: UNB, c. 7, n. 3, 1991, p. 269.

²⁶⁴ Idem. O estado e o direito na transição pós-moderna: para um novo senso comum. **Revista Humanidades**, Brasília: UNB, c. 7, n. 3, 1991, p. 270

A recorrência do movimento pendular de oscilação entre as esferas do formal e do informal de resolução de conflitos tende a perder força na atualidade. Ao declínio ou colapso da segregação e oscilação desta e de outras dicotomias da modernidade, dá-se o nome de “transição pós-moderna”²⁶⁵, fenômeno assim comentado por Boaventura de Sousa Santos:

Defendo que a recorrência do movimento de oscilação entre pólos dicotômicos acabou por transformar internamente as dicotomias. Em vez de mediação, de que o projeto da modernidade sempre se mostrou carecido, tem vindo a operar-se uma progressiva aproximação entre os pólos das dicotomias e a tal ponto que cada um dos pólos tende a transformar-se no duplo pólo a que se opõe.²⁶⁶

A crise da administração da justiça figura como marco na aproximação entre métodos formais e informais de pacificação de conflitos, na medida em que torna necessária a tomada de medidas de ampliação das vias de facilitação do direito fundamental de acesso à justa composição de contendas.

Em consequência, o acesso à justiça deixa de se restringir à sua perspectiva formal de ingresso no Judiciário. O ordenamento jurídico passa a recepcionar e regulamentar, com intensidade jamais vista, métodos informais de condução de conflitos, em sua maioria de natureza autocompositiva. Logo:

A racionalidade da confrontação cede espaço à da composição; vencedores e perdedores tendem a dar vez, mais amiúde, a partes conciliadas; ao invés de se decidir, pura e simplesmente, a quem cabe razão num determinado conflito, pretende-se solucioná-lo, de modo a que se recomponha uma situação de menor animosidade entre as partes, antes combatentes entre si.²⁶⁷

Métodos formais e informais abandonam o *status* de pólos auto-excludentes para se interpenetrarem, coexistirem, abandonando, assim, a condição de duplo pólo antagônico em oposição e oscilação. O Estado-providência cede espaço à consolidação de um “Estado-imaginação-da-sociedade-providência”²⁶⁸, uma vez que

Os mecanismos informais tendem a formalizar-se; o senso comum jurídico que lhe serve de suporte tende a ser profissionalizado através de ações de formação de mediadores e de muitas outras formas; as partes, que detêm a titularidade da representação dos seus interesses, vão a pouco e pouco confiando a

²⁶⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. Op. cit, p. 271, nota 261..

²⁶⁶ Ibidem, p. 271.

²⁶⁷ SANTOS, André Luiz Lopes dos. **Ensino jurídico**: uma abordagem político-educacional. Campinas: Edicamp, 2002, p. 187.

²⁶⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. O estado e o direito na transição pós-moderna: para um novo senso comum. **Revista Humanidades**, Brasília: UNB, c. 7, n. 3, 1991, p. 275.

representação a outros com mais experiência e com mais conhecimentos sobre os modos de atuação do tribunal. Por estes e outros processos, a justiça informal vai duplicando, se não as formas, pelo menos, a lógica das formas da justiça formal. Em suma, em vez de dicotomia, duplicação.²⁶⁹

No caso brasileiro, a aproximação entre formalidade e informalidade pode ser mensurada: na prática judicial de procedimentos informais de autocomposição – permitidos a qualquer tempo e grau de jurisdição se o direito em disputa disponível for, na regulamentação de equivalentes jurisdicionais como a arbitragem pela Lei n. 9.307/94, assim como na difusão de campanhas de incentivo ao uso de métodos informais de acomodação de controvérsias, em sua maioria conduzidas por representantes dos poderes executivo, legislativo e judiciário, ressalvadas as suas funções típicas. Tais acontecimentos, embora referenciais no movimento de aproximação das dicotomias em tela, não são suficientes para superar o tímido conhecimento e utilização dos métodos informais de condução e resolução de conflitos em nosso país, timidez esta que se ampara em fundamentos de natureza cultural – a cultura do litígio, da adversariedade, do confronto –, e informativo – em referência ao deficitário conhecimento sobre seus principais propósitos e vantagens –, e não na fragilidade ou ineficácia dessas alternativas.

Observaremos, no transcorrer de nosso estudo, notadamente no capítulo de encerramento, que o império da cultura do litígio, da adversariedade, ainda tomada por muitos como a única forma de se prevenir ou solucionar conflitos, justifica, em grande medida, o desconhecimento e descrédito da sociedade em relação à efetividade de instrumentos consensuais de pacificação social, como a mediação.

2.7 MÉTODOS ALTERNATIVOS DE CONDUÇÃO E DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO QUADRO DO FENÔMENO DA DEFORMALIZAÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Uma vez delimitado o contexto no qual se insere a tendência de difusão das práticas informais de acomodação de controvérsias, na esteira do fenômeno da deformalização de controvérsias, encerramos o presente capítulo com a apresentação de breves noções sobre o conceito e os propósitos dos métodos alternativos de condução e de resolução de

²⁶⁹ Ibidem, p. 275.

conflitos, doravante referenciados sob a sigla MACRC.

Tradicionalmente conhecidos pelas siglas ADR – do inglês “Alternative Dispute Resolution” –, ou RAD – do castelhano “Resolución Alternativa de Disputas” –, os métodos alternativos em referência destinam-se à pacificação de conflitos, sem a interferência de uma autoridade judicial.

Apesar de terem constituído o enfoque da terceira onda do movimento universal de acesso à justiça – seu marco difusor no ocidente –, os MACRC não representam uma novidade. Relativamente recente é, tão-somente, a sua crescente difusão, impulsionada pela crise de administração da justiça em diversos países, a exemplo do Brasil. Nesse sentido, Mauro Cappelletti assegurou:

Essa idéia decerto não é nova; a conciliação, a arbitragem, a mediação foram sempre elementos importantes em matéria de solução de conflitos. Entretanto, há um *novo elemento* consistente em que as sociedades modernas descobriram *novas razões* para preferir tais alternativas.²⁷⁰

Ada Pellegrini Grinover reconheceu o impulso crescente dessas alternativas anteriores ao surgimento da jurisdição estatal, ao declarar que,

Se é certo que, durante longo período, os métodos informais de solução de controvérsias foram considerados próprios das sociedades primitivas e tribais, enquanto o processo jurisdicional representava insuperável conquista da civilização, ressurgue hoje o interesse pelas vias alternativas ao processo, capazes de evitá-lo, conquanto não o excluam necessariamente.²⁷¹

Hoje, constata-se que os avanços na utilização, conhecimento e produção de resultados positivos dos MACRC são extraordinários. Dentre os diversos países que vêm se utilizando dessas experiências, com grande sucesso, podemos mencionar alguns países, quais sejam: na América do Norte, o Canadá e os Estados Unidos; na América Central, a Costa Rica; na Europa, o Reino Unido e a França; na África, a África do Sul; na Oceania, a Austrália; na Ásia, o Oriente Médio, Coreia, Hong Kong, Israel, Turquia; e, na América do Sul, Bolívia, Chile, Colômbia, Equador, Paraguai, Peru, Uruguai, Brasil e, principalmente, a Argentina, onde a mediação é regulamentada pela Lei Federal 24.573,

²⁷⁰ CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de processo**, São Paulo, ano 19, n. 74, p. 88, abr.-jun. 1994.

²⁷¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. A conciliação extrajudicial no quadro participativo. In: _____ et al (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 277-278.

de abril de 1996.²⁷²

Além de mitigar o congestionamento dos tribunais, reduzindo o tempo médio de duração dos processos judiciais, os MACRC têm como propósitos: “[...] incrementar a participação da comunidade nos processos de resolução de conflitos; facilitar o acesso à justiça; fornecer à sociedade uma forma mais efetiva de resolução de disputas”.²⁷³

A razão de sua existência e utilização não se restringe à sua potencial contribuição para a redução do volume de conflitos manifestados ao Judiciário. Restringir a razão de existir desses instrumentos de acomodação de conflitos ao referido propósito significa negligenciar sua maior contribuição para a sociedade que deles se utiliza, qual seja: a busca da efetivação do direito fundamental à justa pacificação de conflitos de interesses.

A crescente difusão de vias alternativas de facilitação do acesso à justiça não deve ser interpretada como indício de uma tendência de “privatização” da justiça estatal, palavra que vem sendo utilizada com frequência inconcebível. Nosso discurso de reconhecimento da incapacidade do Estado de, exclusivamente, prestar a tutela jurisdicional efetiva a todos os conflitos juridicamente relevantes não deve ser interpretado como base de sustentação para o lançamento de inaceitáveis teses privatistas ou antilegalistas, de aniquilamento do instrumento estatal de exercício da jurisdição.

Impróprio, portanto, cogitar a insustentada tese da privatização da jurisdição estatal, que permanece incólume, ainda que coexista com práticas auxiliares – e não concorrentes –, no propósito de efetivação do dever de pacificação de conflitos de interesses emanados da sociedade.²⁷⁴

²⁷² Para maiores esclarecimentos sobre a difusão dos MACRC no plano internacional, recomendamos a leitura de SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 67-80.

²⁷³ Para conferir credibilidade, segue o texto original: “incrementar la participación de la comunidad en los procesos de resolución de conflictos; facilitar el acceso a la justicia; suministrar a la sociedad una forma más efectiva de resolución de disputas”. (HIGHTON, Elena I.; ÁLVAREZ, Gladys Stella. **Mediación para resolver conflictos**. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996, p. 26. Tradução nossa)

²⁷⁴ Nessa discussão, “merece referência especial a arbitragem, que de todos os meios alternativos é o que mais se aproxima, por vários ângulos, do processo judicial. [...] Seja como for, sempre se tratará, justamente, de uma *alternativa* ao processo, e não do processo mesmo, sem embargo da nítida afinidade entre os dois institutos”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 11) (Sétima série)

A propósito da difusão e institucionalização dos MACRC, Jorge Miranda assegurou que “em nenhuma destas hipóteses fica diminuído o postulado da tutela jurisdicional dos direitos fundamentais”.²⁷⁵ Nos dizeres de Petrônio Calmon,

Deve-se afastar, então, a idéia de que o mau funcionamento da máquina judiciária constitui o pressuposto para a difusão dos meios alternativos. Ao contrário, o jurisdicionado será tanto mais livre para optar pela via consensual quanto estiver livre para optar entre dois sistemas paralelos e eficientes. Os meios alternativos não excluem ou evitam um sistema judicial caótico, mas põem-se interativamente ao lado da jurisdição estatal, devendo-se valer do critério da adequação entre a natureza do conflito e o meio de solução que entenda mais adequado.²⁷⁶

É importante aqui frisar que, para que sejam bem realizadas as opções de escolha, é fundamental que o método selecionado se adeque às peculiaridades do conflito a ser conduzido. Isso porque, conforme bem salientou José Carlos Barbosa Moreira²⁷⁷, não há métodos de condução e de resolução de conflitos que se mostrem igualmente adequados ao eficaz tratamento de toda e qualquer relação conflitante.

Desse modo, o mais importante no momento em que se buscam soluções eficientes para enfrentar e solucionar um determinado conflito é o respeito às suas peculiaridades, ou seja, a adequação do remédio à enfermidade, tornando-se “[...] irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes”.²⁷⁸

2.7.1 Classificações dos métodos alternativos de condução e de resolução de conflitos

Os MACRC podem ser classificados em dois grupos a seguir brevemente comentados: os primários, categoria da qual fazem parte alguns métodos mais conhecidos como a mediação, a negociação, a conciliação e a arbitragem; e os secundários ou híbridos, derivados da combinação ou modificação dos primeiros, classificação que abarca modelos menos usuais no Brasil, como o fact finding, o ombudsman ou ombudsperson, o mini

²⁷⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 263.

²⁷⁶ COLMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 49.

²⁷⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos *apud* GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de aceleração do processo**. São Paulo: Lemos & Santa Cruz, 2003, p. 103.

²⁷⁸ CINTRA, Antônio de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 31-32.

trial, o summary jury trial e o rent-a-judge.²⁷⁹

Para melhor visualização das peculiaridades de cada um dos MACRC que passaremos a comentar, recomendamos a leitura do quadro comparativo elaborado por Maria de Nazareth Serpa²⁸⁰, em sua obra Teoria e prática da mediação de conflitos (ANEXOS 01 e 02). Na seqüência, comentaremos, brevemente, os mencionados métodos primários, opção que se justifica no fato de se revelarem mais usuais no Brasil.

2.7.1.1 Mediação

O primeiro dos métodos primários, que será objeto individualizado em nossos estudos no capítulo seguinte, pode ser definido como uma forma autocompositiva de condução e de resolução de conflitos, direcionada a auxiliar indivíduos envolvidos em relações conflitantes, ou potencialmente conflitantes, a solucioná-las ou preveni-las, de acordo com seus interesses, necessidades e possibilidades. Tudo ocorre de forma voluntária, consensual, sigilosa, informal, flexível, com baixos custos, em curto espaço de tempo.

A mediação se desenvolve mediante a intervenção de um terceiro imparcial, sem poderes decisórios, capacitado a permitir que os mediados – assim chamados os conflitantes –, por meio de um trabalho conjunto e pautado no respeito mútuo, no diálogo e na realização de concessões recíprocas, descubram, dentre as várias soluções cabíveis para o conflito, aquela que melhor se adequa ao caso concreto.

2.7.1.2 Negociação

Na definição de David Kueckle, a negociação é reconhecida como “[...] a ciência e arte de procurar um acordo entre duas ou mais partes interdependentes, que desejam maximizar seus próprios resultados compreendendo que ganharão mais trabalhando juntas do que se mantiverem enfrentadas”.²⁸¹

²⁷⁹ Classificação apresentada por Maria de Nazareth Serpa, em sua obra Teoria e Prática da Mediação de Conflitos. (SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 89-93)

²⁸⁰ Ibidem, p. 98-99.

²⁸¹ Para conferir credibilidade, segue o original: “[...] la ciencia y arte de procurar un acuerdo entre dos o más partes interdependientes, que desean maximizar sus propios resultados comprendiendo que ganarán más si

Trata-se de um método primário, voluntário, informal de resolução de controvérsias, destinado à condução de conflitos diversos, que vão de pequenos e rotineiros desentendimentos como a escolha do programa dominical entre os membros de uma família, a questões mais complexas, embora não menos comuns, de natureza internacional, empresarial ou trabalhista – a exemplo de um conflito travado entre empregados e empregadores acerca de questões salariais ou condições de trabalho em uma determinada empresa.

Pode ser realizada diretamente pelas partes conflitantes (modalidade direta) ou mediante a atuação de representantes parciais eleitos para a defesa dos interesses de um determinado indivíduo ou grupo (modalidade assistida). Assemelha-se à mediação e à conciliação quanto aos seguintes atributos ou características: voluntariedade; informalidade e flexibilidade dos procedimentos de condução do conflito; autoridade das partes na elaboração de decisões mutuamente aceitáveis; além do fato de serem procedimentos consensuais ou não-adversariais.

Diferencia-se da mediação e da conciliação por não contar com a intervenção imparcial e não decisória de terceiros interventores como mediadores e conciliadores. Seja na modalidade direta ou assistida, a negociação é conduzida de forma eminentemente parcial. A diferenciação entre o modo de atuação de mediadores e de negociadores é estabelecida nas esclarecedoras palavras de João Roberto da Silva:

[...] o mediador somente auxilia na discussão, não decidindo nada. Na negociação, ocorre ao contrário. Age uma pessoa em respeito e atenção aos interesses de seu contratante, ou seja, o negociador irá do início ao final do processo de negociação ater-se apenas aos interesses de seu contratante, de modo que terá efetuado um bom serviço se seu cliente sair satisfeito, pouco importando a satisfação ou não da parte adversa.²⁸²

Se negociar significa buscar ou mesmo “[...] chegar a uma solução compartilhada para um problema – uma solução que beneficie ambas as partes envolvidas”²⁸³, todos nós

trabajan juntos que se mantienen enfrentados”. (KUECKLE, David *apud* CAIVANO, Roque J.; GOBBI, Marcelo; PADILLA, Roberto E. **Negociación y mediación**. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2006, p. 139. Tradução nossa)

²⁸² SILVA, João Roberto. **A mediação e o processo de mediação**. São Paulo: Paulistanajur, 2004, p. 17.

²⁸³ HARVARD BUSINESS SCHOOL. **Negociações espetaculares**. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p. 11.

negociamos, ou seja, “todo ser humano é naturalmente um negociador”.²⁸⁴ Sendo a negociação uma verdade da vida, “[...] deve produzir um acordo sensato, se houver possibilidade de acordo; deve ser eficiente; e deve aprimorar, ou, pelo menos, não prejudicar o relacionamento entre as partes”.²⁸⁵

O exercício da atividade de negociar é tarefa que inclui argumentação e arazoamento, isto é, estratégias de comunicação e imposição de interesses que se exteriorizam através do poder de alcançar o convencimento ou de buscar concessões, o que não é atributo de todos os indivíduos. Não é fácil conduzi-la a contento sem gerar desgastes e insatisfações.

Um bom negociador deve ser capaz de conduzir, construir e efetivar acordos satisfatórios, que funcionem na prática. É por este motivo que, em grande parte dos casos, negociações não são conduzidas pessoalmente pelas partes – negociações diretas –, mas por seus representantes – negociações assistidas –, muitas vezes, profissionais da advocacia.

A negociação profissional não se desenvolve a partir de práticas adversariais ou intuitivas. O espírito da colaboração e as habilidades natas ou inclinações naturais podem e devem ser aprimoradas mediante o desenvolvimento de uma sólida formação teórica – teorias negociais –, consolidada no desenvolvimento de experiências práticas. Diante deste quadro, trazemos as seguintes reflexões: “[...] até que ponto os advogados, no Brasil, estão adequadamente treinados para negociar? Que técnicas ou estratégias lhes são ministradas em seu curso de Direito”²⁸⁶.

Devemos aqui reconhecer o despreparo dos advogados que, acostumados à adversariedade, ainda resistem ao espírito cooperativo da negociação. Isso se deve ao fato de que os profissionais de hoje, em regra, foram forjados em modelos de formação direcionados a dotá-los do conhecimento técnico material e processual necessário para a vivência operacional do litígio. Sem negar a importância destas habilidades, devemos reconhecer que não lhes são suficientes.

²⁸⁴ SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 103.

²⁸⁵ FISHER, Roger; URY, Willian; PATTON Bruce. **Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 1994, p. 22.

²⁸⁶ SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999,, p. 105.

Em tempos de consolidação de tendências deformalizadoras do processo e das controvérsias, a importância da negociação técnica torna-se cada vez maior. A imperiosa necessidade de construção de acordos é uma realidade no Brasil. Nesse sentido, ressaltou Petrônio Calmon:

Para estudar a negociação, ou seja, para compreender os fatores que estão na base do processo negocial, seus mecanismos psicológicos e comportamentais, faz-se necessário adquirir formação e experiência profissionais. Saber negociar é um componente essencial da profissão jurídica, pois todo contencioso pode requerer certo empenho neste sentido, seja na fase extrajudicial ou processual. Boa parte dos conflitos civis e comerciais, assim como outros tipos de controvérsia, são frequentemente instaurados com a consciência de que se pode chegar a um acordo durante o procedimento.²⁸⁷

A realidade de nosso sistema judicial de administração de conflitos tem exigido dos advogados a revisão de conceitos sobre as possíveis formas de se alcançar a satisfação dos interesses de seus representados. Estes, tendo em mira a redução de desgastes, de custos e de tempo de duração dos processos judiciais, têm preferido a utilização de métodos não adversariais de resolução de controvérsias.

Movidos por essa necessidade, ainda que acostumados à adversariedade, desde a sua formação, nas academias jurídicas, advogados vêm se conscientizando da importância do espírito colaborativo da negociação. São, portanto, desafiados a representar os interesses de seus clientes em ambientes e contextos aparentemente antagônicos. Dizemos que o antagonismo é aparente por considerarmos a manifesta possibilidade de coexistência entre: posturas litigiosas e consensuais; o acordo e a decisão imposta; a formalidade dos procedimentos judiciais e a informalidade das práticas autocompositivas que também permeiam o instrumento estatal de pacificação de lides.

O retrato da importância da negociação legal para profissionais da advocacia é desenhado por Maria de Nazareth Serpa, que argumentou: “qualquer necessidade ou desejo de um cliente é um negócio em potencial para um advogado, principalmente quando descobre que os melhores resultados para seus clientes são obtidos através da negociação”.²⁸⁸

O resultado da necessidade imposta pelo próprio mercado é que, cada vez mais,

²⁸⁷ COLMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 115.

²⁸⁸ SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 104-105.

advogados se tornam habituados a buscar a satisfação dos interesses de seus clientes por intermédio de técnicas de negociação, fato que torna necessário o desenvolvimento de técnicas negociais legais nas academias jurídicas.²⁸⁹

2.7.1.3 Conciliação

Vocábulo derivado do latim *conciliatione*, a conciliação representa o ato ou o efeito de conciliar, unir, compor ou combinar; um ajuste, acordo ou harmonização entre pessoas e situação de conflito.²⁹⁰ Na definição de Petrônio Calmon:

Conciliação é, pois, um mecanismo de obtenção da autocomposição que, em geral, é desenvolvido pelo próprio juiz ou por pessoa que faz parte ou é fiscalizado ou orientado pela estrutura judicial; e que tem como método a participação mais efetiva desse terceiro na proposta de solução, tendo por escopo a só solução do conflito que lhe é concretamente apresentado nas petições das partes.²⁹¹

Sob uma óptica técnico-processual, a conciliação se materializa na condução seqüenciada de quatro etapas, a saber: abertura; esclarecimentos; criação de opções e acordo. As fases em referência receberam, nas palavras de Adolfo Braga Neto, a seguinte definição:

(1) abertura, onde são feitos, por intermédio do conciliador, os esclarecimentos iniciais sobre o procedimento e todas as implicações legais referentes ao alcance do acordo gerado naquela oportunidade ou de sua impossibilidade. Logo após, passa-se para os (2) esclarecimentos das partes sobre suas ações, atitudes e iniciativas que acabaram por fazer nascer o conflito. Momento de vital importância no procedimento, pois é nele que se manifestam as posições de cada uma das partes. O conciliador, por seu turno, deverá identificar os pontos convergentes e divergentes da controvérsia, através do desencadeamento de perguntas sobre o fato e a relação causal entre eles, bem como se fazer valer de uma escuta ativa sobre a comunicação verbal e não verbal das partes. Na seqüência, encaminha-se para o estímulo a (3) criação de opções, quer seja através de sugestões trazidas pelo terceiro, quer seja por intermédio de

²⁸⁹ Diversas teorias podem ser utilizadas por advogados na condução de uma negociação legal. Além dos modelos posicionais de negociação, por meio dos quais advogados avançam sem maiores rigores técnicos, lógicos e argumentativos – técnica conhecida como barganha posicional –, outros vem se destacando no meio jurídico. Um dos métodos mais reconhecidos na atualidade é o da negociação baseada em princípios ou méritos; teoria desenvolvida a partir de pesquisas realizadas na universidade norte-americana de Harvard. Para maiores esclarecimentos sobre a técnica da negociação baseada em princípios colaborativos, separe as pessoas do problema; concentre-se nos interesses, não nas posições; invente opções de ganhos mútuos e insista em critérios objetivos –, recomendamos a leitura de FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões**. Rio de Janeiro: Imago, 1994. 214 p.

²⁹⁰ MEDINA, Eduardo, Borges de Mattos. **Meios alternativos de solução de conflitos: o cidadão na administração da justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004, p. 31.

²⁹¹ COLMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 144.

propostas delineadas pelas partes, com o objetivo de se atingir o almejado consenso pela solução, e, posteriormente, (4) acordo, sua redação e sua assinatura.²⁹²

A resolução conciliatória de conflitos é prática admitida “[...] entre os hebreus, nas leis da Grécia antiga e na Lei das XII Tabulas”.²⁹³ Sua popularização, todavia, ganha corpo no desenhado contexto da tendência de deformalização das controvérsias, responsável por elevar a conciliação a figurar como um dos mais usuais métodos de resolução de conflitos no Brasil.

Praticada nas modalidades judicial²⁹⁴ ou extrajudicial²⁹⁵, a conciliação tem por finalidade conduzir as partes ao caminho do entendimento, ou seja, à obtenção de um acordo mútuo e voluntário. Além dos escopos social (pacificação de conflitos), jurídico (atuação do direito no caso concreto) e político (integração de indivíduos na distribuição da justiça), a conciliação vem se destacando no bojo de ações direcionadas à resolução de demandas reprimidas ou suprimidas²⁹⁶, bem como à redução do volume e do tempo de duração dos processos judiciais.

A conciliação assemelha-se à mediação quanto aos seguintes atributos ou características: voluntariedade; informalidade; flexibilidade; autoridade das partes na elaboração de decisões mutuamente aceitáveis; atuação imparcial de um terceiro interventor; além do fato de serem procedimentos privados. Nada obstante as similitudes, os dois MACR não se confundem. Mediação e conciliação diferenciam-se em quatro pontos fundamentais, quais sejam: indicação; o propósito principal; a profundidade da apreciação do conflito e o modo de atuação do terceiro interventor.

²⁹² BRAGA NETO, Adolfo. Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo**: revolução na prestação jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2007, p. 65-66.

²⁹³ MEDINA, Eduardo, Borges de Mattos. **Meios alternativos de solução de conflitos**: o cidadão na administração da justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004, p. 31.

²⁹⁴ Na modalidade judicial ou endoprocessual, prática que se revela habitual no dia-a-dia forense nacional, notadamente nos Juizados Especiais e Justiça do Trabalho, a conciliação é conduzida incidentalmente nos processos judiciais, geralmente por juízes ou bacharéis em Direito. É dever do magistrado promover a tentativa de conciliação entre as partes (art. 125, IV, CPC). Sendo frutífera a conciliação, homologada a transação, o juiz declarará o processo extinto. Não homologará, todavia, acordos ofensivos aos parâmetros legais estabelecidos para o caso concreto.

²⁹⁵ A prática da conciliação extrajudicial ou extraprocessual realizada, quando não há processo judicial em curso, tem sido exercida em Câmaras de Conciliação e Arbitragem, nos escritórios de advocacia, nas Defensorias Públicas e demais núcleos de assistência e orientação do país, a exemplo dos Núcleos de Prática Jurídica das Escolas de Direito.

²⁹⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007, p. 32.

O primeiro elemento de diferenciação diz respeito à indicação de cada um dos referidos métodos a determinadas espécies de conflitos. Segundo Roberto Portugal Bacelar²⁹⁷, a conciliação seria mais indicada para a condução de relações circunstanciais, nas quais as partes conflitantes não se fazem ligadas por vínculos afetivos, familiares, comerciais, trabalhistas, dentre outros que justifiquem a necessidade de desenvolvimento de técnicas de restabelecimento e de fortalecimento de relações estremecidas pelo conflito. A título de exemplificação das chamadas relações circunstanciais, destacamos os conflitos decorrentes de acidentes de trânsito, que vinculam as partes conflitantes, circunstancialmente, por divergências acerca da responsabilidade pelo ressarcimento dos prejuízos materiais ou morais produzidos.

Relações circunstanciais, geralmente, não requerem maiores atenções com a continuidade de relacionamentos, eis que limitados ao evento ou à circunstância geradora do conflito. Não havendo continuidade no relacionamento entre as partes, desnecessário se torna falar na necessidade de preservação do diálogo entre os envolvidos no conflito. O interesse das partes conflitantes aqui restringe-se à resolução da controvérsia por meio de acordo: objetivo imediato da conciliação. No mesmo sentido, asseverou Juan Carlos Vezzula:

A conciliação como técnica é de grande utilidade nos problemas que não envolvem relacionamento entre as partes, o que permite trabalhar sobre a apresentação superficial (verdade formal ou posição) para alcançar uma solução de compromisso sem repercussão especial no futuro de suas vidas.²⁹⁸

Já a mediação tem sua indicação recomendada para a condução de conflitos entre indivíduos inseridos em relações qualificadas pela existência de múltiplos vínculos, que, por serem continuadas, não devem ser interrompidas logo após a resolução de uma controvérsia. As relações conflituosas de natureza familiar, trabalhista, empresarial e de vizinhança figuram dentre as que fazem transparecer, com frequência, a continuidade das relações entre os conflitantes: particularidade que requer do mediador uma atuação mais complexa do que a de simples facilitação do acordo.

A “relação” conflituosa à qual nos referimos não se restringe, portanto, à categoria das relações afetivas, muito embora sejam estas as que, com maior propriedade, exemplificam

²⁹⁷ BACELAR, Roberto Portugal apud TAVARES, Fernando Horta. **Mediação & conciliação**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 48.

²⁹⁸ VEZZULA, Juan Carlos, apud SALES, Lília Maria de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 40.

a continuidade à qual fazemos referência. Nesse sentido, Elena Inês Highton, Gladys Stella Alvarez e Elías Jassan²⁹⁹ esclarecem que “o termo ‘relação’ pode se referir a um vínculo comercial entre indivíduos ou empresas, que também se beneficiariam com a possibilidade de continuar com seu nexos depois que uma mediação resolvera exitosamente um conflito em particular”.

Em se tratando de relações continuadas ou “continuativas”³⁰⁰, o fortalecimento ou restabelecimento da comunicação é pressuposto fundamental para que os conflitantes possam estruturar acordos condizentes com os seus mais lícitos interesses, necessidade e possibilidades. Tamanha relevância justifica a preocupação do mediador com o desenvolvimento de um trabalho de priorização do diálogo e da harmonia entre as mediados, tido como o propósito imediato da mediação. Na mediação, ao contrário do que se observa na conciliação, o acordo deve ser visado como objetivo secundário, ou seja, uma “conseqüência da real comunicação entre as partes”.³⁰¹

A esse respeito, Lília Maria de Moraes Sales elucidou o segundo elemento de diferenciação, qual seja: o propósito principal.

Na conciliação, resolve-se o conflito que se expõe, não cabendo ao conciliador apreciá-lo com profundidade, verificando o que há além dele. E ainda o conciliador intervém muitas vezes no sentido de formar um acordo. Na mediação, é preocupação primeira do mediador verificar todo o contexto do conflito, trabalhando-o, analisando os fatos e transformando o real conflito, não podendo o mediador forçar qualquer acordo. O acordo deve nascer porque as partes decidiram assim e não por intervenção de terceiro.³⁰²

A partir da identificação dos principais propósitos dos métodos autocompositivos em referência, depreende-se o terceiro ponto de diferenciação, a saber: a profundidade da apreciação do conflito. Por objetivar o acordo, nada mais natural que a apreciação do conflito pelo conciliador seja mais rasa ou superficial.

O mesmo não procede no exercício da mediação. Seu principal escopo – mais abrangente

²⁹⁹ Para conferir credibilidade, segue texto original: “El término ‘relación’ puede referirse a un vínculo comercial entre individuos o empresas, que también se beneficiarían con la posibilidad de continuar con su nexos después de que una mediación resolviera exitosamente un conflicto en particular.” (HIGHTON, Elena Inês; ÁLVAREZ, Gladys Stella; JASSAN, Elías. *Mediación y justicia*. Buenos Aires: Depalma, 1996, p. 143. Tradução nossa)

³⁰⁰ WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 132.

³⁰¹ SALES, Lília Maria de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 38.

³⁰² *Ibidem*, p. 38.

do que o propósito principal da conciliação – é a pacificação restauradora das relações conflituosas, e não das circunstâncias pontuais, motivadoras do conflito. Sendo o acordo uma consequência do desenvolvimento da comunicação produtiva, a apreciação do conflito, necessariamente, deve ser mais aprofundada, “[...] fazendo com que os interessados descubram as suas causas, removam-nas e cheguem, assim, por si só, à prevenção ou à solução da controvérsia”.³⁰³

O quarto e último elemento diferenciador entre a mediação e a conciliação – o modo de atuação do terceiro interventor –, comentado por Joel Dias Figueira Júnior³⁰⁴, é a forma de atuação do terceiro interventor. Na mediação, a atuação do terceiro interventor se dá de maneira um tanto quanto passiva³⁰⁵, por não lhe ser permitido opinar incisivamente, lançando propostas pessoais de soluções para as situações que lhe sejam apresentadas.

A passividade do mediador no que tange à formulação de propostas de acordo não deve ser interpretada como uma exigência de absoluta passividade ou inércia. Nesse sentido, Elena Inês Highton, Gladys Stella Alvarez e Elías Jassan delimitam os limites da atuação deste terceiro ao esclarecerem que “o mediador induz as partes a identificar os pontos da controvérsia, a reconhecer seus interesses por cima das posições, a explorar fórmulas de acordo que transcenda o nível da disputa, a ter do conflito uma visão produtiva para ambas”.³⁰⁶

Passivo na formulação de propostas, o mediador deve desenvolver junto aos seus mediados um papel de escuta ativa. Escutar os conflitantes é tarefa primordial para que o desenvolvimento de um diálogo produtivo entre os mesmos – objetivo primário da mediação –, assim como a identificação e discussão de manifestações não verbalizadas da controvérsia – os conflitos latentes –, façam do acordo uma consequência natural.

³⁰³ BRASIL. Projeto de lei n. 4.827, de 1998. Institui e disciplina a mediação como mecanismo complementar de prevenção e solução de conflitos no processo civil e dá nova redação ao art. 331 e parágrafos do Código de Processo Civil. **REVISTA DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO**. São Paulo: RT, n. 1, p. 256, jan.-abr. 2004.

³⁰⁴ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem**: legislação nacional e estrangeira e o monopólio jurisdicional. São Paulo: LTr, 1999, p. 31.

³⁰⁵ Vale destacar que, embora passivo no que tange à intervenção no mérito do conflito, o mediador é bastante ativo em termos de facilitação da resolução do conflito.

³⁰⁶ Para conferir credibilidade, segue texto original: “El mediador induce a las partes a identificar los puntos de la controversia, a reconocer sus intereses por encima de las posiciones, a explorar fórmulas de acuerdo que trasciendan el nivel de la disputa, a tener del conflicto una visión productiva para ambas”. (HIGHTON, Elena Inês; ÁLVAREZ, Gladys Stella; JASSAN, Elías. *Mediación y justicia*. Buenos Aires: Depalma, 1996, p. 42-43. Tradução nossa)

Já na conciliação, a intervenção do terceiro se dá de forma mais ativa ou participativa. Em outras palavras, o conciliador não se preocupa tanto com a manutenção de vínculos entre os conflitantes, ou com os aspectos não manifestados do conflito. Por ser a obtenção do acordo seu propósito principal e imediato, após ouvir as declarações das partes conciliadas, o conciliador lança suas propostas de soluções consensuais, declara o que considera ser vantajoso ou desvantajoso para as partes conciliadas, desconsiderando, muitas vezes, elementos velados do conflito.

Em evidente resgate da função ativa deste terceiro interventor, José Maria Rossani Garcez destacou: “[...] o conciliador não se limita apenas a auxiliar as partes a chegarem, por elas próprias, a um acordo, mas também pode aconselhar e tentar induzir as mesmas a que cheguem a este resultado, fazendo-as divisar seus direitos, para que possam decidir mais rapidamente”.³⁰⁷

A atuação interveniente do conciliador condiz com os propósitos da conciliação, mas deve ser vista com ressalvas. O perigo da propositura de soluções está no fato de que o que pode lhe ser mais vantajoso ou desvantajoso poderá não ser para os conflitantes. Por esta razão, consideramos mais importante do que o intuito imediato de obter o acordo, a criação de condições para que o mesmo possa ser formulado, sem que as partes sejam induzidas ao consenso, e de maneira que sejam atendidos os reais interesses, necessidades e possibilidades dos envolvidos.

2.7.1.4 Arbitragem

A difusão da arbitragem no ocidente contextualiza-se na terceira onda do movimento universal de acesso à justiça, razão pela qual podemos considerá-la mais um elemento de manifestação da comentada tendência de “deformalização das controvérsias”. Sua prática, todavia, não se inicia em decorrência da eclosão da crise de administração da justiça nas

³⁰⁷ Segundo Garcez, “no Brasil a expressão *conciliação* tem sido vinculada principalmente ao procedimento judicial, sendo exercida por juízes, togados ou leigos, ou por conciliadores bacharéis em direito, e representa, em realidade, um degrau a mais em relação à mediação, isto significa que o conciliador não se limita apenas a auxiliar as partes a chegarem, por elas próprias, a um acordo, mas também pode aconselhar e tentar induzir as mesmas a que cheguem a este resultado, fazendo-as divisar seus direitos, para que possam decidir mais rapidamente”. (GARCEZ, José Maria Rossani. **Técnicas de negociação**: resolução alternativa de conflitos: adrs, mediação, conciliação e arbitragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 48)

décadas de sessenta e setenta. A propósito, Eduardo Borges de Mattos Medina³⁰⁸ esclarece que sua presença é noticiada na Babilônia de 3.000 anos a. C.

No Brasil, a prática da arbitragem vem desde o Império. A Constituição de 1824, em seu artigo 160, estabelecia: “Nas causas cíveis e nas criminais civilmente intentadas, poderão as partes nomear Juízes árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as partes”.³⁰⁹

Enquanto prevista nos artigos 1.037 a 1.048 do Código Civil de 1916 e regulada pelos artigos 1.072 a 1.102 do Código de Processo Civil, a arbitragem consistia num MACRC conduzido por árbitros, cujas decisões, subordinavam-se à homologação judicial. Foi com o advento da Lei n. 9.307, promulgada em 23 de setembro de 1996, criada a partir de um projeto de apresentado pelo ex Vice-presidente da República e, então, Senador, Marco Antônio Maciel, que a arbitragem ganhou autonomia mediante regulamentação específica. Desde então, as decisões proferidas por árbitros – as chamadas sentenças ou laudos arbitrais – passaram a receber os mesmos efeitos daquelas proferidas em processo judicial.

A chamada “Lei Marco Maciel” foi concebida no Brasil em razão de diversos fatores, sintetizados a seguir:

[...] a assinatura de tratados internacionais no âmbito do Mercosul e com outros países onde a arbitragem faz parte integrante das normas comerciais; o excesso de processos tramitando perante os órgãos judiciários e tornando impossível uma rápida solução; a constatação de que os conflitos comerciais podem obter melhor desfecho quando resolvidos por pessoas mais afeitas a essa atividade do que os juízes de direito e, por fim, a necessidade de se seguir as modernas tendências de revitalização dessa forma privada de realizar justiça, sem prejuízo, é claro, do controle final do Estado.³¹⁰

Para José Maria Rossani Garcez, este método de pacificação de conflitos de natureza patrimonial disponível é definido,

[...] como uma técnica que visa solucionar questões de interesse de duas ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, sobre as quais as mesmas possam dispor livremente em termos de transação e renúncia, por decisão de uma ou mais

³⁰⁸ MEDINA, Eduardo, Borges de Mattos. **Meios alternativos de solução de conflitos:** o cidadão na administração da justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004, p. 19.

³⁰⁹ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. A arbitragem no contexto constitucional brasileiro. **Revista da associação dos juizes federais do Brasil**, [S.l.], p. 47-65.

³¹⁰ MEDINA, Eduardo, Borges de Mattos. **Meios alternativos de solução de conflitos:** o cidadão na administração da justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004, p. 51.

peças – o árbitro ou os árbitros – os quais têm poderes para assim decidir pelas partes por delegação expressa destas, resultante de convenção privada, sem estar investidos dessas funções pelo Estado.³¹¹

Na lição especializada de Carlos Alberto Carmona, a arbitragem foi assim conceituada:

A arbitragem – meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem a intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja, para a solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor.³¹²

E complementou, trazendo à baila o principal elemento de diferenciação entre a arbitragem e os demais MACRC já aludidos:

Trata-se de mecanismo privado de solução de litígios, através do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes. Esta característica impositiva da solução arbitral (meio heterocompositivo de solução de controvérsias) a distancia da mediação e da conciliação, que são meios autocompositivos de solução de litígios, de tal sorte que não existirá decisão imposta às partes pelo mediador ou pelo conciliador, que sempre estarão limitados à mera sugestão (que não vincula as partes).³¹³

A partir das definições apresentadas, extraímos algumas conclusões. A primeira delas é que, por ser praticada por árbitros ou tribunais privados, a arbitragem não se confunde como o exercício da função, da atividade e do poder jurisdicional pelo Estado. Apenas se assemelha em seus escopos, razão pela qual é majoritariamente chamada equivalente jurisdicional.³¹⁴

Observamos ainda que, na arbitragem, a escolha do terceiro interventor – o árbitro – é feita pelas partes, ao contrário do processo judicial em que a figura do juiz é imposta às partes.³¹⁵ Outra constatação, pautada no comando expresso no artigo 1º da Lei n.

³¹¹ GARCEZ, José Maria Rossani. **Técnicas de negociação**: resolução alternativa de conflitos: adrs, mediação, conciliação e arbitragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 48.

³¹² CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei n. 9.307/96. 2. ed. São Paulo: Atlas, p. 52.

³¹³ Ibidem, p. 52-53.

³¹⁴ Em sentido contrário, Carlos Alberto Carmona não desconsidera a natureza jurisdicional da arbitragem. Para ele, “o fato de encerrar-se a jurisdição como poder, atividade e função do estado não descaracteriza a jurisdicionalidade da arbitragem”. (Ibidem, p. 196-307)

³¹⁵ No que tange ao procedimento de escolha dos árbitros, importante frisar que “a arbitragem pode ser classificada como institucional e *ad hoc*. A primeira é aquela em que as partes recorrem a alguma instituição para escolha dos árbitros, optando por um procedimento interno para a solução do conflito. A segunda, também conhecida como arbitragem pessoal, é aquela em que as partes recorrem a um árbitro particular, sem vinculação com qualquer instituição, sendo que as partes e/ou árbitro decidem sobre o critério para solução da questão e optam pela solução segundo o critério mais escolhido. A arbitragem institucional deve seguir uma série de procedimentos e formalismos determinados pela instituição a que está vinculada. Já a arbitragem *ad hoc* é menos

9.307/94, consiste no fato de que somente serão objeto de condução pelo procedimento arbitral, os conflitos de interesses passíveis de apreciação, condução e resolução pela arbitragem devem versar sobre direitos patrimoniais disponíveis. Também é merecedora de registro a informação de que a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo nos termos do artigo 31 da referida lei. Por fim, conclusão não menos relevante é a de que, apesar de ser um MACRC de natureza adversarial – no sentido de que a decisão é imposta, e não lapidada pelo consenso –, a instauração da arbitragem deve decorrer da vontade expressa pelas partes na convenção arbitral³¹⁶, gênero do qual são espécies a cláusula compromissória – introduzida contratualmente para submeter questões contratuais futuras a este método – e o compromisso arbitral – termo que irá detalhar a arbitragem após surgido um determinado conflito de interesses, delimitando seus limites, discriminando os dados pessoais dos árbitros escolhidos, o lugar de realização da arbitragem, dentre outras providências necessárias.

A importância da difusão desta prática, acima de qualquer outro propósito ou característica, reside no fato de que, assim como o demais MACRC, representa mais uma opção posta à disposição daqueles que carecem de soluções para as mais diversas modalidades de conflitos. Já o seu maior desafio, também comum aos demais MACRC, encontra-se na difícil tarefa de superação do já comentado obstáculo cultural, mantido pelo mito de que a pacificação dos conflitos sociais deve vir do Estado, assim como pelas condenáveis práticas de mau uso da arbitragem³¹⁷, igualmente responsáveis por dificultar a sua plena difusão no Brasil.

formal e direta”. (COLAIÁCOVO, Juan Luis; COLAIÁCOVO, Cynthia Alexandra. **Negociação, mediação e arbitragem: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 97-98)

³¹⁶ A convenção em referência concretiza-se como manifestação da autonomia da vontade dos envolvidos no conflito. Nesse sentido, André Ramos Taveres asseverou que “Se ao Poder Judiciário incumbe a administração da justiça, com exclusividade, salvo os casos de julgamento excepcionais promovidos perante o Poder Legislativo, nada obsta, contudo, que as próprias partes promovam a solução arbitral da lide, investindo o árbitro de poder decisório relativamente à questão concreta que lhes interessa solucionar. Trata-se de aplicação do princípio geral da autonomia da vontade.” (BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. **As tendências do direito público no limiar de um novo milênio**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 193)

³¹⁷ A prática ilegal da arbitragem tem sido objeto de denúncias dirigidas a Instituições como o Ministério Público, a Ordem dos Advogados do Brasil e a Polícia Federal. Dentre os principais abusos ou ilegalidades manifestamente contrárias aos ditames da Lei n. 9.307/94, noticiam-se situações de “[...] câmaras que se intitulam tribunais, numa alusão ao Poder Judiciário, usam símbolos da República e oferecem cursos de arbitragem como condição para a obtenção de emprego de árbitro na própria instituição.” A intervenção dessas e de outras instituições no combate às violações desta ordem são fundamentais não somente para a responsabilização dos infratores, mas, acima de tudo, para que a sociedade compreenda os verdadeiros propósitos e particularidades deste eficaz MACRC, em crescimento ascendente no Brasil. (BAETA, Zínia.

Na seqüência, canalizaremos nossas atenções para a mediação: método alternativo de resolução de conflitos que ecoa, com propriedade irretocável, a teoria cappellettiana de justiça coexistencial.

3 MEDIAÇÃO

3.1 NOÇÕES HISTÓRICAS

Muito embora não se possa precisar o momento e o local do surgimento da mediação, é sabido que suas origens remontam à China antiga, muito antes do nascimento de Cristo.

Os chineses, na antiguidade, influenciados pelas idéias do filósofo Confúcio, já praticavam a mediação como principal meio de solucionar contendas. 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 mais justa maneira de consolidar essa paz seria através da persuasão moral e acordos e nunca através de coerção ou mediante qualquer tipo de poder.³¹⁸

A filosofia de Confúcio, que viveu no período aproximadamente compreendido entre 550 a 479 anos antes de Cristo³¹⁹, ainda hoje norteia a maneira por meio da qual os conflitos são conduzidos e solucionados na China, país que, a exemplo do Japão³²⁰ e tantos outros – notadamente orientais –, destaca-se pela tradição autocompositiva na resolução de conflitos.³²¹

Traços da utilização da mediação são identificados em quase todas as culturas do mundo³²², das ocidentais às orientais, das mais antigas às contemporâneas. Mas, apesar de bastante antiga e amplamente difundida no oriente, a mediação somente se tornou

³¹⁸ SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 67-68.

³¹⁹ RODRIGUES JR, Wlasir Edson. A prática da mediação. In: FIUZA, César et al. **Direito civil: atualidades**. Del Rey: Belo Horizonte, 2003, p. 293-331.

³²⁰ No Japão, a cultura da não adversariedade pode ser medida pelo pequeno número de advogados – proporcionalmente aos países ocidentais como Estados Unidos e Brasil –, pela grande quantidade de negociadores habilidosos, bem como pelo papel de liderança desempenhado por mediadores nas comunidades. Os mediadores japoneses têm como principal função “[...] impedir que as contendas cheguem às vias da justiça”. (SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 68)

³²¹ Espalhados por todo o território chinês, milhares de Comitês Populares de Mediação são colocados à disposição da população interessada da pacificação não adversarial de conflitos. De acordo com Maria de Nazareth Serpa, no ano de 1981, já existiam 100.000 Comitês de Mediação em território chinês. (SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 215)

³²² “Culturas judaicas, cristãs, islâmicas, hinduístas, budistas, confucionistas e muitas indígenas têm longa e efetiva tradição na prática da mediação.” (MOORE, Christopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 32)

formalmente institucionalizada a partir da virada do século XX.³²³ Desde então, a mediação passou a ser mundialmente reconhecida como um eficaz método de condução e de resolução de conflitos de diversas naturezas.³²⁴

A título de contextualização das razões da difusão da mediação nas últimas três décadas, no ocidente, recorreremos aos dizeres de Christopher W. Moore, que asseverou:

Este crescimento deve-se em parte a um reconhecimento mais amplo dos direitos humanos e da dignidade dos indivíduos, à expansão das aspirações pela participação democrática em todos os níveis sociais e políticos, à crença de que um indivíduo tem o direito de participar e de ter o controle das decisões que afetam sua própria vida, a um apoio ético aos acordos particulares e às tendências, em algumas regiões, para maior tolerância à diversidade. A mudança também tem sido motivada pela crescente insatisfação com os processos autoritários de tomada de decisão, acordos impostos que não se ajustam adequadamente aos interesses genuínos das partes, e aos custos cada vez maiores – em dinheiro, tempo, recursos humanos, solidariedade interpessoal e comunitária – de processos adversariais, do tipo ganhador-perdedor de resolução de disputas.³²⁵

Os eventos acima mencionados impulsionaram a expansão da mediação nos cinco continentes, com destaque para os Estados Unidos, onde a ascensão desses MACRC pôde ser sentida de forma mais rápida.³²⁶ Neste contexto, os anos 70 e 80 foram marcados pela universalização da cultura da mediação, fenômeno motivado por diversos fatores, dentre os quais, o já comentado imperativo que impulsionou a eclosão da terceira onda do movimento universal de acesso à justiça, qual seja: a incessante busca pela amenização dos efeitos negativos gerados pelos obstáculos processuais à efetivação do direito fundamental de acesso à justiça.

3.2 CONCEITUAÇÃO

³²³ MOORE, Christopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. 2. ed. Porto Alegre: Artes Médica, 1998, p. 34.

³²⁴ Nos Estados Unidos, por exemplo, há 25 anos, a mediação não detinha a notoriedade que hoje possui, sendo uma opção relativamente desconhecida pela população. “Embora houvesse apenas alguns poucos centros de mediação no início da década de 70, agora há mais de 400 (JOHNSON, 1993). A mediação tornou-se institucionalizada em comunidades, *campi* universitários e em outros lugares, sendo utilizada para tratar de uma gama cada vez maior de conflitos, inclusive aqueles entre locadores e locatários, comerciantes e clientes, colegas de trabalho, parceiros de negócios, vizinhos, familiares e organizações”. (SHAILOR, Jonathan G. Desenvolvendo uma abordagem transformacional à prática da mediação: considerações teóricas e práticas. In: SCHNITMAN, Dora Fried; LITTEJOHN, Stephen (Coord.). **Novos paradigmas em mediação**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1999, p. 72)

³²⁵ MOORE, Christopher W. Op. cit., p. 34, nota 322.

³²⁶ O primeiro setor onde a mediação foi formalmente instituída nos Estados Unidos foi o das relações trabalhistas, ainda no século XIX. (COLAIÁCOVO, Juan Luis; COLAIÁCOVO, Cynthia Alexandra. **Negociação, mediação e arbitragem: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 71)

Inauguramos a proposta de atribuição de sentidos ao método alternativo de condução e de resolução de conflitos em estudo com a apresentação da etimologia do vocábulo mediação, que oriundo do termo latino *mediare*, significa “[...] mediar, dividir ao meio ou intervir, colocar-se ao meio”.³²⁷ Na lição de Elena I. Highton e Gladys S. Álvarez, a mediação assim foi conceituada:

A mediação é um procedimento não adversarial no qual um terceiro imparcial ajuda as partes a negociar para chegar a um acordo mutuamente aceitável. Constitui um esforço estruturado para facilitar a comunicação entre os contrários com o qual as partes podem voluntariamente evitar se submeter a um longo processo judicial – com o desgaste econômico e emocional que este comporta – podendo acordar uma solução para seu problema de forma rápida, econômica e cordial. Considera a resolução em termos de cooperação, com enfoque no futuro e com um resultado no qual, os dois ganham, mudando as atitudes que adotam no litígio no qual a postura é antagônica, porque uma parte ganha e outra perde. Na mediação, todas as partes se tornam ganhadoras, uma vez que chega a uma solução consensual e não existe o ressentimento de se sentir ‘perdedor’ ao ter que cumprir o decidido por um juiz.³²⁸

Já Christopher Moore³²⁹ conceituou a mediação como:

[...] um prolongamento ou aperfeiçoamento do processo de negociação que envolve a interferência de uma aceitável terceira parte, que tem um poder de tomada de decisão limitado ou não-autoritário³³⁰. Esta pessoa ajuda³³¹ as partes principais a chegarem de forma voluntária a um acordo mutuamente aceitável das questões em disputa. Da mesma forma que ocorre com a negociação, a mediação deixa que as pessoas envolvidas no conflito tomem as decisões. A mediação é um processo voluntário em que os participantes devem estar dispostos a aceitar a ajuda do interventor se sua função for ajudá-los a lidar com

³²⁷ SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 145.

³²⁸ Para conferir credibilidade, segue texto original: “La mediación es un procedimiento no adversarial en el cual un tercero neutral ayuda a las partes a negociar para llegar a un resultado mutuamente aceptable. Constituye un esfuerzo estructurado para facilitar la comunicación entre los contrarios, con lo que las partes pueden voluntariamente evitar el sometimiento a un largo proceso judicial -con el desgaste económico y emocional que éste conlleva- pudiendo acordar una solución para su problema en forma rápida, económica y cordial. Plantea la resolución en términos de cooperación, con enfoque de futuro y con un resultado en el cual o dos ganan, cambiando las actitudes que adoptan en el litigio en que la postura es antagónica, por lo que una parte gana y otra pierde. En la mediación todas las partes resultan ganadoras puesto que se arriba a una solución consensuada y no existe el resentimiento de sentirse ‘perdedor’ al tener que cumplir lo decidido por juez”. (HIGHTON, Elena I.; ÁLVAREZ, Gladys Stella. **Mediación para resolver conflictos**. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996, p. 122. Tradução nossa)

³²⁹ MOORE, Christopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 22-23.

³³⁰ Diz-se poder limitado, e não poder algum, uma vez que, apesar de não concentrar poderes decisórios sobre os rumos do conflito pelo mesmo conduzido – atributo conferido aos mediados –, o mediador é o responsável por presidir as sessões de mediação, responsabilidade esta que lhe exige poderes limitados de organização e estruturação dos trabalhos.

³³¹ Para Maria de Nazareth Serpa, é também uma opção de auto-ajuda, baseada no poder de cada parte, que “[...] pode ser definida como um processo no qual os participantes, com a assistência de uma ou mais pessoas, sistematicamente, isolam questões em disputa para desenvolver opções, considerar alternativas e alcançar uma decisão baseada em consenso, que possa atender às necessidades das partes.” (SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 147)

suas diferenças – ou resolvê-las. A mediação é, em geral, iniciada quando as partes não mais acreditam que elas possam lidar com o conflito por si próprias e quando o único meio de resolução parece envolver a ajuda imparcial de uma terceira parte.

Da lição do renomado mediador norte-americano, extraímos a idéia de que a mediação pressupõe a negociação direta ou assistida entre as partes envolvidas no conflito, pressuposto que requer do mediador que se presta a auxiliar os seus mediados, o conhecimento aprofundado de técnicas de negociação. Eis, em síntese, a razão pela qual Petrônio Calmon definiu a mediação como “[...] a negociação em que se insere um terceiro, que conhece os procedimentos eficazes de negociação e pode ajudar os envolvidos a coordenar suas atividades e ser mais eficaz em seu desiderato”.³³²

As definições acima transcritas atribuem ao termo mediação diferentes conotações, sem desconfigurar sua essência, mérito que, para nós, se justifica na contemplação de seus princípios balizadores, por nós considerados os responsáveis pela delimitação dos contornos deste método autocompositivo de acomodação coexistencial de conflitos de interesses.

Na seqüência, movidos pela pretensão de investigar as particularidades essenciais do MACRC em apreço, a título de complementação e de consolidação dos conceitos apresentados, analisaremos os essenciais princípios informadores da mediação. São eles: voluntariedade; não-adversariedade; imparcialidade; autoridade dos mediados; flexibilidade e informalidade dos procedimentos; consensualidade e confidencialidade.³³³

3.3 PRINCÍPIOS INFORMADORES

3.3.1 Voluntariedade

O princípio da voluntariedade tem sua influência projetada em momentos distintos do processo de mediação. Sem o preenchimento do requisito da voluntariedade pelas partes conflitantes, o processo de mediação não se sustenta, não podendo, sequer, ser iniciado.

³³² CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, 119.

³³³ Os princípios em referência foram, por nós, enfrentados na obra “Arquivos de direito público”, da qual participamos como colaboradores. (SANTOS, Ricardo Goretti. Mediação: acesso à justiça por uma via alternativa de condução e resolução de conflitos. In: PEDRA, Adriano Sant’Ana (Org.). **Arquivos de direito público: as transformações do Estado brasileiro e as novas perspectivas para o Direito Público**. São Paulo: Método, 2007, p. 237-259)

As partes mediadas devem intencionar o ingresso e a permanência no processo mediador. Por pressupor a manifestação de vontade das partes conflitantes, a mediação jamais poderá se originar de imposições de quaisquer espécies. Aqui reside um dos principais elementos de diferenciação entre a mediação e o processo judicial, conforme ponderou Walsir Edson Rodrigues Júnior, em trecho a seguir transcrito:

A voluntariedade estabelece uma notável diferença entre a mediação e o procedimento judicial, pois, na mediação, basta que uma das partes não tenha interesse em continuar no processo, fazendo com que ele tenha o seu fim decretado. Já no procedimento judicial, uma vez ajuizada a ação e decorrido o prazo para a resposta do réu, o seu desenvolvimento e a sua conclusão saem do âmbito da vontade exclusiva de uma das partes e passa para a responsabilidade do Estado [...].³³⁴

Primeiramente, o princípio da voluntariedade confere aos conflitantes a liberdade de escolha pelo processo de mediação. Desse modo, diz-se que o MACRC em referência é voluntário por não ser obrigatório ou impositivo. O princípio em referência manifesta-se, ainda, nos momentos que sucedem a manifestação da opção por confiar ao processo de mediação, a tarefa de condução de seus conflitos.

A voluntariedade dos mediados também projeta suas influências: na escolha ou na aceitação da intervenção imparcial de um mediador; na aceitação do desafio de se buscar o fortalecimento ou o restabelecimento da comunicação produtiva e dos laços fragilizados pela disputa; no interesse pela permanência no processo, que pode ser interrompido, a qualquer momento, por interesse do mediador ou de qualquer das partes envolvidas³³⁵; assim como na liberdade conferida aos mesmos para intencionar a realização das concessões recíprocas que viabilizarão a resolução autocompositiva de suas controvérsias.

A opção pelo processo de mediador, assim como a acordo de mediação, jamais serão impostos. Resultarão sempre do consenso entre as partes conflitantes. Se estes elegem ou aceitam a mediação como legítimo MACRC é porque estão convencidos de sua eficácia e

³³⁴ RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **A prática da mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 86.

³³⁵ O mesmo não se observa no processo judicial, que, por se fazer norteado pelo princípio do impulso oficial, não permite ao agente do Estado encarregado da prestação jurisdicional no caso concreto, eximir-se de dar seguimento ao feito até que a lide seja resolvida. A desistência da ação pelo autor é causa de extinção do processo sem julgamento de mérito (Art. 267, VIII, CPC), condicionada ao consentimento do réu, após decurso do prazo para a resposta (Art. 267, §4º, CPC). (BRASIL. Código de Processo Civil Brasileiro. **Vade Mecum Saraiva**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007)

de sua adequação. Nesse sentido, “presume-se, portanto, que o indivíduo, ao resolver optar por esse meio amigável de solução de conflitos, o faz conscientemente e por vontade própria; e ainda quando soluciona a controvérsia por via de mediação o faz também com total liberdade”.³³⁶

A voluntariedade representa, portanto, um requisito essencial para que a pacificação autocompositiva de um conflito se consolide e se materialize em um acordo livremente construído por aqueles que vivenciam diretamente os efeitos de uma controvérsia.

3.3.2 Autoridade dos mediados

A autoridade dos mediados é princípio que confere aos mediados o poder de tomada de decisão sobre o conflito. O fato de serem presididos e auxiliados por um terceiro – o mediador –, não lhes furta o poder de autodeterminação, o que significa dizer que “[...] as partes têm a faculdade, o direito e o poder de definir suas questões, necessidades e soluções e determinar o resultado do processo da mediação, sendo responsabilidade das partes decidirem mutuamente os termos de qualquer acordo que seja celebrado”³³⁷.

Aos mediados cabe estabelecer a medida do suficiente para que, mediante a realização de práticas de concessões bilaterais, materializem, em termos de acordo, o produto do consenso. Por tais razões, consideram-se os mediados os protagonistas da mediação.

Ao mediador restam tarefas importantes, como, por exemplo, a de presidir as sessões de mediação, incentivar e auxiliar as partes na construção de acordos. Mediadores e mediados desenvolvem funções específicas e absolutamente complementares, que podem ser identificadas nos dizeres transcritos a seguir.

O mediador auxilia as partes a restabelecer a comunicação entre si e a avaliar os objetivos, opções e conseqüências de seus atos, conduzindo a um entendimento que seja satisfatório para ambas. Esse entendimento é alcançado pelas partes, por intermédio da reflexão e de novos vínculos que aparecem, como fruto do diálogo entre as partes, que antes encontrava-se prejudicado; uma comunicação nova que permite às partes acordarem.³³⁸

³³⁶ SALES, Lúcia Maria de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 45.

³³⁷ CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 122-123.

³³⁸ SALES, Lúcia Maria de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 47.

A concentração do poder de autodeterminação leva os mediados ao desenvolvimento de competências e de responsabilidades fundamentais à autocomposição de seus conflitos. Atentos aos interesses, às necessidades e às possibilidades envolvidos no quadro conflituoso, sob o auxílio de um ou mais mediadores, os mediados devem se mostrar interessados na consagração da justiça coexistencial. Para tanto, é fundamental que estejam tomados por sentimentos de cooperação e de abdicção parcial de suas pretensões.

Decisões tomadas nas circunstâncias aqui comentadas tornam-se mais suscetíveis de cumprimento, já que elaboradas pelas partes interessadas. Deste modo, observamos que o sucesso de um processo de mediação, como de qualquer outro de natureza autocompositiva, sempre irá pressupor o envolvimento de indivíduos comprometidos com o ideal da acomodação pacífica de suas controvérsias.

3.3.3 Não-adversariedade

Na visão de Joel Dias Figueira Júnior, o caráter não-adversarial da mediação deve ser interpretado como “[...] uma resposta ao incremento da agressividade e desumanização de nossos dias, através de uma nova cultura”.³³⁹ Trata-se, portanto, de um traço fundamental para o desenvolvimento do diálogo e, conseqüentemente, para a cooperação entre as partes inseridas no processo.

Do princípio da não-adversariedade ou da não competitividade, extrai-se a idéia de que a mediação deve proporcionar resultados equilibrados do ponto de vista da satisfação dos interesses envolvidos. A coexistência entre os mediados é fundamental para que, ao final do processo de mediação, ambos satisfaçam suas pretensões da forma mais ampla possível. Daí resulta a importância da realização de concessões mútuas e equilibradas para que o resultado idealizado seja alcançado.

O espírito do antagonismo ou competição, próprio dos processos adversariais de resolução de conflitos, não se aplica à mediação, o que nos leva a afirmar que os

³³⁹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**: análise crítica da lei 9.307, de 23.03.1996. São Paulo: RT, 1999, p. 131.

mediados não devem esperar tudo vencer – mediante a consagração total de suas pretensões individuais –, ou temer tudo perder – com a integral negativa à satisfação de seus interesses particulares.

3.3.4 Imparcialidade

A imparcialidade é atributo indispensável à figura do mediador. Traduz uma postura de equidistância deste terceiro em relação às partes mediadas, bem como ao resultado que cada uma delas possa almejar.

O mediador atua junto aos mediados não no sentido de favorecê-los, mas sim de auxiliá-los na tarefa da pacificação autocompositiva do conflito em processo de condução. Assim como o juiz no processo judicial, o árbitro na arbitragem e o conciliador na conciliação, em uma mediação, ao mediador é vedado beneficiar qualquer dos mediados. O desinteresse no mérito das questões que lhes são apresentadas, aliado à abstenção de favoritismos, são traços característicos do princípio da imparcialidade.

Ao discorrer sobre a rigidez extremada ao princípio da imparcialidade do juiz, Francisco das Chagas Lima Filho³⁴⁰ asseverou que a imparcialidade do juiz não deve ser confundida com passividade ou neutralidade absoluta.

Na seqüência, ao apresentarmos as razões desta afirmação, destacaremos que o mesmo deve ser dito em relação à imparcialidade do mediador. A imparcialidade de um magistrado não se confunde com a passividade pelas razões seguintes:

Em determinadas situações, onde haja absoluta desigualdade material entre as partes, do juiz exige-se não apenas reequilibrar as situações díspares, mas dele também se espera uma atitude, seu talento, esforço e inteligência pessoal para aplicação das oportunidades às partes menos favorecidas para que possam ter garantido de forma efetiva o direito de acesso à justiça. E isso não se trata, à evidência, de opção preferencial pelos pobres ou de aplicação do direito alternativo, mas sim de permitir no âmbito da efetividade, que o acesso seja igual para todos, o que a aplicação rígida do princípio da imparcialidade jamais permitirá.³⁴¹

O mesmo deve ser dito em relação ao mediador que preside a condução do conflito. Este

³⁴⁰ LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Acesso à justiça e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 225.

³⁴¹ *Ibidem*, p. 227-228.

terceiro, assim como o juiz, também não pode se furtar das diferenças entre as partes mediadas, ou descuidar-se diante de circunstâncias em que as partes intentam a estruturação de acordos prejudicados do ponto de vista legal. Ao contrário, o mediador deve preocupar-se com situações de desequilíbrio de poderes entre as partes. E ainda que não possua poderes decisórios sobre a resolução do conflito, deverá recusar-se a formalizar acordos propostos pelos seus mediados quando, por exemplo, se apresentam eivados de vícios de consentimento ou de ilegalidades de todo gênero.

Em que pese as constantes remissões aos vocábulos como se sinônimos fossem, neutralidade e imparcialidade são igualmente inconfundíveis. A propósito da diferenciação entre estes atributos, José de Albuquerque Rocha³⁴² esclareceu que, enquanto a imparcialidade de um magistrado traduz o seu distanciamento em relação ao processo, as partes ou aos seus interesses pessoais, a neutralidade representaria uma total indiferença em relação aos valores, impressões, convicções e princípios que lhes são imanentes como ser humano.

A pretensa neutralidade de um magistrado é também utópica como atributo exigido de um mediador ou de qualquer indivíduo. O mito da neutralidade do mediador, sabidamente, não se sustenta. Por mais que se esforce para manter-se totalmente isento, um ser humano jamais poderá desconsiderar que, por trás da equidistância, sempre haverá manifestações de seu inconsciente, de sua essência.

Além de ser um compromisso do mediador para com os seus mediados, a imparcialidade figura como um instrumento de conquista da confiança dos mesmos, que depositam naquele a confiança na condução de seus conflitos, na preservação de seus segredos e intimidades.

3.3.5 Consensualidade

O processo mediador, conforme já mencionado, deve se pautar na estrita observância dos interesses, das necessidades e das possibilidades envolvidas das partes mediadas.

Desse modo, parte-se do pressuposto de que o melhor resultado para um conflito mediado

³⁴² ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 30-31.

é aquele capaz atender, não somente aos interesses e às possibilidades contrapostos, como também às necessidades envolvidas. Ocorre que desvendar necessidades individuais é tarefa árdua que requer do mediador, além de sensibilidade, bastante experiência no emprego das técnicas de mediação.

Na concepção de Abraham Maslow, citado por José Maria Rossani Garcez, as necessidades podem ser hierarquicamente dispostas do seguinte modo:

As necessidades biológicas de sobrevivência, como a de alimentos e água, formam a base da pirâmide, enquanto que as necessidades psicológicas, como a de amar, constituem um nível superior. Uma pessoa que não tenha preenchido suas necessidades básicas físicas e de segurança não podem alcançar o estágio superior. A pessoa que pode satisfazer a todas suas necessidades possíveis simultaneamente, se *auto-realiza*. O conceito de hierarquia acima referido atende às necessidades dos mediadores porque a maioria dos usuários procuram os mediadores ante a ameaça de perder os bens que representam suas necessidades básicas. [...] A meta das pessoas envolvidas na mediação não é levar adversários às barras dos tribunais e triunfar sobre os oponentes, mas sim recuperar ou melhorar sua colocação em direção ao topo da pirâmide acima caracterizada por Maslow e, conseqüentemente, melhorar a satisfação de suas necessidades.³⁴³

Assim, conscientes das peculiaridades da relação conflituosa pelos mesmos constituída e fundados no consenso, os mediados detém a responsabilidade de consensualmente decidir os seus conflitos, elaborando acordos mutuamente aceitáveis³⁴⁴, voluntários e que, deste modo, certamente terão maiores probabilidades de serem cumprido do que as decisões impostas nos processos adversariais. Neste sentido, Eduardo Borges de Mattos Medina³⁴⁵ asseverou que os conflitantes que buscam a resolução de suas controvérsias por meio do diálogo sentem-se responsáveis pelo resultado acordado e o cumprem, afastando a reincidência em disputas decorrentes da mesma causa. A afirmação em referência, segundo o autor, decorre de experiências realizadas no Escritório Modelo da PUC-SP.

O mediador que não se aprofunda nos meandros do conflito conduzido, que não conhece

³⁴³ GARCEZ, José Maria Rossani. **Técnicas de negociação**: resolução alternativa de conflitos: adrs, mediação, conciliação e arbitragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 55-56.

³⁴⁴ Sobre a aceitabilidade das decisões criadas pelas próprias partes, Maria de Nazareth Serpa teceu os seguintes comentários: “a vontade das partes se manifesta de maneira autônoma e soberana, e os direitos podem fazer parte do arsenal de valores das partes, mas as decisões só as vinculam na medida de seu entendimento, conscientização e aceitação de suas premissas. [...] Aceitam as decisões, não como forma de acomodar situações, mas efetivamente resolver os problemas. Aceitam porque foram elaboradas mediante seus próprios valores, princípios, normas e costumes e representam suas próprias aspirações, constituindo-se em expressão de sua própria personalidade”. (SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 157)

³⁴⁵ MEDINA, Eduardo, Borges de Mattos. **Meios alternativos de solução de conflitos**: o cidadão na administração da justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004, p. 99.

as causas e os efeitos dele decorrentes, ou mesmo as pretensões e as expectativas de cada um dos envolvidos, jamais contribuirá para o processo mediador possa surtir efeitos positivos.

Sempre amparado nos recursos disponíveis em cada caso concreto – na observância às particularidades da relação conflituosa –, o terceiro interventor deve pautar a tarefa de condução de qualquer conflito no compromisso primário com a valorização do fortalecimento ou do restabelecimento da comunicação fragilizada ou interrompida entre os mediados.

Os tempos atuais são marcados por uma perigosa tendência de fragilização do diálogo, gerada por uma crescente e drástica diminuição do contato pessoal entre seres humanos. Tal observação foi registrada por Lília Maia de Moraes Sales, que protestou:

A falta de diálogo e de compreensão está afastando as pessoas umas das outras, tornando-as cada vez mais individualistas. Como consequência da falta de diálogo e desse individualismo, a incidência de conflitos está cada vez maior. Qualquer questionamento sobre a vida ou atos pode ser motivo para graves crimes. A intolerância e a falta de compreensão constituem frutos da falta de comunicação.³⁴⁶

Diante desta conjuntura, consciente da sua potencial contribuição para a disseminação da concepção coexistencial de justiça entre os mediados, cabe ao mediador empenhar-se no incentivo ao desenvolvimento do diálogo, sem o qual as partes jamais praticarão os atos de concessões mútuas, fundamentais para a concretização do almejado consenso.

3.3.6 Confidencialidade

O princípio da confidencialidade estabelece que as informações confiadas ao mediador devem ser preservadas no mais absoluto sigilo, salvo declaração expressa em contrário, manifestada pelos mediados. Em regra, consideram-se sigilosas as informações prestadas pelas partes, ainda que o processo de mediação seja abortado pela impossibilidade de construção de um acordo que ponha fim ao conflito mediado. A propósito, “inclusive se não se consegue o acordo, o centro de mediação ou o mediador pode informar ao tribunal

³⁴⁶ SALES, Lília Maria de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 134.

interveniente no pleito que a mediação não teve êxito no sentido de não ter conseguido o acordo, mas não pode informar sobre o que foi dito nem sobre o revelado pelas partes”.³⁴⁷

Em razão dessa exigência, recomenda-se que o mediador inaugure o processo de mediação com o esclarecimento de que jamais divulgará a terceiros as informações prestadas pelos mesmos. De todos os princípios informadores da mediação, o seu caráter privativo ou confidencial talvez seja a mais importante, principalmente em situações em que pessoas físicas ou jurídicas busquem a não exposição dos seus conflitos ao público.³⁴⁸

A importância do sigilo, para a mediação, foi reconhecida por Adriana Schiffrin, nos termos seguintes:

A boa fé, a confiança e o convencimento de que a troca direta de propostas é o que leva a um acordo duradouro são os pilares nos quais se sustenta a mediação. Assim, um requisito inescusável do processo é que as partes e o mediador possam se comunicar com total liberdade. Para ser efetivo, o mediador deve poder solicitar informações e fazer perguntas que não seriam respondidas se existisse o perigo de sua utilização posterior fora de contexto. A informação que intercambiam as partes deve de alguma maneira estar protegida.³⁴⁹

Desta feita considera-se essencial a garantia da preservação do sigilo por transmitir aos mediados a confiança necessária para que possam exteriorizar suas intimidades na presença de um terceiro, muitas vezes, desconhecido.³⁵⁰ Ao socializarem tais informações de maneira aberta e verdadeira, os mediados aumentam as possibilidades de estruturação de um acordo mais fiel às particularidades do conflito conduzido.

³⁴⁷ Para conferir credibilidade, segue texto original: “Inclusive si no se logra el acuerdo, el centro de mediación o el mediador puede hacer saber al juzgado interviniente el pleito que la mediación no tuvo éxito en el sentido de haber logrado acuerdo, pero no puede informar sobre lo dicho ni sobre lo revelado por las partes”. (HIGHTON, Elena I.; ÁLVAREZ, Gladys Stella. **Mediación para resolver conflictos**. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996, p. 198. Tradução nossa)

³⁴⁸ Para melhor ilustrar uma situação concreta, em que geralmente o interesse pela preservação total do sigilo se faz presente, trazemos à colação o caso de uma mediação de conflitos empresariais, em que, muitas vezes, a divulgação do teor da disputa poderia representar a perda de mercado, clientes ou negócios.

³⁴⁹ Para conferir credibilidade, segue texto original: “La buena fe, la confianza y el convencimiento de que el intercambio directo de propuestas es lo que lleva a un acuerdo duradero son los pilares en los que se sostiene la mediación. Así, un requisito ineludible de proceso es que las partes y el mediador puedan comunicarse con total libertad. Para ser efectivo, el mediador debe podersolicitar información y hacer preguntas que no serían contestadas sí existiera el peligro de su utilización posterior fuera de contexto. La información que intercambian las partes debe de alguna manera estar protegida”. (SCHIFFRIN, Adriana. La mediación: aspectos generales. In: GOTTHEIL, Julio; SCHIFFRIN, Adriana (Compil.). **Mediación: una transformación en la cultura**. Buenos Aires: Paidós, 1996, p. 37-52. Tradução nossa)

³⁵⁰ O temor ou desconforto em compartilhar informações pessoais “[...] é ainda maior quando se pensa em fazê-lo em juízo, na presença de advogados, do magistrado, do auxiliar deste, e também do promotor público, ainda que o processo judicial [...] seja protegido pelo segredo de justiça”. (HAYANES, Jhon M.; MARODIN, Marilene. **Fundamentos da mediação familiar**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996, p. 46)

3.3.7 Flexibilidade e informalidade

A mediação é flexível por se revelar aplicável a conflitos de interesses de diversas naturezas, e, principalmente, por se apresentar, em sua prática, sem maiores vinculações a aspectos normativos rígidos e preestabelecidos, conforme se observa nos processos judiciais.

Tal princípio permite que o processo de mediação se estruture de diferentes formas, bem como que se amolde e se estenda por períodos variáveis, a depender das particularidades e complexidade de cada conflito, ou seja, dos ditames do caso concreto. A flexibilidade da mediação torna desnecessária a incidência de normas de caráter formal. Da não vinculação a questões ritualísticas, resulta a incidência do princípio da informalidade.

A mínima formatação ou vinculação a exigências de natureza formal potencializa a possibilidade de construção de decisões mais criativas e adequadas aos ditames da controvérsia em exame. Em se tratando de um processo autocompositivo, o excesso de formalismos fatalmente cercearia o mediador em sua liberdade de conduzir o conflito em observância aos interesses, às necessidades e às possibilidades do caso concreto. A propósito, ponderou John W. Colley:

Com exigências processuais mínimas, a mediação proporciona oportunidade ilimitada para que as partes exerçam flexibilidade ao comunicar suas preocupações e prioridades básicas com relação à disputa. A mediação pode mostrar às partes soluções alternativas potenciais, dar-lhes condições de melhorar e reforçar suas relações em interações futuras e estimulá-las a explorar e atingir soluções criativas que permitam ganhos mútuos e um alto grau de acato às decisões.³⁵¹

Os princípios da flexibilidade e informalidade, não só fazem com que cada processo mediador seja único, como também servem de justificativa para a pluralidade de modelos ou procedimentos que norteiam a prática da mediação de diferentes modos, mas sempre sem maiores vinculações. Nessa diversidade, aliás, reside a explicação para a indefinição dos especialistas em mediação quanto ao número, à seqüência e à nomenclatura das possíveis etapas de um processo mediador. A título de exemplificação dos padrões mais

³⁵¹ COOLEY, John W. **A advocacia na mediação**. Tradução de René Locan. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 29-30.

difundidos, destacamos, como Roberto Bianchi³⁵², os modelos de Acland³⁵³, de Folberg e Taylor³⁵⁴, de Bush e Folberg³⁵⁵ e de Sara Cobb³⁵⁶.

A incidência dos princípios da flexibilidade e da informalidade não quer, portanto, significar a inexistência de parâmetros técnicos, seqüenciais ou de organização no processo de mediação, notadamente em países como Argentina, França, Espanha e Estados Unidos, nos quais a prática da mediação, judicial e extrajudicial, é regida por legislações específicas.

Nesse sentido, Petrônio Calmon comentou que “a mediação não possui formas rígidas, mas sua realização profissional é caracterizada por métodos elaborados e comprovados com rigor científico. Por isso se qualifica como um mecanismo”.³⁵⁷ Em resumo, podemos traduzir os princípios da flexibilidade e da informalidade na simplicidade procedimental, entendida como a inexistência de excessos descabidos de rigidez que somente contribuiriam para obstaculizar a celeridade peculiar da mediação.

3.4 REQUISITOS DE VALIDADE

A natureza informal e flexível da mediação não torna desnecessário o preenchimento de

³⁵² BIANCHI, Roberto *apud* CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 133.

³⁵³ Modelo que prevê a execução do processo de mediação nas seguintes nove etapas: “[...] preparação e desenho do procedimento, reunião das partes em conflito, intervenção do mediador, dar curso à negociação, ajudando as partes a comunicarem-se, criação de um clima favorável á convergência, estabelecimento dos interesses que estão por trás das posições, derrubada das barreiras com idéias de solução e formulação concreta da proposta de autocomposição” (CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 133)

³⁵⁴ Modelo que se inicia com uma etapa inicial de estruturação e de criação de um ambiente de confiança, que compreende: o discurso inicial de apresentação do mediador e dos mediados, o apontamento das expectativas e posições, a revisão delimitação das regras do processo e a formalização do Contrato de Mediação e Honorários do Mediador. Na seqüência, prevê a delimitação dos problemas que deverão ser trabalhados no processo. Em seguida, estabelece uma fase de criação de opções de acordo e avaliação da viabilidade – do ponto de vista social, econômico e legal – do cumprimento das alternativas propostas pelas partes. Na seqüência, assim que for iniciada a fase de tomada das primeiras decisões pelos mediados, prevê a estruturação de um projeto de acordo que contemple os principais desejos dos mediados. Uma vez redigida, esta proposta é submetida à revisão dos interessados e de seus advogados, para fins de confirmação e de avaliação dos aspectos legais a ela pertinentes. (CAIVANO, Roque J.; GOBBI, Marcelo; PADILLA, Roberto E. **Negociación y mediación**. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2006, p. 236)

³⁵⁵ Modelo mais amplo que conta com vinte e sete movimentos a serem percorridas pelo mediador. (Ibidem, p. 236)

³⁵⁶ Modelo através do qual o processo mediador se orienta pela narrativa dos mediados diante do mediador. Nele, “[...] o mediador ouve os mediados, permitindo que o diálogo transcorra naturalmente, sem maiores interferências”. (CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 134)

³⁵⁷ Ibidem, p.121.

certos requisitos de validade.

Walsir Edson Ridrigues Júnior³⁵⁸ classificou estes requisitos em duas ordens: objetiva e subjetiva. O requisito de caráter objetivo se relaciona à natureza do conflito conduzido, que deve apresentar objeto lícito e versar sobre direitos e interesses passíveis de reconciliação, de transação, ou acordo de outra ordem. Os requisitos de ordem subjetiva, por sua vez, atingem os sujeitos participantes do processo mediador, quais sejam: os mediados e o mediador.

Dos mediados, exige-se a capacidade jurídica para dispor livremente de seus bens e pretensões mediante a realização de concessões necessárias à formalização de acordos. Indivíduos que não preenchem tais requisitos devem ser impedidos de figurar como sujeitos de um processo de mediação.

Além da capacidade jurídica, integram o rol das exigências de ordem subjetiva: a boa-fé e a inexistência de vícios de consentimento nos atos de manifestação de vontade praticados pelos mediados. Desta feita, “a manifestação de vontade das partes não pode estar com vício de consentimento, ou seja, maculada de erro, dolo, coação, simulação ou fraude”.³⁵⁹

Walsir Edson Rodrigues Júnior³⁶⁰ sustentou que a vindicação da capacidade jurídica não atinge o mediador. A afirmação se sustenta no argumento de que não haveria razões que justificassem a exigência da capacidade jurídica de um indivíduo que jamais terá participação na autoria das decisões proferidas pelas partes juridicamente capazes.

De fato, conforme se verá adiante, o mediador tem como função básica conduzir o conflito, facilitando a comunicação entre as partes e, conseqüentemente, a construção de um acordo. Isso não quer significar que não lhe seja recomendada a capacidade jurídica, o conhecimento técnico sobre a mediação e o tema do conflito por ele conduzido. No mesmo sentido, reconheceu o próprio autor:

³⁵⁸ RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **A prática da mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 83.

³⁵⁹ RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **A prática da mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 83.

³⁶⁰ *Ibidem*, p. 84.

[...] apesar de não ser considerado um requisito de validade para a mediação, a capacidade jurídica e técnica do mediador é essencial para o sucesso do processo. É com base na capacidade jurídica que o mediador poderá ser diretamente responsabilizado por eventuais falhas. A capacitação técnica é fundamental para o desenvolvimento da mediação.³⁶¹

Cumpre-nos ressaltar que, atualmente, dada a ausência de lei reguladora da mediação no Brasil, de fato, inexistem restrições quanto ao exercício da função de mediador.³⁶² A situação, todavia, tende a ser alterada com a entrada em vigor do Projeto de Lei n. 94/2002 (ANEXO 04), originário da Câmara dos Deputados e aprovado no dia 11 de julho de 2006 pelo Senado Federal, que disciplina e legitima a prática da mediação – judicial e extrajudicial – como método de prevenção e de resolução de conflitos.

De acordo com a referida proposta, que será objeto de nossa análise no capítulo 4, o exercício da função de mediador judicial ou extrajudicial pressupõe, além da capacitação técnica em mediação: a seleção e a inscrição do profissional em Registro de Mediadores mantido pelo Tribunal de Justiça local (artigos 11 e 12); capacidade e conduta ilibada, além da formação técnica e experiência prática adequada à natureza do conflito (artigo 9º).

As exigências para os mediadores tornam-se ainda maiores de acordo com a redação do artigo 11 do Projeto de Lei, que estabelece a reserva da função de mediador judicial aos advogados com comprovado exercício efetivo de atividades jurídicas pelo período mínimo de três anos.

3.5 ESCOPOS PRINCIPAIS

Os especialistas divergem quanto à definição dos objetivos principais da mediação. Alguns, como Maria Nazareth Serpa³⁶³, apontam como objetivos imediatos e mediatos da mediação, respectivamente, a formulação de um acordo que satisfaça os interesses envolvidos no conflito mediado, além da prestação de uma importante contribuição para a

³⁶¹ Ibidem, p. 84.

³⁶² Conforme bem lembrou Walsir Edson Rodrigues Júnior, a inexistência de lei específica que regulamente seus procedimentos não impede a prática da mediação em território nacional, “[...] desde que respeitados os pressupostos de validade do ato jurídico, ou seja, agente capaz, objeto lícito e forma prescrita em lei, além da boa fé”. Para fins de fundamentação do uso deste MACRC, o autor referenciou o artigo 851 do Código Civil Brasileiro, que estabelece ser “[...] admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar”. (Ibidem, p. 84)

³⁶³ SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 150-151.

“desobstrução do Poder Judiciário”³⁶⁴.

De fato, o que materializa formalmente a pacificação do conflito mediado é a elaboração do acordo. Todavia, o fato de ser considerado o elemento de consagração formal do sucesso de um processo mediador, ou mesmo o fato de ter inegável contribuição para a amenização dos comentados efeitos produzidos pelos obstáculos de natureza processual não tornam o acordo uma meta exclusiva, ou mesmo primária, a ser atingida.

A propósito, Lília Maria de Moraes Sales esclareceu que, “[...] ainda que a mediação se faça em nome do acordo, este não é o único objetivo. A função da mediação é educativa, importa sobretudo que as partes transformem o conflito e se transformem”.³⁶⁵

A partir dos dizeres acima transcritos, é possível compreender que, em se tratando de um método autocompositivo de pacificação de controvérsias, o acordo será sempre objetivado, o que não significa dizer que sua concretização não pressuponha a satisfação de outros objetivos primários. Na mediação, a resolução consensual de um conflito deve ser interpretada como uma consequência natural do desenvolvimento de um trabalho de criação de condições e de oportunidades necessárias à viabilização da construção de acordos capazes de materializar os interesses dos mediados: escopo que somente pode ser alcançado através do estabelecimento ou do fortalecimento da comunicação, da confiança e do respeito entre os mediados. Nesse sentido, Jean François Six assegurou:

Não é que a mediação não possa apresentar, como deveras apresenta em muitos países, resultados práticos de alta relevância quanto à diminuição das causas judiciais e, por consequência, quanto ao exercício jurisdicional de pacificação. Mas prioridade absoluta desse escopo, cuja validade é indiscutível, não pode ser o espírito que venha a governar-lhe a regulamentação, porque tenderia a degradá-la à condição exclusiva de uma função jurídico-processual, direta ou indireta, que significa apenas um dos múltiplos proveitos da sua vocação e dimensão de universalidade, cujo traço mais significativo é o de criar ou recriar laços entre as pessoas que se confrontem e reconheçam como tais.³⁶⁶

Por não privilegiar o acordo entre os mediados, mas a criação de condições para que uma solução possa ser criada pelos mesmos, diferente do que se observa na conciliação, na mediação, o terceiro interventor concentra canaliza suas atenções em tentativas de se “[...]”

³⁶⁴ Expressão utilizada por Juan Carlos Vezzula. VEZZULA, Juan Carlos. A mediação. O mediador. A justiça e outros conceitos. In: OLIVEIRA, Angela et al. (Coord.). **Mediação: métodos de resolução de controvérsias**. São Paulo, LTr, 1999, p. 115.

³⁶⁵ SALES, Lídia Maria de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 83.

³⁶⁶ SIX, Jean François. **Dinâmica da mediação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. X.

estabelecer ou fortalecer relacionamentos de confiança e respeito entre as partes ou encerrar relacionamentos de uma maneira que minimize os custos e os danos psicológicos”.³⁶⁷

Por esta razão, até mesmo por não ser função do mediador decidir os conflitos por ele mediados – papel que deve ser conferido às partes –, diz-se que o mediador tem como função mais nobre a de atuar como catalisador e facilitador da comunicação entre os seus mediados, de modo a auxiliá-los a descobrir os caminhos que os direcionarão a uma melhor convivência, mais harmônica, pacífica e susceptível a entendimentos que, conseqüentemente, os levarão a construir acordos condizentes com os interesses, as necessidades e as possibilidades dos envolvidos.

3.6 ELEMENTOS ESSENCIAIS

Três são os elementos essenciais ao regular desenvolvimento de um processo mediador, quais sejam: o conflito, as partes mediadas e o mediador.³⁶⁸

O conflito, conforme visto no capítulo primeiro, é o entrelaçamento de idéias, princípios, direitos ou interesses de diversas naturezas. Já as partes mediadas, que poderão ser pessoas naturais ou jurídicas, são as protagonistas da mediação, aquelas que, auxiliadas pelo mediador, decidirão dentre as soluções eventualmente apresentadas, a que trará maior satisfação aos interesses envolvidos.

As partes, assim auxiliadas, são as autoras das decisões e o mediador apenas as aproxima e faz com que possam melhor compreender as circunstâncias do problema existente e a avaliar-se das pressões irracionais e do nível emocional elevado, que lhes embaraça a visão realista do conflito, impossibilitando uma análise equilibrada e afastando a possibilidade de acordo.³⁶⁹

Para que possamos melhor compreender o terceiro e último elemento essencial de um

³⁶⁷ MOORE, Christopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 28.

³⁶⁸ Alguns autores, equivocadamente, incluem no rol dos elementos característicos do processo mediador a figura do advogado. Ocorre que, como destacou Maria de Nazareth Serpa, a intervenção deste profissional somente poderá ocorrer no momento em que é solicitada pelas partes, ficando sua atuação limitada à prestação de esclarecimentos legais ou factuais pertinentes ao conflito mediado, sempre na defesa do seu cliente, ou seja, parcialmente. Estamos obviamente nos referindo à atuação do advogado, no exercício de suas funções profissionais, uma vez que poderá o mesmo vir a ser considerado um elemento característico de uma mediação, caso esteja investido da função de mediador, momento em que passa a atuar de maneira imparcial. (SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 148)

³⁶⁹ GARCEZ, José Maria Rossani. **Técnicas de negociação: resolução alternativa de conflitos: adrs, mediação, conciliação e arbitragem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 53.

processo mediador – o mediador –, na seqüência, teceremos algumas considerações sobre fundamentais aspectos, referentes ao seu conceito, à formação, à capacitação e às funções.

3.7 MEDIADOR

3.7.1 Essência de um terceiro interventor

O mediador é o terceiro interventor que preside o ato de condução do conflito mediado, auxiliando as partes conflitantes a melhor descobrir o verdadeiro sentido de suas realidades, pretensões e necessidades, o que é essencial para que as mesmas possam chegar a acordos mutuamente satisfatórios.³⁷⁰

Em outras palavras, desta vez na definição de Lília Maria de Moraes Sales, o condutor da mediação seria um “[...] terceiro imparcial que auxilia o diálogo entre as partes com o intuito de transformar o impasse apresentado, diminuindo a hostilidade, possibilitando o encontro de uma solução satisfatória pelas próprias partes para o conflito”.³⁷¹

A contratação do mediador poderá se dar das duas formas seguintes. Na primeira, o mediador é diretamente contratado pelas partes interessadas. Atua, portanto, de forma autônoma, ou seja, desvinculada de uma instituição especializada na prestação de serviços de mediação.

Já na segunda modalidade, a contratação do mediador é intermediada por instituições especializadas – as chamadas Câmaras de Mediação –, que disponibilizam aos interessados – conflitantes – um corpo de mediadores com experiência profissional em matérias diversas. Nesta hipótese, fica a cargo das normas regimentais da instituição a definição de aspectos práticos de caráter procedimental, dos preceitos éticos a serem observados pelo mediador, assim como dos honorários cobrados no caso em exame.

Quanto aos possíveis modos de atuação do mediador, diz-se que este terceiro poderá atuar junto aos mediados: sozinho, ou em conjunto com um ou mais profissionais, geralmente

³⁷⁰ HIGHTON, Elena I.; ÁLVAREZ, Gladys Stella. **Mediación para resolver conflictos**. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996, p. 196.

³⁷¹ SALES, Lília Maria de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 79.

especializados em outras áreas, subjacentes ao conflito conduzido. O regime de condução do processo de mediação por dois ou mais mediadores recebe o nome de co-mediação, que, na lição de John W. Cooley, recebeu a seguinte definição:

[...] a co-mediação é um processo no qual mais de uma pessoa funciona como mediador. Esse processo envolve conceitos de mediação em equipe e de resolução de problemas por meio de métodos interdisciplinares, e pode ser adaptado às necessidades de uma disputa específica. Dependendo das características étnicas, culturais, de gênero ou de idade dos participantes da disputa, dois ou mais mediadores que tenham características que combinem com as das partes contendoras podem facilitar a criação de relações e a comunicação entre elas mais facilmente do que o faria um único mediador com quem os participantes da disputa tenham dificuldade em identificar-se.³⁷²

Conforme ponderado em linhas anteriores, a intervenção do mediador será sempre imparcial, restrita à condução do conflito mediado e exercida mediante o desenvolvimento e a utilização de estratégias e técnicas voltadas para o favorecimento de mudanças de atitudes nos seus mediados, a facilitação, o restabelecimento e o fortalecimento da produtividade da comunicação entre os mesmos.

Assim, não recai sobre o mesmo a responsabilidade pela formulação de uma decisão. Sua intervenção está enfocada a prestação de um auxílio às partes que pelo mesmo serão direcionadas a romper com o desafio da criação de condições necessárias para atinjam a maturidade necessária para a elaboração de um acordo satisfatório. Eis, em síntese, a razão pela qual o ofício do mediador pressupõe o compromisso com o restabelecimento e o fortalecimento do diálogo entre os seus conduzidos, a busca do equilíbrio de poderes entre as partes conflitantes, bem como a identificação dos reais interesses, necessidades e possibilidades envolvidas no quadro conflituoso.

3.7.2 Sua formação e capacitação

A prática da mediação no plano internacional comprova que, em regra, não há restrições quanto à formação profissional do mediador, o que significa dizer que a condução desta atividade não necessariamente será privativa de categorias profissionais específicas, como, por exemplo, a dos advogados, ou profissionais ligados à área da saúde mental, muito embora sejam estes os que tradicionalmente exercem a função.

³⁷² COOLEY, John W. **A advocacia na mediação**. Tradução de René Locan. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 234.

No Brasil, a realidade ainda não é diferente, embora tenda a ser modificada com a aprovação do Projeto de Lei n. 94/2002, já referenciado no presente capítulo, que impõe ao mediador judicial a exigência de pelo menos três anos de efetivo exercício de atividades jurídicas e a inscrição nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil (artigo 11, primeira parte). Além deste requisito específico do mediador judicial, figuram como vindicações comuns aos mediadores extrajudiciais: capacidade, conduta ilibada, formação técnica ou experiência prática adequada à natureza do conflito (artigo 9º); capacitação técnica, seleção e inscrição em Registro de Mediadores mantido pelo Tribunal de Justiça Local (artigo 11, segunda parte); além de imparcialidade, diligência, independência, aptidão e confidencialidade, que somente será quebrada por expressa convenção dos mediados (artigo 14).

O requisito estampado no artigo 11, primeira parte, do Projeto de Lei n. 94/2002, que não atinge a mediação extrajudicial, tem sido objeto de severas críticas, ainda que a vinculação da função a advogados com experiência mínima de três anos não impeça que profissionais de outras áreas de formação intervenham no processo, em regime de co-mediação. Alguns defendem que profissionais das áreas de psicologia, pedagogia, sociologia e assistência social seriam os mais indicados para figurar como mediadores, ao passo que outros apontam os advogados como os detentores do melhor perfil para a condução de mediações judiciais.

Nesse dispositivo, buscou o legislador exigir do mediador judicial a conjugação de dois requisitos, além da capacitação técnica que será comentada na seqüência. São eles: o conhecimento de cunho teórico-jurídico; aliado ao de caráter prático-jurídico, acumulados, respectivamente, nas Academias de Direito e no dia a dia do foro. Caso a intenção do legislador fosse diversa, bastaria impor ao mediador a comprovação do conhecimento teórico-jurídico, o que poderia ser suprido por bacharéis não inscritos nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil e desprovidos de experiência prática no exercício efetivo de atividades jurídicas.

A polêmica em questão, aliás, já foi digna de comentários por Mauro Cappelletti³⁷³, que, em artigo resultante de palestra proferida em Simpósio, intitulado “Processo civil e métodos alternativos de solução de conflitos”, pontuou três questões árdas ou dificuldades impostas à efetivação dos MACRC no quadro da terceira onda do movimento universal de acesso à justiça. Preocupações que, segundo do autor, justificam-se no risco que representam para uma eventual e indesejada produção de resultados injustos, ou de uma “justiça de segunda classe”³⁷⁴.

As duas primeiras questões árdas foram apresentadas por intermédio dos questionamentos seguintes: “(1) Quais as melhores espécies de instituições a promover: arbitragem, mediação, conciliação, e naturalmente uma fileira de procedimentos simplificados, assim como juizados de pequenas causas? (2) Quais as melhores espécies de pessoas para trabalhar em tais instituições?” A terceira ponderação, por sua vez, diz respeito à dificuldade de se “[...] determinar os padrões e garantias mínimos a ser mantidos nessas espécies alternativas de órgãos julgadores e procedimentos”³⁷⁵.

Acerca da segunda das três questões problematizadas pelo mestre italiano, Lília Maia de Moraes Sales³⁷⁶ argumentou que a vinculação não se justifica, pelo fato de poder ser satisfeita com um conhecimento legal mínimo. Parece-nos falho o argumento contrário à restrição imposta pelo artigo 11 da proposta legislativa em comento. Entendemos que o exercício da função de condução de um método autocompositivo, principalmente quando instaurado incidentalmente ao processo, em um ambiente judicial, justifica o domínio do assunto objeto da lide.

A probabilidade da construção de acordos contrários a disposições legais torna-se menor se a mediação é presidida por um mediador conhecedor do Direito. Por essas razões, consideramos fundamental o bom conhecimento – e não mínimo, como defendeu a autora citada – das normas jurídicas aplicáveis no caso em exame, ainda que os acordos produzidos obrigatoriamente venham a ser submetidos ao crivo homologatório do juiz da causa.

³⁷³ CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de processo**, São Paulo, ano 19, n. 74, p. 89, abr.-jun. 1994.

³⁷⁴ *Ibidem*, p. 89.

³⁷⁵ CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de processo**, São Paulo, ano 19, n. 74, p. 82-97, abr.-jun. 1994, p. 89.

³⁷⁶ SALES, Lília Maria de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 85.

Também em sentido contrário à referida exigência, Walsir Edson Rodrigues Júnior, manifestou-se em tom de reprovação da exigência do requisito estampado no artigo 11, primeira parte, do Projeto de Lei n. 94/2002. Após ressaltar que a exigência da formação advocatícia também se faz presente na Lei n. 24.573³⁷⁷, que regulamenta a prática da mediação na Argentina, o autor assim se posicionou:

Ora, não faz sentido tal exigência. Em algumas áreas, como, por exemplo, na área de família, o desempenho do mediador com formação em Psicologia tende a ser melhor do que o mediador formado em Direito. Além disso, até a arbitragem, em que o árbitro decide o conflito, ou seja, profere uma sentença, a Lei 9.307/96 não exigiu que fosse ele advogado.³⁷⁸

Na visão do autor supracitado, a formação do advogado seria outro argumento de sustentação da tese do não cabimento da exigência em tela. Para ele, “[...] o ideal é que a mediação seja conduzida por um mediador e um co-mediador com funções diferenciadas”.³⁷⁹

À luz do referido Projeto, a co-mediação, defendida pelo autor e reconhecida por nós como legítima em situações marcadas pela multidisciplinariedade, é considerada lícita nas situações em que, em razão da natureza ou da complexidade do conflito mediado, for recomendável a atuação conjunta do mediador com profissional de outra formação, especializado na área do conhecimento subjacente ao conflito (artigo 16). A co-mediação pode ser requerida pelos mediados ou pelo próprio mediador (artigo 16, §2º).

Não se discute, aqui, a importância da capacitação técnica, aliada à prática laboratorial, bem como os conhecimentos acadêmico-profissionais acumulados por este terceiro interventor. Inegável também se revela a contribuição prestada por profissionais de formação não jurídica, em benefício do melhor desenvolvimento de processos de mediação de conflitos multidisciplinares. Tanto é verdade que o próprio texto do Projeto estabelece a obrigatoriedade do regime de co-mediação, quando o conflito versar sobre o estado da pessoa e questões de Direito de Família. Nestas situações, necessariamente atuarão como co-mediadores: psiquiatras, psicólogos ou assistentes sociais (artigo 16,

³⁷⁷ O artigo 16 da Lei argentina n. 24.573 estabelece que, “para ser mediador, será necessário possuir título de advogado, e adquirir a capacitação requerida, e demais exigências estabelecidas em regulamento”. Tradução de Walsir Edson Rodrigues Júnior. (RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **A prática da mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 260)

³⁷⁸ Ibidem, p. 77.

³⁷⁹ RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **A prática da mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 77.

§1º).

Respeitadas as críticas à restrição imposta pelo artigo 11, não podemos deixar de reforçar que os profissionais de áreas não jurídicas jamais foram marginalizados pelo legislador do Projeto. Não tendo sido afastada a possibilidade de atuação conjunta de profissionais de diversas áreas do conhecimento científico, facultada e, portanto, preservada está, em toda e qualquer mediação, a interdisciplinariedade, bastante saudável em nosso entendimento.³⁸⁰

Em nosso sentir, o fato de ser os advogados acostumados a lidarem com as contendas adversariais – razão pela qual, muitas vezes, acabam sendo tomado pela cultura do litígio – não representa qualquer óbice para que um advogado possa presidir, com competência, um processo não adversarial como é o mediador.³⁸¹

Pensar de modo contrário é crer na ineficácia dos cursos de formação e de capacitação de mediadores, exigência que também se faz presente na mesma alínea “a” do artigo 11 do Novo Projeto, e que representa o ponto principal que conferirá ao mediador a qualificação técnica necessária para o mesmo possa, com sucesso: presidir as sessões de mediação; conhecer os interesses, necessidades, possibilidades, assim como eventuais desequilíbrios de uma das partes; ser realista com os envolvidos; transformar ambientes conflituosos e, acima de tudo, incentivar e fortalecer o diálogo produtivo entre os mediados, em prol da preservação da continuidade das relações e da formação de acordo satisfatórios.

O fundamental é que, independente da formação do mediador – em referência à sua bagagem acadêmico-profissional –, sua capacitação deverá permitir a reunião de conhecimentos sobre: dinâmica de diversas modalidades de conflitos; competitividade das negociações; habilidades de comunicação³⁸²; aspectos psicológicos da personalidade

³⁸⁰ Prova cabal de que a intenção do legislador é preservar a interdisciplinaridade está no §2º do artigo 15 do Novo Projeto, que restringe a ocupação da função de co-mediador aos profissionais não advogados.

³⁸¹ O estímulo à busca do consenso, inclusive, é um dever do advogado, nos termos do inciso VI do parágrafo único do artigo 2º do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, segundo o qual: “São deveres do advogado: [...] VI – estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios”.

³⁸² A possibilidade de obtenção de uma boa comunicação é destacada por Juan Carlos Vezzula como a base de todo conflito e seu tratamento. (VEZZULA, Juan Carlos. A mediação. O mediador. A justiça e outros conceitos. In: OLIVEIRA, Angela et al. (Coord.). **Mediação: métodos de resolução de controvérsias**. São Paulo: LTr, 1999, p. 117)

humana³⁸³; teoria das decisões³⁸⁴; leis que regem diversos casos³⁸⁵ e, finalmente, técnicas específicas de escuta, de investigação e de resumo³⁸⁶, atributos estes que deverão sempre ser mantidos pelo mediador, exigindo do mesmo, não somente a capacitação técnica ou acadêmica, mas também a prática de um contínuo processo de atualização.

Nos países onde a mediação é amplamente realizada, o oferecimento de cursos de capacitação de mediadores é intenso. Nos Estados Unidos, estudos teóricos e práticos sobre a mediação são desenvolvidos, inclusive junto às universidades como a Catholic University of America, a University of Colorado, a University of Illinois, a University of Maryland e, principalmente, a Southern University, que oferece a formação integral de formas alternativas de condução e de resolução de conflitos em níveis de bacharelado, mestrado e doutorado.³⁸⁷

Na Inglaterra, cursos introdutórios e treinamento técnico especializado em mediação são oferecidos por organizações como, por exemplo, Center for Dispute Resolution, The British Academy of Experts, Mediation U.K., The Family Mediators Association, The National Association of Family Mediation and Conciliation Services e IDR – Europe Limited e ADR Net.³⁸⁸

No Brasil, embora a prática da mediação ainda não seja largamente difundida, a preocupação com a capacitação dos mediadores também existe. A abordagem de temas relacionados à teoria e à prática da mediação de conflitos fica a cargo de cursos de capacitação de mediadores são oferecidos por diversos centros, espalhados por todo o país.

³⁸³ Conhecimentos básicos em psicologia humana são necessários ao mediador para que o mesmo possa melhor compreender os problemas peculiares dos seres humanos e, principalmente, as suas dificuldades de inter-relação. (Ibidem, p. 117)

³⁸⁴ Saber gerir o conflito mediado, de modo a analisar as diferentes alternativas apresentadas, auxiliando os mediados a encontrar as saídas para o caso conflituoso, é um dos principais atributos de um mediador. (Ibidem, p. 118)

³⁸⁵ Tal conhecimento é fundamental para que o mediador possa evitar que os seus mediados tomem decisões contrárias à lei, podendo, neste caso, ser sugerido aos seus mediados uma consulta a advogados. (Ibidem, p. 118)

³⁸⁶ As técnicas de investigação são fundamentais para que o mediador possa identificar os interesses, as necessidades e as possibilidades de cada um dos mediados, bem como os demais elementos característicos do conflito por ele conduzido. Já o poder de resumo lhe será útil no momento em que for necessário repassar as informações apresentadas por um mediado ao outro, no intuito de que os mesmos possam melhor compreendê-las. (Ibidem, p. 118)

³⁸⁷ SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 382.

³⁸⁸ Ibidem, p. 383.

A título de exemplo, podemos citar: em São Paulo, o Instituto Nacional de Mediação e Arbitragem – INAMA e o Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil – IMAB; no Rio de Janeiro, o Centro de Mediação e Arbitragem de Resolução Ética de Conflitos – MEDIARE; em Minas Gerais, o Instituto Mediar – MEDIAR; em Brasília, a Associação do Ensino Unificado do DF – AEUDF; em Pernambuco, o Centro de Mediação e Arbitragem de Pernambuco – CMAPE; em Florianópolis, o Centro Catarinense de Resolução de Conflitos – CCRC; e, no Amazonas, a Câmara de Mediação e Arbitragem do Amazonas – CMAM.

Tais cursos de capacitação, oferecidos nos níveis iniciante, intermediário e avançado, são formatados com cargas horárias variadas, divididas entre aprendizados teóricos e práticos supervisionados. O Instituto de Mediação e Arbitragem – IMAB, por exemplo, exige uma carga horária mínima de oitenta horas, além de cinquenta horas de estágio como mediador. Já no programa de capacitação oferecido pelo Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem – CONIMA –, são realizadas cinquenta horas de teoria e sessenta de prática supervisionada.

Em nível universitário, observa-se que cursos de extensão sobre a mediação e outras formas alternativas de condução e de resolução de conflitos são oferecidos por diversas instituições de ensino superior, dentre as quais destacamos a Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, a Universidade Estácio de Sá, a Faculdade Integrada da Bahia, bem como a Faculdade de Direito de Vitória – FDV –, que desenvolve a matéria junto aos alunos da graduação, sob perspectivas teóricas – nas disciplinas Conflitos e Suas Soluções e Métodos de Resolução de Controvérsias – e práticas – no sub-núcleo de mediação de seu Núcleo de Prática Jurídica.

A mediação é também objeto de estudo no programa de mestrado da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG, do programa de pós-graduação *lato sensu* da Universidade do Sul de Santa Catarina, sendo ainda objeto de prática jurídica dos cursos de graduação da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, da Universidade de São Paulo – USP, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, na Universidade de Fortaleza – UNIFOR.

3.7.3 Suas funções

Embora não seja permitido ao mediador decidir o conflito mediado, ou, sequer, induzir os mediados a construírem os acordos pelos mesmos considerados mais justos, não é acertado dizer que sua atuação se restringe à tarefa de presidir as sessões de mediação. Em se tratando de um método autocompositivo, o acordo voluntário, inquestionavelmente, deve ser intencionado pelos mediados e pelo mediador.

O acordo deve ser interpretado como a materialização do sucesso de uma mediação, que tem como principal escopo a pacificação não adversarial do conflito. Nesse sentido, cabe ao mediador, auxiliar seus mediados na concretização deste objetivo fundamental. Todavia, para que esse objetivo último da mediação seja satisfeito, diversas metas intermediárias devem ser atingidas, o que significa dizer que o mediador partirá da satisfação de objetivos primários, para que o secundário possa ser alcançado.

A título de exemplificação do rol de objetivos intermediários visados pelo terceiro interventor, Petrônio Calmon pontuou os seguintes:

[...] lograr ânimo de cooperação e confiança entre as partes, para que lhes seja possível compartilhar tarefas e informações relevantes; desenvolver a habilidade das partes para comunicarem-se, para compreender os sentimentos da contraparte e compartilhar as decisões necessárias; assegurar a todas as partes a oportunidade de que sejam escutados seus pontos de vista, para que sintam que foram tratadas com justiça; reduzir a tensão e o conflito, para que aqueles que mantêm uma relação próxima com ambas as partes não se vejam envolvidos em conflitos de lealdades; e obter das partes uma abertura total aos fatos relevantes, de modo a tomar decisões sobre a base de informação adequada, depois de haver considerado propostas alternativas para resolver as mesmas questões.³⁸⁹

De acordo com a escola de Massachussets (Massachussets Association of Mediation Programs), a responsabilidade do mediador inclui as seguintes funções:

[...] favorecer o intercâmbio de informação, prover de nova informação; ajudar a cada parte a entender a visão da contraparte; mostrar a ambas que suas preocupações são compreendidas; promover um nível produtivo de expressão emocional; manejar as diferenças de percepção e interesses entre os negociadores e outros, inclusive advogados e cliente; ajudar aos negociadores a avaliar alternativas realistas para possibilitar o acordo; gerar flexibilidade; mudar o foco do passado para o futuro; estimular a criatividade das partes, ao induzi-las a sugerir propostas de acordo; aprender a identificar os interesses particulares que cada uma das partes prefere não comunicar à outra; prover

³⁸⁹ CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 129.

soluções que satisfaçam interesses fundamentais de todas as partes envolvidas.³⁹⁰

Tantas funções demandam do mediador uma imensa gama de virtudes, dentre as quais enumerou Maria de Nazareth Serpa³⁹¹: atenção à dinâmica do ambiente da disputa; escuta ativa; flexibilidade; confiabilidade; isenção de julgamentos; criatividade; reputação ilibada e objetividade. Um bom mediador é aquele reúne as mencionadas qualidades naturais e as aprimora mediante o desenvolvimento técnico da mediação.

O mediador deve estar ciente de que o exercício de sua função lhe exigirá uma extensa e importante gama de atribuições, que serão individualmente comentadas a seguir. São elas: a tarefa de encorajar os mediados a buscar solucionar os seus conflitos de maneira consensual, a diversas outras medidas não menos nobres como, por exemplo: presidir as sessões de mediação; buscar conhecer as necessidades, os interesses e as possibilidades dos mediados; preocupar-se com o desequilíbrio de poderes entre os envolvidos no processo; ser realista com as partes, orientando-as a não ingressar em aventuras não condizentes com exigências legais; transformar o ambiente do conflito conduzido através da facilitação do diálogo produtivo e, por via de consequência, auxiliar na construção de acordos mais justos, equitativos, satisfatórios e duradouros.

3.7.3.1 Presidir as sessões

Compete ao mediador presidir formalmente o processo mediador, o que implica a responsabilidade pela definição de algumas questões operacionais, relacionadas ao horário, data, local e períodos de duração das sessões de mediação, dentre outras de caráter procedimental, como, por exemplo: a definição da conveniência da concessão de oportunidades de fala aos mediados; bem como a criação de um plano de mediação, o que se dá mediante a escolha das estratégias e das técnicas que considere mais indicadas para o caso concreto em exame.

O exercício dessa função pressupõe que mediador atue do seguinte modo:

1. Assegurando que as partes contem com um ambiente organizadamente

³⁹⁰ Ibidem, p. 123.

³⁹¹ SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 219.

apropriado e seguro para que as discussões ocorram efetivamente, construtivamente e sem interrupções.

2. Assumindo a responsabilidade pela condução do processo de acordo com as normas estabelecidas pelas partes.

3. Formulando uma agenda de acordo com as partes, ou adaptando a agenda de acordo com a situação.

4. Gerenciando as reuniões, regulando o tempo despendido nos diferentes aspectos, sob discussão: quando reunir-se com as partes separadamente, detendo condutas abusivas, permitindo ou prevenindo interrupções e, geralmente, assistindo às partes, no uso produtivo do tempo.³⁹²

O mediador é, portanto, o guardião do processo de mediação, aquele que, apesar de não decidir, responsabiliza-se pela integridade das partes mediadas, assim como pelo regular andamento do processo de mediação.

3.7.3.2 Buscar conhecer necessidades, interesses e possibilidades dos mediados

O mediador deve ser capaz de escutar, processar e interpretar as informações fornecidas pelos mediados no transcorrer das sessões de mediação. A capacidade de ouvir os mediados, como bem salientou John W. Cooley, pode ser a melhor ferramenta do mediador para conduzi-las ao caminho a resolução dos seus conflitos. Para ele:

Sabendo ouvir de forma eficaz, o mediador pode descobrir as orientações emocionais, psicológicas, e de valores que podem deter as chaves para a resolução de questões mais quantificáveis. Sabendo ouvir de forma eficaz, o mediador pode adquirir um entendimento claro dos interesses das partes e de suas dificuldades a partir da perspectiva dessas últimas, e é capaz de transmitir esse entendimento de volta às partes. Isto é algo que as partes não conseguem fazer sozinhas, sem auxílio.³⁹³

A escuta ativa é, portanto, o atributo que permite ao mediador identificar os reais interesses, as necessidades e as possibilidades de cada caso concreto, para, assim, poder conhecer as peculiaridades do conflito por ele mediado. Agindo assim, “o mediador induz as partes a identificar os pontos principais da controvérsia, a acomodar seus interesses aos da parte contrária, a explicar fórmulas de ajuste que transcendam o nível da disputa, produzindo uma visão produtiva para ambas”.³⁹⁴

³⁹² Ibidem, p. 223.

³⁹³ COOLEY, John W. **A advocacia na mediação**. Tradução de René Locan. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 71.

³⁹⁴ CALMON, Petrónio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 120.

Para conhecer o conflito, é fundamental saber mapeá-lo, o que deve ser feito mediante a assimilação de suas causas, a definição dos procedimentos cabíveis e necessários para a sua regular condução, ou mesmo a identificação dos interesses, direitos e pretensões contrapostas, envolvidas em seu contexto. O procedimento de identificação das principais causas de um conflito foi resumido por Christopher W. Moore do seguinte modo:

Primeiro, o mediador, dialogando com as partes (seja individualmente, seja em conjunto), observa e identifica elementos das atitudes, percepções, padrões de comunicação ou interações contínuas das partes que estejam produzindo um relacionamento negativo ou ocultando um relacionamento positivo. O mediador tenta determinar se a raiz do conflito está na falta de informações, na má informação, na peneira pela qual os dados são coletados ou nos critérios pelos quais são avaliados. Identifica os conflitos compatíveis e os conflitantes, ao mesmo tempo que explora quaisquer causas estruturais do conflito, tais como diferenças quanto à autoridade ou aos recursos, ou os impactos do tempo. Finalmente, o mediador apura as semelhanças e as diferenças nos valores defendidos pelos indivíduos. A partir de todas essas observações, tenta identificar as causas principais da disputa.³⁹⁵

As informações sobre as peculiaridades do quadro conflituoso são extremamente relevantes para o processo, na medida em que permitem ao mediador definir as melhores estratégias de abordagem de um conflito. O mapeamento do conflito é também fundamental para que os mediados melhor compreendam e aceitem as razões do outro, a medida da diferença entre o que buscam, o que necessitam e o que podem obter em termos de transação.

3.7.3.3 Preocupar-se com o desequilíbrio de poderes entre os mediados

O desequilíbrio de poderes ou forças entre as partes mediadas figura dentre os maiores obstáculos enfrentados pelo mediador na condução do processo.

Tais diferenças manifestam-se em forma de desníveis econômicos, sociais, emocionais, de conhecimentos sobre aspectos importantes do conflito, de habilidades de comunicação, de assessoramento técnico, dentre outros que devem ser observados e trabalhados num processo mediador, ao contrário do que ocorre nos processos judiciais, onde muitas vezes, sequer são identificados.

Mas a preocupação dos mediadores com a questão do desequilíbrio de poderes não se

³⁹⁵ MOORE, Christopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 61.

restringe à tarefa de minimizar sua influência negativa sobre a regular condução do conflito. A inquietação dos mediadores diante da identificação de qualquer dos mencionados fatores característicos de uma situação de desequilíbrio de forças, torna-se ainda maior no momento em que estes terceiros interventores se deparam com a necessidade de “[...] decidir se e como irão ajudar a parte mais fraca a moderar a influência da mais forte”.³⁹⁶

Segundo Christopher W. Moore³⁹⁷, o ato de auxiliar ou de fortalecer a parte mais fraca, estreitando os limites das diferenças entre os mediados, requer do mediador intervenções bastante cautelosas e não comprometedoras do ponto de vista do atributo da imparcialidade, que deve ser preservado. Nesse particular, a doutrina especializada no assunto tem se dividido.

Alguns entendem que, tendo o mediador a obrigação de contribuir para resolução consensual do conflito mediado, imperiosa seria a sua intervenção junto à parte mais fraca, fortalecendo-a para equilibrar a relação conflituosa. Já outros, como nós, receosos de que esta interferência o torne parcial, vislumbram esta intervenção com maiores restrições. Entendemos que intervenções neste sentido somente se justificariam em casos de desequilíbrios sensíveis e visivelmente equilibráveis. Nestes casos, a mediação se faz eficaz e, portanto, bastante indicada.

Nas situações em que o desequilíbrio de poderes represente um obstáculo intransponível, pensamos que mais indicado ao mediador seria a opção pela não interferência, seguida da declaração do impasse e da conseqüente extinção do processo mediador por impossibilidade de negociação.

3.7.3.4 Ser realista com as partes

O mediador deve figurar como um “agente da realidade”³⁹⁸, ou seja, como o elemento capaz de auxiliar os mediados a não embarcarem em aventuras ou ilusões. Deverá, portanto, verificar se as propostas de acordo apresentadas pelas partes são viáveis e,

³⁹⁶ Ibidem, p. 70.

³⁹⁷ Ibidem, p. 70.

³⁹⁸ MOORE, Christopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 31.

sobretudo, legais.

Dá a importância do acúmulo, pelo mediador, de conhecimentos relacionados a aspectos legais e psicológicos dos conflitos por ele mediados. Mas não é só. A atividade do mediador engloba, ainda, uma incessante busca pela percepção das necessidades, dos interesses e das fraquezas.

Em outras palavras: “o mediador tem de constatar até que ponto as partes estão sendo realistas, com relação ao caso, e não se deixam levar pelas suas propostas. [...] e essa conotação tem de ser explicitada, para a parte, que pode se melindrar por estar sendo contestada, como se não houvesse real neutralidade na intervenção”.³⁹⁹

Assim, as propostas de acordos não condizentes com a realidade, as expectativas, as possibilidades, ou os interesses de qualquer dos mediados devem ser identificadas e contestadas pelo mediador, sem prejuízo de sua imparcialidade. Propostas ilusórias ou utópicas do ponto de vista da legalidade ou da possibilidade dos mediados devem ser trazidas para a realidade e o conhecimento dos mediados, pelo mediador, a quem compete alertá-los para o fato de que, em qualquer conflito, as proposições devem ser factíveis.

3.7.3.5 Transformar ambientes de conflitos através da facilitação do diálogo

Considera-se transformador dos ambientes de conflitos o mediador que contribui para a construção de alternativas e facilita a comunicação entre os participantes do processo de modo a favorecer a produção de reações e interações positivas nos seus mediados. Em outras palavras:

O mediador modifica as relações entre os contendores, enaltecendo e controlando a comunicação entre eles, modificando suas percepções, equilibrando forças e debilidades e não propondo e defendendo acordos específicos. Se o mediador é eficiente e consegue fazer com que as partes participem, faz com que cheguem a *colocar-se por um momento no lugar do outro* e vejam as causas desde o ponto de vista deste, além do que lhe é próprio.⁴⁰⁰

³⁹⁹ SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 227.

⁴⁰⁰ Para conferir credibilidade, segue texto original: “El mediador modifica las relaciones entre los contendientes, enaltecendo y controlando la comunicación entre ellos, modificando sus percepciones, equilibrando sus diferentes fuerzas y debilidades y no proponiendo y defendiendo acuerdos específicos, Si ele mediador es eficiente y logra que las partes participen, hace que lleguen a *colocarse por un momento en el lugar del otro* y

Criar junto aos mediados oportunidades do diálogo, auxiliando-os no restabelecimento ou fortalecimento de uma comunicação interrompida ou fragilizada, é, para nós, conforme já dito, a principal função de um mediador, aquela que abrirá os caminhos para a superação do conflito, papel este que requer deste terceiro interventor um vasto conhecimento sobre técnicas de comunicação, dentre as quais Christopher W. Moore⁴⁰¹ enumerou:

Reafirmação. O mediador ouve o que está sendo dito e repete o conteúdo para a parte nas próprias palavras dela. *Paráfrase.* O mediador ouve o que está sendo dito e reafirma o conteúdo para a parte usando palavras diferentes, mas que têm o mesmo significado que a declaração original. *Escuta Ativa.* O mediador decodifica uma mensagem falada e depois repassa para a outra parte as emoções da mensagem. Isto é comumente usado na conciliação. *Sumário.* O mediador condensa a mensagem expressa pela parte. *Expansão.* O mediador recebe a mensagem, a repassa para a outra parte de uma maneira ampliada e elaborada, e depois verifica se a percepção foi precisa. *Ordenação.* O mediador ajuda a parte a ordenar as idéias em alguma forma de seqüência (histórica, tamanho, importância, qualidade, etc.). *Agrupamento.* O mediador ajuda a parte a ordenar as idéias ou questões comuns e a combiná-la em unidades lógicas. *Estruturação.* O mediador ajuda a parte a organizar e dispor seus pensamentos e seu discurso de uma maneira coerente. *Separação ou fracionamento.* O mediador divide uma idéia ou uma questão em componentes menores. *Generalização.* O mediador identifica pontos ou princípios gerais na apresentação de uma parte. *Perguntas de aprofundamento.* O mediador faz perguntas abertas ou focalizadas para encorajar uma parte a elaborar uma idéia. *Perguntas de encaminhamento.* O mediador faz perguntas para obter esclarecimento de determinados pontos.

Para que quaisquer das técnicas apresentadas sejam eficazes, a capacidade de ouvir deve ser também concebida como atributo inerente à função do mediador. Isso porque somente através da escuta que este terceiro poderá “[...] descobrir as orientações emocionais, psicológicas, e de valores que podem deter as chaves para a resolução de questões mais quantificáveis”⁴⁰², quais sejam: os interesses, as necessidades e possibilidades dos mediados em conflito. É fundamental que o mediador domine a arte de saber escutar, questionar e, sobretudo, canalizar as informações fornecidas por um ao outro, funcionando, assim, com um tradutor e transmissor de idéias, propostas e oposições manifestadas, num constante processo de incentivo ao desenvolvimento de um diálogo respeitoso e produtivo, capaz não só de levar às partes a solução dos conflitos, mas também de preveni-los.

vean las cosas desde el punto de vista de la contraria, además del propio”. (HIGHTON, Elena I.; ÁLVAREZ, Gladys Stella. **Mediação para resolver conflitos**. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996, p. 197. Tradução nossa)

⁴⁰¹ MOORE, Christopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 184-185.

⁴⁰² COOLEY, John W. **A advocacia na mediação**. Tradução de René Locan. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 71.

3.7.3.6 Facilitação do acordo

O acordo final é meta que deve ser alcançada pelos mediados, auxiliados pelo mediador. Pelas razões já vistas, trata-se de uma consequência natural de uma mediação bem conduzida, ou seja, de um trabalho bem sucedido, aqui entendido como aquele no qual foram bem exercidas todas as cinco primeiras funções deste terceiro interventor.

Embora desinteressado no mérito das questões mediadas, o mediador imparcial deve agir no sentido de “[...] encorajar e facilitar a resolução de uma disputa, sem prescrever qual a solução”.⁴⁰³ Aliás, o incentivo às decisões voluntárias, conjuntas e não-adversariais deve ser constante, desde o primeiro contato do mediador com os mediados até o encerramento do processo de mediação. Isso porque até mesmo na fase de estruturação dos termos de uma decisão terminativa do conflito mediado, isto é, no momento em que são registrados os termos finais de um acordo, questões latentes ou novos conflitos podem emergir.

Em razão disso, no intuito de evitar o surgimento de novas confrontações, Elena I. Highton e Gladys S. Álvarez recomendam que o mediador siga a ordem de registro dos termos do acordo da seguinte forma:

Colocar primeiro aqueles pontos que requerem que ambas as partes façam algo; logo esboçar as respectivas obrigações individuais contraídas. Isto sugere um sentido de equilíbrio, de igualdade entre as partes. Classificar os elementos do acordo e colocar primeiro aquelas categorias que aparentam ser menos onerosas para a parte que contrai a obrigação. Classificar o acordo segundo o que cada parte se comprometeu a fazer para a outra e logo consignar os elementos do convênio, alternado o que uma e outra parte aceitou fazer. Esta pauta é importante, pois o acordo por escrito deve refletir o melhor sentido de equilíbrio entre as partes.⁴⁰⁴

Uma vez elaborado dentro dos limites dos interesses, da razoabilidade e das necessidades de cada um dos envolvidos, o acordo final deve ser redigido e lido para as partes, que, posteriormente, deverão assiná-lo, juntamente com o mediador, duas testemunhas e

⁴⁰³ SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 147.

⁴⁰⁴ Para conferir credibilidade, segue texto original: “Colocar primero aquellos puntos que requieran que ambas partes hagan algo; luego esbozar las respectivas obligaciones individuales contraídas. Esto sugiere un sentido de equilibrio, de igualdad entre las partes. Clasificar los elementos del acuerdo y colocar primero aquellas categorías que aparentan ser menos onerosas para la parte que contrae la obligación. Clasificar el acuerdo según lo que cada parte se ha comprometido en hacer para la otra y luego consignar los elementos del convenio, alternando lo que una y otra parte ha aceptado hacer. Esta pauta es importante, pues al acuerdo por escrito debe reflejar el mayor sentido de equilibrio entre las partes”. (HIGHTON, Elena I.; ÁLVAREZ, Gladys Stella. **Mediación para resolver conflictos**. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996, p. 327. Tradução nossa)

advogados – caso presentes.

O acordo de vontades voluntariamente firmado faz lei entre as partes mediadas, criando obrigações para os mesmos. Aí reside a natureza contratual da mediação.⁴⁰⁵ Ao se cumprir as referidas formalidades, o mediador estará apto a concluir o feito, dando por encerrado o processo.

3.8 INDICAÇÕES

A mediação pode ser considerada um eficaz método alternativo de condução e de resolução de conflitos de diferentes naturezas. Entretanto, sua prática aponta para uma adequação maior em determinadas áreas de concentração.

No âmbito cível, a mediação tem sido bastante utilizada na prevenção e na resolução de conflitos qualificados pela existência de pretensões resistidas acerca de questões de natureza indenizatória, condominial, locatícia, contratual, dentre tantas outras. Sua maior aplicabilidade, todavia, é observada nas controvérsias de natureza familiar, geralmente marcadas por disputas relativas à separação, divórcio, alimentos, partilha de bens, guarda e visitação de menores.

Na esfera comercial, são comumente levadas à mediação, controvérsias envolvendo relações entre sócios, empresas, representantes comerciais, fornecedores e clientes, questões de crédito e débito, seguro, comércio internacional e disposições contratuais de toda ordem. Na área trabalhista, conflitos gerados por dissídios individuais e coletivos têm sido solucionados por meio de mediação.

Além dos mencionados campos, diversos outros têm sido efetivamente explorados por esse processo não-adversarial. Dentre eles, salientamos: os conflitos de vizinhança, de meio ambiente, de consumo, escolares, penais, organizacionais, comunitários e políticos,

⁴⁰⁵ A propósito da natureza jurídica contratual da mediação, Rozane Cachapuz argumentou o seguinte: “[...] a mediação tem por finalidade dar fim ao conflito; no entanto sua fundamentação está alicerçada basicamente na vontade das partes e não na aplicação da lei, o que a distancia do caráter de jurisdição. Fica bastante claro, portanto, que a natureza jurídica da mediação é contratual, haja vista que ela vai ao encontro de todos os aspectos relativos à constituição de um contrato”. (CACHAPUZ, Rozane *apud* RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **A prática da mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 82)

fato que leva, como aduz Luís Alberto Warat⁴⁰⁶, a afirmar que o processo mediador pode ser aplicado em qualquer tipo de controvérsia. Tal afirmação, para nós, deve ser vista com ressalvas.

Primeiramente, não se pode olvidar do fato de que, imperiosamente, a prática da mediação deve ser coerente com as diretrizes lançadas pelo ordenamento jurídico local. Dependendo das particularidades de cada sistema jurídico, determinados casos poderão ou não vir a ser solucionados em processo de mediação.⁴⁰⁷

No Brasil, por exemplo, apenas as controvérsias envolvendo direitos disponíveis podem ser pacificadas por meio de mediação. Matérias que envolvam direitos indisponíveis, portanto, irrenunciáveis e não passíveis de transação, dependem da chancela do Estado. Nestes casos, é lícita a utilização do processo de mediação como um mecanismo auxiliar ao processo judicial, que com este contribuiria para a facilitação da obtenção de acordos que seriam homologados judicialmente. Reconhecidas as ressalvas legais à utilização da mediação, acreditamos que, embora possa ser aplicável a diversas modalidades de conflitos – ora com exclusividade, ora como um processo paralelo e auxiliar ao judicial –, em determinados casos, sua maior indicação e êxito deve ser reconhecida.

Na lição de Gladys S. Alvarez e Elena I. Highton⁴⁰⁸, mais acertado seria defender a aplicabilidade da mediação, nas seguintes situações, a saber: quando há duas ou mais partes ligadas por relacionamentos continuadas, que se perpetuam no tempo; os conflitantes compartilham de algum grau de responsabilidade pelo estado do conflito e, por esta razão, intencionam o controle sobre o resultado do conflito; as partes não têm a intenção de compor o conflito de maneira adversarial, por preferirem a tentativa prévia do consenso; os envolvidos desejam manter a situação de anonimato, privacidade e confidencialidade, por precisarem de oportunidades para desabafar e expor seus posicionamentos; as partes não se posicionam em situação de extremado desequilíbrio de poder; a origem do conflito decorre de falhas de comunicação entre as partes; quando for privilegiada a minimização de custos e de celeridade na resolução da disputa.

⁴⁰⁶ WARAT, Luís Alberto *apud* SALES, Lída Maria de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 54.

⁴⁰⁷ SALES, Lída Maria de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 55.

⁴⁰⁸ HIGHTON, Elena I.; ÁLVAREZ, Gladys Stella. **Mediación para resolver conflictos**. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996, p. 201.

Já em outras circunstâncias, dada a presença marcante de alguns fatores ditos impeditivos do regular desenvolvimento de um processo mediador, a mediação não recebe a mesma indicação. Constata-se a contra-indicação, nas seguintes situações, quais sejam: alguma das partes insistir em provar a verdade de suas declarações a qualquer custo; movido por interesses punitivos, um dos mediados almeja uma decisão condenatória emanada de um juiz; um dos mediados não puder ou não quiser participar do processo; uma das partes não aceitar praticar as concessões necessárias à construção de um acordo; a morosidade do processo judicial favorecer uma das partes, que não se interessa pela resolução imediata do conflito; por impedimento legal, for vedada aos conflitantes a transação.⁴⁰⁹

No momento em que pontuamos os principais elementos de indicação e contra-indicação à utilização da mediação, necessário se faz ressaltar aquele que, para nós, representa o principal fator caracterizador da adequação do MACRC em comento. Em nosso entendimento, o principal traço de indicação da mediação é determinado pela continuidade da relação entre os conflitantes. Falamos aqui dos conflitos qualificados pela existência de estreitos vínculos entre as partes envolvidas, nos quais a preservação da continuidade da relação entre as mesmas, fundamentalmente, se faz necessária.

As relações tipicamente continuadas, por nós comentadas no item 2.7.1.3 do capítulo 2, são aquelas que, mesmo após levadas à apreciação de um mediador, juiz, árbitro ou conciliador, se prolongam no tempo, dada à perpetuação dos vínculos entre os indivíduos inter-relacionados.

Exemplos clássicos de relacionamentos prolongados são: os familiares⁴¹⁰ – em razão das relações parentais –; os trabalhistas – em razão dos vínculos empregatícios –; os de vizinhança – em razão da necessidade de co-habitação –; os comerciais – em razão dos interesses econômicos atuais futuros –; e os internacionais – por motivos de questões de direito e política internacional. Nestes casos, devido à importância da manutenção da convivência harmônica entre os indivíduos inter-relacionados, a mediação se faz ainda mais indicada; mérito que se atribui à sua potencial contribuição para a preservação de

⁴⁰⁹ HIGHTON, Elena I.; ÁLVAREZ, Gladys Stella. **Mediación para resolver conflictos**. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996, p. 202.

⁴¹⁰ Trata-se, segundo Jean François Six, do setor no qual a mediação tem logrado maior êxito. O sucesso, segundo ele, está na sua capacidade de modificar, em profundidade, a célula familiar, mantendo as partes mediadas concentradas no futuro, na necessidade de se manter um nível respeitoso e produtivo de comunicação, bem como no bem estar dos filhos envolvidos, pontos fundamentais para a preservação dessas relações tipicamente continuadas. (SIX, Jean François. **Dinâmica da mediação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 53)

interesses futuros, o restabelecimento e o fortalecimento da comunicação produtiva entre os mediados.

3.9 PRÁTICA CONTEMPORÂNEA DA MEDIAÇÃO

Historicamente, as sociedades orientais sempre se destacaram pela maior aceitação e utilização de práticas não adversariais de resolução de conflitos. China e Japão são tradicionalmente arrolados, pela doutrina especializada, como países de referência histórica em matéria de mediação. O sucesso da mediação na sociedade chinesa, que toma esta prática como o principal método de resolução de conflitos, foi textualmente reconhecido por Petrônio Calmon, que assim se manifestou:

O que impressiona na China são os números, a partir de sua população de mais de um bilhão de pessoas. Em 1988, a China possuía mais de 1 milhão de entidades de mediação, com mais de 6 milhões de mediadores, permitindo a solução, de 1981 a 1988, de mais de 57 milhões de conflitos cíveis.⁴¹¹

A mediação – judicial e extrajudicial – e outros métodos autocompositivos são responsáveis pela resolução de aproximadamente um terço dos conflitos no Japão.⁴¹² Segundo João Roberto da Silva⁴¹³, a consolidação da mediação na cultura japonesa resulta da aglutinação dos seguintes fatores: a onerosidade e morosidade do processo judicial que tornam difícil o acesso formal à justiça; bem como a tradição de uma população que se revela mais inclinada a aceitação de acordos do que os ocidentais. No que tange ao segundo fator, Petrônio Calmon assim justificou a tradição conciliatória, em detrimento do processo judicial de natureza heterocompositiva: “resolver o conflito pela via conciliativa é questão de honra, pois o cidadão que busca o Poder Judiciário sem antes esgotar todas as chances possíveis para se chegar ao acordo é repudiado pelas pessoas da comunidade”.⁴¹⁴ No mesmo sentido, Christopher W. Moore explicou a maior difusão da mediação:

Em geral, o mundo pode ser dividido em culturas de negociação direta e culturas de negociação não-direta. Os membros das primeiras valorizam as interações face-a-face, aceitam o conflito como normal, em geral, não têm medo de se confrontar diretamente com aqueles de quem discordam e se sentem à vontade com o diálogo, o debate e as negociações diretas. Os membros das últimas, em geral, tentam evitar o conflito aberto, e utilizam amplamente

⁴¹¹ CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 216.

⁴¹² *Ibidem*, p. 216.

⁴¹³ SILVA, João Roberto. **A mediação e o processo de mediação**. São Paulo: Paulistanajur, 2004, p. 36.

⁴¹⁴ CALMON, Petrônio. *Op. cit.*, p. 216, nota 411.

intermediários, tanto informais quanto formais.⁴¹⁵

O desenvolvimento prático da mediação, todavia, já pode ser identificado nas Américas Central e do Sul, na África, na Oceania e, com força maior, nos continentes Europeu e Norte-americano. Iniciamos pelo continente norte-americano, que tem os Estados Unidos como país de maior destaque na prática da mediação judicial e extrajudicial.

O rápido crescimento da mediação nos Estados Unidos foi bem retratado por Christopher W. Moore⁴¹⁶, que apontou o setor trabalhista como o primeiro setor no qual a mediação norte-americana foi formalmente instituída, em 1913, com a instituição de Comissões de Conciliação, originárias do Serviço Federal de Mediação em 1947. Segundo ele, o desenvolvimento de políticas de implementação da mediação na condução de conflitos de natureza trabalhista tinha, como propósito principal, a produção de acordos que pudessem “[...] evitar greves e paralisações dispendiosas e que melhorassem a segurança, o bem-estar e a prosperidade dos americanos”⁴¹⁷. Além da mediação trabalhista, o autor identificou sua ampla utilização nas disputas comunitárias, nas escolas, nas instituições de ensino superior, nas organizações públicas e privadas, em matéria criminal, familiar, comercial e ambiental.⁴¹⁸ O sucesso da experiência norte-americana pode ser mensurado estatisticamente, conforme asseverou Edward P. Davis, advogado e mediador no Estado da Califórnia:

No norte da Califórnia, na corte federal, onde trabalho a maior parte das vezes, noventa por cento dos casos são resolvidos antes do julgamento. A maioria deles por meio de algum tipo de mediação. [...] Na Corte Superior de San Diego, uma corte estadual no sul da Califórnia, noventa e cinco por cento dos casos são resolvidos por mediação antes do julgamento. Mediadores privados como o *JAMS*⁴¹⁹ informam que noventa por cento de seus casos são resolvidos por meio de mediação. [...] Finalmente, no norte da Califórnia, tínhamos um atraso de cinco anos antes de instituímos o gerenciamento de casos e a *ADR* obrigatória. Hoje, o tempo de resolução de um caso no norte da Califórnia é de sete meses.⁴²⁰

Outro Estado norte-americano no qual a prática da mediação vem se difundindo de forma

⁴¹⁵ MOORE, Christopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 41.

⁴¹⁶ Ibidem, p. 34-41.

⁴¹⁷ Ibidem, p. 34.

⁴¹⁸ Ibidem, p. 35-41.

⁴¹⁹ Sigla representativa da expressão *Judicial Arbitration e Mediation Services*.

⁴²⁰ DAVIS, Edward P. Mediação no direito comparado. **Série cadernos do CEJ**, Brasília, n. 22, 2003, p. 33.

marcante é a Flórida⁴²¹. Dados locais apontam a mediação como “[...] responsável pela redução das questões judiciais em cerca de 70%”.⁴²² Merecedores de destaque são também os elevados índices de cumprimento de acordos produzidos em processos de mediação. Segundo Ângela Oliveira, “[...] cerca de 80% dos acordos obtidos sob o processo de mediação, nos Estados Unidos, são mantidos. Os casos se resolvem rapidamente e não há retorno das partes, ao contrário do que ocorre nas cortes em que cabe apelação”.⁴²³

No momento em que analisamos o movimento de difusão da prática da mediação nos Estados Unidos – sucesso que almejamos presenciar no Brasil –, necessário se faz apresentar as razões dessa bem sucedida experiência. Para tanto, recorreremos à lição de Silvia Barona Vilar⁴²⁴, que, em ensaio destinado à análise do fomento das ADR na Espanha, tomou de exemplo a profissionalização da mediação norte-americana, segundo ela identificada: na inclusão de cursos de resolução alternativa de conflitos nos programas de estudos de 95% das Faculdades de Direito do país; no interesse de editoras pela produção de publicações especializadas que atendam a uma necessidade do mercado; no crescente interesse de advogados, de juízes e de professores de Direito pelo domínio de aspectos teóricos e práticos de um MACRC em franco desenvolvimento; bem como na inserção da temática na pauta de seminários e de eventos especializados de outra ordem.

No Canadá, assim como nos Estados Unidos, a mediação trabalhista revela-se destacada. Neste país, serviços de mediação familiar são oferecidos desde a década de 70, em Quebec, muito embora a primeira referência legislativa ao instituto tenha sido realizada em 1985, com o advento da Lei de Divórcio.⁴²⁵ Segundo o professor canadense Garry

⁴²¹ O primeiro Centro de Acordos de Disputas foi fundado em maio de 1975, no condado de Dade, na Flórida. A experiência, então restrita à condução de conflitos entre pessoas físicas, foi tomada como referência em outros condados daquele estado. A Flórida foi novamente pioneira com a criação do Comitê de Resolução Alternativa de Disputas da Suprema Corte do Estado, em 1978, bem como em 1987, com a aprovação de legislação destinada a regulamentação da mediação anexa aos tribunais. (HIGHTON, Elena I.; ÁLVAREZ, Gladys Stella. **Mediación para resolver conflictos**. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996, p. 150)

⁴²² GARCEZ, José Maria Rossani. **Técnicas de negociação: resolução alternativa de conflitos: adr's, mediação, conciliação e arbitragem**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 65.

⁴²³ OLIVEIRA, Ângela *apud* SALES, Lídia Maria de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 126.

⁴²⁴ BARONA, Silvia Vilar. Fomento de las ADR's em Espana: hacia un sistema de tutela plural del ciudadano que permita la desconflictivización y la búsqueda de la paz social. **Seqüência**: Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC, Florianópolis, n. 51, p.169-201, dez. 2005.

⁴²⁵ HIGHTON, Elena I.; ÁLVAREZ, Gladys Stella. **Mediación para resolver conflictos**. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996, p. 153.

Watson, citado por Mauro Cappelletti⁴²⁶, atribui-se o desenvolvimento da mediação canadense a fatores como: o incremento da mediação familiar, vinculada aos tribunais ou praticada por instituições privadas especializadas; o incremento da mediação judicial; bem como o advento da remessa obrigatória à mediação, em claro intuito de redução do número de processos judiciais.

Na América Central, a prática da mediação tem contribuído positivamente para o sistema de administração da justiça de diversos países, que assim como o Brasil, são vitimados pela crise de efetivação do acesso à justiça. De acordo com Petrônio Calmon⁴²⁷, a difusão da mediação mexicana teve seu nascedouro em uma exigência do Tratado Norte-Americano para o Livre Comércio – NAFTA –, que obrigou o México a implementar e a desenvolver sistemas de mediação e arbitragem, instituídos pela American Arbitration Association – AAA –, o British Columbia International Comercial Arbitration Center, a Cámara Nacional de Comercio de la ciudad de México e o Centro de Arbitraje y Mediación para las Américas – CMCA.

Na Costa Rica, o destaque vai para o desenvolvimento de projetos de valorização da cultura da resolução pacífica de conflitos por meio de educação de profissionais do Direito e demais cidadãos ditos leigos. Nesse propósito, uma importante iniciativa foi a criação da Lei de Resolução Alternativa de Conflitos e Promoção da Paz Social – Lei n. 7.727, de 9 de dezembro de 1997 –, responsável pela implementação de projetos pioneiros, bem como pela criação de programas de formação de mediadores.⁴²⁸

O desenvolvimento da prática da mediação é também extensivo a países como El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicarágua e República Dominicana, que, para tanto, contaram com a implementação de programas de capacitação de mediadores judiciais e extrajudiciais, apoiados e financiados pelas Nações Unidas, o banco Interamericano de Desenvolvimento e outras instituições não governamentais apoiadoras de planos de modernização do acesso à justiça, apoiados em métodos alternativos como a mediação.⁴²⁹

⁴²⁶ CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de processo**, São Paulo, ano 19, n. 74, p. 82-97, abr.-jun. 1994.

⁴²⁷ CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 182-183.

⁴²⁸ *Ibidem*, p. 183.

⁴²⁹ *Ibidem*, p. 184-187.

Na Oceania, a Austrália se destaca pela positivação de leis que contribuem para a consolidação de mediação extrajudicial e judicial, como método de resolução de conflitos a ser utilizado de forma prévia para a propositura de ações judiciais.⁴³⁰

No continente africano, noticia-se a influência inglesa e norte-americana no desenvolvimento da mediação na África do Sul.⁴³¹

Na Europa, figuram como referências na prática difundida da mediação: Reino Unido, França, Alemanha, Espanha, Bélgica e Holanda. Atribui-se o avanço da mediação na Alemanha à criação de uma Lei de Incentivo à Solução de Conflitos Extrajudiciais, promulgada pelo parlamento no intuito maior de atingir uma diminuição na demanda de causas cíveis de menor valor econômico, antes distribuí-las às Varas Distritais. A solução proposta pela referida Lei, destacou Hellenia Coutinho Hess, foi a introdução do § 15, alíneas 1 a 6 no Código de Processo Civil Alemão, que sugere, em sua alínea 1, “[...] a instalação de um *Tribunal de Mediação e Conciliação*, que seria competente para o julgamento de pequenas causas até 750,00 euros, para litígios entre vizinhos e para indenizações morais contra a honra subjetiva, com exceção dos fatos praticados pela imprensa em geral”.⁴³²

O sistema alemão de administração judicial da justiça é flagrantemente mais satisfatório que o brasileiro. Todavia, é comum o interesse pela redução do número de lides de pequeno valor, fato que torna louvável a instituição da mediação e outros MACRC.

Outra iniciativa bastante interessante, desta vez em matéria de mediação familiar, pode ser identificada na Espanha, onde foi promulgada em 15 de março de 2001 a Lei de Mediação Familiar, em complementação à determinação já existente no Código de Família da Catalunha, no sentido de que, constatando a possibilidade de resolução do conflito através de acordo, cabe à autoridade judicial encaminhar as partes a um mediador ou a uma entidade mediadora.⁴³³

⁴³⁰ AMARAL, Lúcia Miranda de Lima. **Mediação e arbitragem**: uma solução para os conflitos trabalhistas no Brasil. São Paulo: LTr, 1994, p. 30.

⁴³¹ HIGHTON, Elena I.; ÁLVAREZ, Gladys Stella. **Mediación para resolver conflictos**. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996, p. 165.

⁴³² HESS, Heliana Coutinho. **Acesso à justiça por reformas judiciais**. Campinas: Millenium, 2004, p. 186.

⁴³³ SALES, Lúcia Maria de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 121.

Além da Lei de Mediação Familiar da Catalunha, ainda no ano de 2001, outras medidas de cunho legislativos contribuíram para a difusão da mediação na Espanha. Nesse sentido, destacam-se: a Lei de Mediação Familiar de Valência e a lei de Mediação Familiar de Canárias, além dos Projetos de Lei de Mediação Familiar de Castilla La Mancha e Castilla Leon.⁴³⁴

A previsão da possibilidade de designação de um mediador aos litigantes, emanada do magistrado que conhece a causa, pode também ser encontrada no ordenamento jurídico francês, procedimento este que requer, além da iniciativa do juiz da causa através de decisão, a concordância das partes. Uma vez realizada a mediação, o caso é novamente encaminhado àquele juiz, que poderá proceder com a homologação do acordo – caso firmado –, ou com o normal prosseguimento à ação – caso os mediados não tenham alcançado uma solução consensual para o conflito.⁴³⁵

Conforme ponderou Petrônio Calmon⁴³⁶, o Código de Processo Civil francês contempla a prática da mediação vinculada aos tribunais, ao estabelecer, em seu artigo 131, as seguintes exigências para que um indivíduo possa atuar como mediador judicial:

1. Não ter sido penalmente condenado; 2. Não ter praticado ato contrário à honra e à propriedade; 3. Ter conhecimento suficiente sobre a matéria posta no conflito; 4. Ter formação e experiência suficiente para exercer o encargo; e 5. Apresentar garantia de independência, assumindo o compromisso de manter o sigilo necessário.

Na Bélgica, não há qualquer exigência legal para o exercício da função de mediador, o que não impede sua prática por instituições especializadas como o Centro de Mediação de Bruxelas, que estabeleceu internamente os seguintes critérios:

1. Para ser mediador, deve-se ter no mínimo cinco anos de experiência em alguma profissão de nível superior e contratar um seguro de responsabilidade civil mínimo de 150 mil euros; O mediador deve realizar uma formação específica para essa função em entidade reconhecida pelo Centro; 3. Todos os mediadores devem seguir rigorosamente o código de ética, sendo as principais exigências o comprometimento de neutralidade, imparcialidade e independência, observando o sigilo e sabendo conduzir satisfatoriamente o

⁴³⁴ BARONA, Silvia Vilar. Fomento de las ADR's em Espana: hacia un sistema de tutela plural del ciudadano que permita la desconflictivización y la búsqueda de la paz social. **Seqüência**: Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC, Florianópolis, n. 51, p.181, dez. 2005.

⁴³⁵ SILVA, João Roberto. **A mediação e o processo de mediação**. São Paulo: Paulistanajur, 2004, p. 38.

⁴³⁶ CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 207.

procedimento.⁴³⁷

O ordenamento jurídico holandês não regulamenta a mediação. Sua prática, ainda vem sendo norteadada por um projeto denominado *Mediation naast rechtspraak*, que perdurou durante o período compreendido entre março de 2000 a janeiro de 2003, em parceria com cinco tribunais distritais, bem como em uma corte de apelação. A experiência, que permanece sendo adotada por diversos tribunais, em razão de seus resultados satisfatórios, foi apresentada por Petrônio Calmon, que assim a descreveu:

O juiz poderia remeter as partes ao mediador, selecionando os casos de provável obtenção de acordo. O mediador poderia ser um outro juiz ou um leigo e o procedimento judicial permanecia suspenso pelo prazo de três meses. Como se tratava de um projeto-piloto, ao cabo de cada mediação todos os envolvidos deveriam formular sua avaliação sobre a experiência. [...] A avaliação final do projeto foi publicada em 2001, demonstrando que as partes chegaram a um acordo em 50% dos procedimentos de mediação.⁴³⁸

A mediação é o método autocompositivo de resolução de conflitos mais difundido na Inglaterra e Gales. Sua larga utilização é identificada desde a década de oitenta. Conta, para tanto, com a atuação de diversas instituições especializadas como o *Centre for Dispute Resolution – CEDR* –, o *ADR Group*, o *Commercial Mediation Centre* e o *Inter Mediation*.⁴³⁹

A prática da mediação também é crescente nos países da América do Sul. Além da experiência nacional, que será objeto individualizado de nossa apreciação no item subsequente, destacam-se pela utilização pública ou privada desse método, países como Bolívia, Chile, Equador, Uruguai, Colômbia e, principalmente, Argentina.

Bolívia e Chile não possuem programas de mediação organizados e abrangentes, sendo sua prática difundida por meio de instituições privadas e centros comunitários.⁴⁴⁰ Na Colômbia, a mediação é praticada por centros ligados a instituições públicas e privadas, controladas pelo Ministério da Justiça, que se encarrega da formação, inscrição e controle de mediadores. O mesmo se observa no Equador, onde o Conselho nacional da Magistratura se encarrega do controle do funcionamento dos centros independentes

⁴³⁷ CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 205-206.

⁴³⁸ Ibidem, p. 208.

⁴³⁹ Ibidem, p. 208-211.

⁴⁴⁰ Ibidem, p. 193.

especializados em mediação, algumas delas ligadas aos tribunais.⁴⁴¹ No Uruguai, a Lei n. 16.995, de 26 de agosto de 1998 se destaca por tornar obrigatória a atuação de advogados em todos os procedimentos de mediação.⁴⁴²

A experiência argentina, conforme já mencionado, é a que se revela mais próspera na América Latina. Mas a que se deve o sucesso da mediação neste país? Grande contribuição para a difusão da mediação na Argentina, inquestionavelmente, foi prestada pela implementação de um Plano Nacional de Mediação que culminou com a edição de documentos legais direcionados à regulamentação da prática do método no plano judicial e extrajudicial. Destacam-se, nesse sentido, a Lei n. 24.573, de 25 de outubro de 1995, que instituiu a mediação em caráter obrigatório, além dos Decretos de número 1.480/92, 1.021/95, e 91/98.

A edição dos textos legais *supra* mencionados deve ser tomada como basilar na sedimentação da cultura da solução pacífica dos conflitos naquele país, fato que, por si só, dada à estreita pertinência do caso argentino com a temática de nossos estudos, já seria bastante para que pudéssemos justificar a fundamental importância, para o presente trabalho, do desenvolvimento de breves linhas sobre a evolução do processo de implementação e de difusão da mediação na Argentina.

Consideramos a experiência argentina merecedora de destaque, em detrimento às demais brevemente comentadas, não tão pelas bem sucedidas políticas de desenvolvimento deste MACRC junto à comunidade leiga e jurídica. Aliás, se o critério adotado fosse a comprovada efetividade do método, canalizaríamos nossos comentários mais estendidos para a prática da mediação em outros países, notadamente os europeus e norte-americanos, nos quais esta se desenvolveu ou desenvolve em progressões semelhantes, ou até mesmo mais amplas. A ênfase ao caso argentino, que desde já anunciamos fazer, decorre da somatória de quatro fatores, que serão brevemente comentados na seqüência.

Objetivamos com nossos comentários, estabelecer uma análise comparativa entre o contexto que impulsionou a mediação argentina para patamares de prosperidade reconhecida e a atual conjuntura nacional, que se prepara para recepcionar uma

⁴⁴¹ Ibidem, p. 193-196.

⁴⁴² Ibidem, p. 196.

experiência que almejamos vivenciar com a mesma intensidade. A partir do exame comparativo entre os dois contextos, será possível identificar, nos quatro fatores em questão, quatro pontos de semelhança que aproximam os ambientes de consolidação da mediação nos dois países.

Como primeiro fator – a primeira similaridade –, destacamos o fato de que a legislação argentina de mediação germinou no mesmo contexto que hoje se observa no Brasil, qual seja: tempos de aprofundada crise de administração da justiça. Todo o processo que levou a Argentina ao desenvolvimento de um Plano Nacional de Mediação, e que culminou com a edição da Lei n. 24.573, de 04 de outubro de 1995 – a chamada Lei Nacional de Mediação e Conciliação –, teve como pano de fundo um cenário há tempos desenhado no Brasil: a já comentada crise de administração da justiça.

Tomando como marco temporal a década de 1990, observamos que, em decorrência da manifestação de toda sorte obstáculos à efetivação do acesso formal à justiça – entraves familiares a nós brasileiros –, com intensidade jamais vista, os argentinos se insurgiam contra congestionamento de um sistema de resolução judicial de conflitos sufocado por uma demanda não absorvida. O reflexo da insatisfação foi facilmente mensurado nas pesquisas de opinião acerca do Judiciário argentino. A título de ilustração das dimensões do descrédito da população, tomamos como base uma realizada pelo Instituto Gallup, com suporte da AID, em março de 1994.

Os resultados apresentados por Elena Inês Highton, Gladys Stella Alvarez e Elías Jassan, apontam para as seguintes advertências:

[...] uma opinião geral predominantemente negativa (40% regular, 49% ruim ou muito ruim); a grande maioria da população não encontra aspectos positivos na justiça argentina (80%); os aspectos negativos para 35% são a lentidão e a burocracia, enquanto que para os demais não é justa, é parcial, privilegia os ricos, é corrupta, é impune, é dependente, ou politizada, ou há amiguismo, existem leis brandas, ou pouco severas, desatualizadas (entre 9% e 4%); 65% indicou como problemas finais, a demora em resolver as causas judiciais e a corrupção (57%); 40% não sabe se existem outros meios de resolução de conflitos que não seja ir à justiça. 34% afirma que não há outros meios. 25% crê que há.⁴⁴³

⁴⁴³ Para conferir credibilidade, segue texto original: “[...] una opinión general predominantemente negativa (40% regular, 49% mala o muy mala); la gran mayoría de la población no encuentra aspectos positivos en la justicia argentina (80%); los aspectos negativos para un 35% son la lentitud y la burocracia, mientras que para el resto además no es justa, es parcial, privilegia a los ricos, es corrupta, es impune, es dependiente, o politizada, o hay amiguismo, existen leyes blandas, o poco severas, desactualizadas (entre el 9% y el 4%); el 65% indicó como problemas perentorios, la excesiva lentitud, o demora en resolver las causas judiciales y la corrupción (57%); el

A partir do colapso, brotou a imperiosa necessidade de reformas estruturais no sistema argentino de administração da justiça. Assim como no cenário nacional, a crise abriu espaço para a consolidação de duas tendências: os já comentados fenômenos da deformalização do processo e das controvérsias.

Analisando mais detidamente a segunda tendência, por ser a que guarda maior pertinência com o momento atual de nossa discussão, observamos que a Argentina passou a vivenciar o desencadeamento de um processo de assimilação de uma cultura do consenso, qual seja: de maior aceitação e de utilização de métodos autocompositivos de acomodação de controvérsias.

A resolução alternativa de conflitos passou a ser introduzida nos estudantes e profissionais do Direito, assim como na sociedade em geral. Conseqüentemente, tais indivíduos passaram a vislumbrar medidas de amenização dos obstáculos à efetivação do direito fundamental acesso à justiça sob ampliadas óticas e perspectivas. Diante da real necessidade de ampliação das vias de efetivação do acesso à justiça, maiores esperanças passaram a ser creditadas nos MACRC, que atingiram projeções jamais vistas.

A conscientização da contribuição dos MACRC para o anacrônico sistema judicial de resolução de conflitos desencadeou, como hoje vem desencadeando no Brasil, o desenvolvimento de políticas e de ações voltadas para o incremento dessas alternativas nos planos judicial e extrajudicial. Difundida na trilha dessa tendência, a mediação passou a ser considerada uma das principais ferramentas no trato de conflitos de diversas naturezas e, portanto, na amenização da crise do Judiciário argentino.

Uma vez estabelecida a analogia entre os contextos de crise que acolheram a implementação e a difusão da mediação na Argentina da década de 1990 e no Brasil da atualidade, inauguramos a apresentação do segundo fator – a segunda analogia –, que reside na estreita semelhança entre a legislação argentina sobre a mediação e o Projeto de Lei n. 94/2002 (ANEXO 04), que disciplina e legitima a prática da mediação – judicial e extrajudicial – como método de prevenção e de resolução de conflitos no Brasil.

405 no sabe si existen otros medios de resolución de conflictos que no sea ir a la justicia. El 34% afirma que no hay otros medios. El 25% cree que sí hay”. (HIGHTON, Elena Inês; ÁLVAREZ, Gladys Stella; JASSAN, Elías. **Mediación y justicia**. Buenos Aires: Depalma, 1996, p. 88-89. Tradução nossa)

O Projeto de Lei n. 94/2002, vale ressaltar, será objeto de nossa análise no item 4.2.3.1 do capítulo final de nossa pesquisa. Optamos por retardar a apresentação dos contornos da inédita proposta por considerarmos que sua melhor compreensão pressupõe a superação de uma inacabada fase de consolidação de informações, pensamentos e conceitos fundamentais.

Para compreendermos as similitudes entre a lei argentina e o projeto de lei nacional, necessário se faz conhecer a evolução legislativa que culminou com o florescimento da primeira, bastante semelhante ao segundo, conforme veremos no item 4.2.3.1 do capítulo IV de nossos estudos.

O percurso legislativo da mediação na Argentina teve início no ano de 1991, com a constituição de uma comissão encarregada da elaboração de um anteprojeto da lei de mediação. A referida comissão, criada pela Resolução n. 297/91 do Ministro da Justiça, deu origem, no ano seguinte, ao Decreto n. 1.480/92, que dispôs sobre a criação de um projeto que se destinou à implementação de programas de mediação em diversos setores, à criação de uma escola de mediadores, voltada para a capacitação de profissionais encarregados da condução das primeiras experiências-piloto nos juízos de primeira instância da capital federal, bem como ao desenvolvimento de uma política de conscientização da sociedade e dos profissionais do direito acerca dos propósitos e das vantagens da mediação. A este projeto que preparou terreno para a implementação da mediação no país deu-se o nome de Plano Nacional de Mediação, que teve como objetivo central:

[...] o desenvolvimento da mediação não só anexa, conectada ou relacionada com o tribunal, mas também a instalação de centros de mediação comunitária, a criação de centros de mediação institucional – tais como colégios profissionais, fundações, associações civis, que em tal caráter possam administrar, monitorar e avaliar os programas, a qualidade do serviço e o nível de satisfação dos usuários.⁴⁴⁴

O Decreto n. 1.480/92 resultou da intenção do Ministério da Justiça em conferir ao processo de difusão da mediação um caráter normativo mínimo, que julgavam absolutamente necessário em se tratando de um País que, como o nosso, ainda se mantinha apegado à formalidade como elemento assegurado da segurança jurídica e da

⁴⁴⁴ HIGHTON, Elena Inês; ÁLVAREZ, Gladys Stella; JASSAN, Elías. **Mediación y justicia**. Buenos Aires: Depalma, 1996, p. 166.

credibilidade dos institutos.

A primeira norma relativa à regulamentação da mediação na Argentina, conforme atestaram Elena Inês Highton, Gladys Stella Alvarez e Elías Jassan, foi considerada um marco no desenvolvimento da mediação pelas seguintes razões:

a) declarou de interesse nacional a mediação (art. 1); b) caracterizou a mediação como processo informal, voluntário e confidencial, especificou sua aplicabilidade a conflitos judiciais e extrajudiciais, excluiu as causas penais e destacou que o mediador não decide a disputa, mas tão-somente contribui para que as partes o façam; c) criou o Corpo de Mediadores (art. 3); d) designou uma nova Comissão de Mediação (art. 8); e) dispôs sobre a realização de uma Experiência Piloto de Mediação vinculada aos tribunais cíveis (art. 9); f) delegou ao Ministério da Justiça a formulação do Programa Nacional de Mediação e sua implementação (art. 6); g) encomendou ao Ministério da Justiça a formulação da norma pertinente (art. 2); h) convidou as províncias e seus municípios a adotar em seus respectivos âmbitos, normas similares às contidas no decreto (art. 10).⁴⁴⁵

Em cumprimento ao disposto no artigo 9º do Decreto n. 1.480/92, o Ministério da Justiça Argentino ditou a resolução n. 983/93, por meio da qual se executou, no segundo semestre de 1993, a primeira experiência piloto de prática da mediação no foro cível da capital federal. Conjugada com outras ações, a experiência pioneira contribuiu sobremaneira para a difusão da mediação na sociedade argentina, inclusive juízes, advogados e demais profissionais do foro. Serviu, portanto, para aproximar tais profissionais de uma ferramenta autocompositiva até então pouco conhecida pelos mesmos, já que habituados ao trato adversarial dos conflitos manifestados ao judiciário.

O sucesso da primeira investida da mediação anexa aos tribunais – a experiência piloto – pôde ser constatado por intermédio de constantes avaliações internas e externas. As primeiras, realizadas pelas partes envolvidas – submetidas à avaliação de satisfação e de supervisão do percentual de cumprimento dos acordos formulados –, enquanto as segundas, por profissionais e instituições internacionais especializadas.

⁴⁴⁵ Para conferir credibilidade, segue texto original: “a) declaró de interés nacional a la mediación (art. 1); b) caracterizó a la mediación como proceso informal, voluntario y confidencial, especificó su aplicabilidad a conflictos judiciales y extrajudiciales, excluyó las causas penales y puso de relieve que el mediador no decide la disputa sino que coadyuva a que las partes los hagan; c) creó el Cuerpo de Mediadores (art. 3); d) designó una nueva Comisión de Mediación (art. 8); e) dispuso la realización de una Experiencia Piloto de Mediación conectada con juzgados civiles (art. 9); f) delegó en el Ministerio de Justicia la formulación del Programa Nacional de Mediación y su implementación (art. 6); g) encomendó al Ministerio de Justicia la formulación de la normativa pertinente (art. 2); h) invitó a las provincias y en su caso a las municipalidades a adoptar en sus respectivos ámbitos, normas similares a las contenidas en el decreto (art. 10)”. (HIGHTON, Elena Inês; ÁLVAREZ, Gladys Stella; JASSAN, Elías. **Mediación y justicia**. Buenos Aires: Depalma, 1996, p. 165. Tradução nossa)

Estatísticas⁴⁴⁶ comprovam que, no período compreendido entre 01/05/1994 e 17/10/1995, dos 378 casos encaminhados à mediação obrigatória, anexa aos tribunais, 250 foram finalizados. O restante, por diversos motivos, como por exemplo o não comparecimento das partes interessadas convocadas, seguiram com seu trâmite judicial regular. Constatou-se um índice de comparecimento de 75%, dentre as partes envolvidas em causas de natureza patrimonial. Nas causas familiares, o índice foi de 68%. Em geral, o percentual de acordos obtidos foi de 59,4%: 63,1% nas causas patrimoniais e 53% nas familiares. Em se tratando da mediação voluntária, desvinculada dos tribunais, o índice de comparecimento das partes convocadas, envolvidas em causas patrimoniais, foi de 44%. Nas causas familiares, o índice somente atingiu 34%. O percentual geral de acordos obtidos foi de 64,2%.

Por considerar que seus objetivos haviam sido atingidos, a Câmara Nacional de Apelações Cíveis deu por concluída a experiência piloto aos quinze dias de dezembro de 2005, sem interromper a regularidade dos trabalhos, que a partir de então passaram a ser encaminhados para o Centro de Mediação.⁴⁴⁷

Finalmente, em decorrência dos resultados da política implementada com seriedade e cautela indiscutível, aos quatro dias de outubro do ano de 1995, o Congresso Nacional Argentino aprovou a Lei n. 24.573⁴⁴⁸ (ANEXO 05) – a chamada Lei de mediação e conciliação –, promulgada vinte e um dias após, em cumprimento às diretrizes estabelecidas pelo Plano Nacional de Mediação.

Assim como previsto no Projeto de Lei brasileiro n. 94/2002, a Lei argentina n. 24.573 regulamentou a prática da mediação judicial e extrajudicial, alterou disposições do Código Processual Civil, versou sobre os procedimentos e princípios norteadores de sua prática, sobre a capacitação, registro e controle dos atos dos mediadores, o sistema de cobrança de honorários do mediador, além de instituir, em caráter obrigatório, a mediação judicial prévia. Conforme já mencionado, peculiaridades da Lei argentina n. 24.573 serão melhor conhecidas no transcorrer dos comentários descritivos do Projeto de Lei brasileiro

⁴⁴⁶ Estatísticas extraídas de HIGHTON, Elena Inês; ÁLVAREZ, Gladys Stella; JASSAN, Elías. **Mediación y justicia**. Buenos Aires: Depalma, 1996, p. 193-204.

⁴⁴⁷ Ibidem, p. 204.

⁴⁴⁸ A Lei n. 24.573 foi originariamente regulamentada pelo Poder Executivo mediante o Decreto n. 1.021/95, posteriormente modificado pelo Decreto n. 477/96. Ambas as normas foram substituídas pelo Decreto n. 91/98. (CAIVANO, Roque J.; GOBBI, Marcelo; PADILLA, Roberto E. **Negociación y mediación**. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2006, p. 289)

n. 94/2002, reservados para o item 4.2.3.1 do capítulo 4 de nossos estudos.

O terceiro, dos quatro elementos de aproximação entre os ambientes de consolidação da mediação na Argentina e no Brasil, consiste no fato de que o processo de institucionalização da mediação argentina, assim como hoje se observa no cenário nacional, foi alvo de desconfiança e de reprovação, notadamente por parte dos juristas, divorciados da cultura do consenso, ignorantes em relação aos propósitos e às vantagens da mediação e, por tais razões, desacreditados na possibilidade de se amenizar os efeitos da crise do sistema judicial de administração da justiça mediante o desenvolvimento de políticas de deformalização de controvérsias.

Advogados argentinos temiam que o movimento de difusão da mediação projetasse influências indesejáveis no exercício da profissão. Somente mais tarde, após o desenvolvimento de campanhas informativas e educacionais direcionadas aos profissionais do foro, descobriram que a assistência a seus clientes poderia ser prestada antes, durante e após a realização de sessões de mediação. O temor da perda de mercado para mediadores judiciais e extrajudiciais somente foi minimizado quando percebido que a suposta perda, na verdade, deveria ser compreendida como ampliação do campo de atuação menos restrito. Contrastava com os pessimistas em relação à viabilidade de sua aplicabilidade na Argentina, a opinião de alguns que, equivocadamente, apostavam na institucionalização da mediação solucionaria os graves problemas da crise nacional de administração da justiça.

Não tão pessimistas, nem tampouco tomados por um otimismo utópico, com reservas, mas com esperanças, alguns incentivadores da mediação acreditavam que sua institucionalização traria benefícios diretos para a população – eis que carecedora de vias alternativas de facilitação do acesso à justiça – e indiretos para o sistema judicial do país, que deixaria de ser tomado como via única, ou quase exclusiva, de acomodação de controvérsias. Esta, aliás, foi a conclusão a que chegaram os participantes do I Encontro Interamericano sobre Resolução Alternativa de Disputas, sediado em Buenos Aires, no mês de novembro de 1993, com o propósito de promover o compartilhamento de idéias e de experiências entre os envolvidos.

O clima de esperança que contaminou os representantes de dezessete países que se

fizeram presentes – grande parte juízes, membros de cortes superiores e ministérios de Justiça –, pode ser sentido no discurso inaugural, proferido pelo Ministro da Justiça Argentina Jorge Maiorane, que considerou o encontro de interesse nacional, deu boas vindas à proposta de institucionalização da mediação no país e ressaltou a necessidade de se desempenhar esforços na superação do obstáculo cultural, mantenedor do império da cultura do litígio, sob pena de ineficácia das ações encampadas pelos poderes legislativo e judiciário. Para fins de conhecimento votos e protestos do Ministro Argentino, na seqüência, traremos à baila alguns trechos do referido discurso.⁴⁴⁹ Sobre a origem da criticada cultura do litígio – uma das explicações para a descrédito em relação à mediação e a outras formas autocompositivas de resolução de conflitos –, assim se pronunciou o Ministro:

Nós que fomos formados em direito há dois anos, temos muito frescas as recordações em nossa memória, da cultura, não sei se autoritária, mas a cultura evidentemente adversarial para a qual fomos preparados como advogados. Fomos preparados para o combate, o litígio. Estudamos anos de direito processual, como atuar diante da justiça, diante do Poder Judiciário e nunca tivemos uma aula sobre métodos alternativo. Isto há 20, 25 anos.⁴⁵⁰

Mas complementou o Ministro, em tom de reconhecimento de novos tempos, bem como de protestos por rupturas e mudanças:

Mas como tudo muda, e está chegando o momento de buscar soluções novas, nosso país está absolutamente decidido; o governo nacional transfere esta decisão para as Cortes Supremas das províncias com as quais firmamos convênios para transferir-lhes toda esta experiência. O Ministério da Justiça tomou a decisão de também provocar além da mudança normativa, de alguma maneira absolutamente indispensável, para gerar a mudança sociológica. De nada adianta a mudança normativa, o decretar de um decreto, a sanção de uma lei, se não existe uma cultura para o acordo, para a conciliação. O que devemos fazer, o que estamos fazendo, no que vocês vão colaborar é em desestimular a belicosidade litigiosa. Desestimular essa cultura em virtude da qual os professores de direito, os alunos de direito, a sociedade, considerou durante muito tempo que a instância judicial era a única alternativa para solucionar suas controvérsias.⁴⁵¹

⁴⁴⁹ Discurso extraído de: HIGHTON, Elena Inês; ÁLVAREZ, Gladys Stella; JASSAN, Elías. **Mediación y justicia**. Buenos Aires: Depalma, 1996, p. 52-54.

⁴⁵⁰ Para conferir credibilidade, segue texto original: “Quienes hemos sido formados en derecho hace dos décadas atrás, tenemos muy frescos los recuerdos en nuestra memoria, de la cultura, no sé si autoritaria, pero si la cultura evidentemente adversarial para la cual fuimos preparados como abogados. Fuimos preparados para el combate, el litigio. Estudiamos años de derecho procesal, cómo actuar ante la justicia, ante el Poder Judicial, y nunca tuvimos una clase sobre métodos alternativos”. (Ibidem, p. 52)

⁴⁵¹ Para conferir credibilidade, segue texto original: “Pero como todo cambia, y está llegando el momento de buscar soluciones novedosas, nuestro país esta absolutamente decidido; el gobierno nacional traslada esa decisión a las Cortes Supremas de provincias con quienes ya hemos firmado convenios para transferirles toda esta experiencia. El Ministerio de Justicia ha tomado de alguna manera absolutamente indispensable, para generar el cambio sociológico. De nada sirve el cambio normativo, el dictado de un decreto, la sanción de una ley, si no existe una cultura hacia el acuerdo, hacia la conciliación. Lo que debemos hacer, lo que estamos haciendo, el lo

Em tom de esperança, o Ministro encerrou o discurso:

Com a real convicção, a absoluta segurança de que estamos fazendo história, de que todos vocês vão deixar uma marca indelével neste processo de transformação, tenho a máxima honra de deixar formalmente inaugurado este Primeiro Encontro Interamericano sobre resolução alternativa de disputas, dando a mesmo tempo as boas vindas a todos os irmãos desses 16 países que nos visitam. Espero que encontrem no povo argentino o acolhimento que sempre nos caracterizou e que tenham ao mesmo tempo a oportunidade de ver um país que está crescendo de pé diante do mundo.⁴⁵²

O I Encontro Interamericano sobre Resolução Alternativa de Disputas, já a partir de seu discurso de abertura, mostrou para a sociedade argentina e demais envolvidos no processo de institucionalização da mediação no país e na América Latina, que a cultura do litígio e a desconfiança que projeta em relação à mediação e outras vias autocompositivas devem ser combatidas com rigores que se justificam na crise do sistema judicial de administração da justiça e, sobretudo, nos benefícios que proporcionam aos que delas se utilizam como autênticas vias de efetivação do direito fundamental de acesso à justiça.

Finalmente, o quarto e último fator – a quarta afinidade – reside na contribuição do sucesso da mediação argentina para a amenização dos efeitos da crise do Judiciário, bem como para a ampliação do acesso à justiça naquele País. Constatou-se na Argentina que o desenvolvimento de políticas de implementação da mediação privada e pública – como etapa obrigatória do processo – contribui sobremaneira para a amenização dos efeitos negativos projetados pela crise de administração da justiça, notadamente para a desobstrução do Judiciário Nacional, provocado para conduzir demandas perfeitamente solucionáveis por métodos autocompositivos com igual ou maior efetividade e satisfação.

Hoje reconhecida por muitos argentinos como autêntica via de facilitação do acesso à justiça, no início da década de 1990, conforme pudemos ressaltar linhas atrás, a mediação era defendida por poucos visionários que, apoiados em experiências estrangeiras bem

que ustedes van a colaborar es en desalentar la belicosidad litigiosa. Desalentar esa cultura en virtud de la cual los profesores de derecho, los alumnos de derechotas facultades de derecho, la sociedad, consideró durante mucho tiempo que la instancia judicial era la única alternativa para solucionar sus controversias”. (Ibidem, p. 53)

⁴⁵² Para conferir credibilidade, segue texto original: “Con la real convicción, la absoluta seguridad de que, estamos haciendo historia, de que todos ustedes van a dejar una huella imborrable en este proceso de transformación, tengo el sumo honor de dejar formalmente inaugurado este Primer Encuentro Interamericano sobre resolución alternativa de disputas, dando al mismo tiempo la bienvenida a todos los hermanos de esos 16 países que nos visitan. Espero que encuentren en el pueblo argentino la calidez que siempre nos ha caracterizado y que tengan al mismo tiempo la oportunidad de ver un país que está creciendo de pie ante el mundo”. (HIGHTON, Elena Inês; ÁLVAREZ, Gladys Stella; JASSAN, Elías. **Mediação y justicia**. Buenos Aires: Depalma, 1996, p. 53-54. Tradução nossa)

sucedidas, por apostarem na sua potencial contribuição para a amenização de uma crise não mais tolerada pela população, defendiam a necessidade de sua difusão. A acertada aposta no incremento e na implementação da mediação, respectivamente, nas modalidades extrajudicial e vinculada aos tribunais, rendeu frutos que superaram, e ainda superam, as expectativas dos mais otimistas.

O reconhecimento da importância do Poder Judiciário, do seu estado de crise, bem como da necessidade de se buscar alternativas para a amenização dos efeitos negativos por ela produzidos, constituíram a pauta de discurso proferido pelo Ministro da Justiça da Argentina, Rodolfo Barra, no Segundo Encontro Interamericano sobre Resolução Alternativa de Disputas⁴⁵³, realizado no período compreendido entre 29 de março e 1 de abril de 1995, na cidade boliviana de Santa Cruz de La Sierra. O pronunciamento do Senhor Ministro foi inaugurado com a revelação de que, às vésperas de sua possível subida ao Ministério da Justiça, auxiliado por um grupo de colaboradores, começou a trabalhar no intuito de imaginar possíveis formas de superação da crise do sistema judicial. Uma das saídas pensadas e discutidas coletivamente foi a mediação, conforme ressaltou:

Não implica de nenhuma maneira não levar em conta o papel do Poder Judiciário no sistema democrático, no sistema do estado de direito. [...] o Poder Judiciário tem como dois níveis: por um lado a administração da justiça para resolver os conflitos, e creio que deste é que estamos falando aqui, que pode ter vias alternativas, e por outro lado é a garantia do sistema constitucional.⁴⁵⁴

Após tecer pesadas críticas aos sérios problemas de sobrecarga dos tribunais argentinos, também comuns a outros países, o Ministro concluiu com a afirmação de que, em meio a tantas outras estratégias de emergência pensadas e executadas na Argentina – em grande parte voltadas para deformalização do processo –, a adoção de um sistema que busca aproximar a mediação dos Tribunais, como etapa processual prévia e obrigatória, é perfeitamente viável não somente por contribuir para a redução da demanda canalizada

⁴⁵³ O encontro, que contou com a presença de representantes de 14 países – dentre os quais Ministros de Cortes Supremas e de Justiça, membros dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário –, representou uma segunda etapa do referenciado encontro inaugural, realizado na cidade de Buenos Aires, no mês de novembro de 1993. (HIGHTON, Elena Inês; ÁLVAREZ, Gladys Stella; JASSAN, Elías. **Mediación y justicia**. Buenos Aires: Depalma, 1996, p. 57)

⁴⁵⁴ Para conferir credibilidade, segue texto original: “No implica de ninguna manera no tomar en cuenta el papel del Poder Judicial en el sistema democrático, en sistema del estado de derecho. [...] el Poder Judicial tiene como dos niveles: por un lado es administración de justicia para resolver los conflictos, y creo que de esto es lo que estamos hablando acá, que puede tener vías alternativas, y por otro lado es al garante del sistema constitucional”. (Ibidem, p. 61)

para o Judiciário, mas, sobretudo, por figurar como peça chave para o bom funcionamento do sistema democrático e do estado de direito.⁴⁵⁵

Em síntese, a partir do pensamento do Ministro, podemos concluir que é absolutamente equivocada a idéia de que a mediação, assim como os outros métodos alternativos ao processo, restringe ao jurisdicionado o exercício do direito fundamental de acesso à justiça. Ao revés, aquela que supostamente concorreria com o processo e o sistema judicial de administração de conflitos, na realidade, coaduna com uma de suas finalidades precípuas – a pacificação de controvérsias – e contribui para o seu melhor desempenho e funcionamento.

Fascinados com o traçado do processo de institucionalização da mediação na Argentina, tanto pela estreita semelhança que guarda em relação ao mesmo contexto que hoje vivenciamos no Brasil, como pela forma reta e comprometida por meio do qual foi desenhado – fato este que alimenta nossas esperanças de que caminhamos bem na pegada de um vizinho com passado e presente comuns aos nossos –, encerramos esta fase de contextualização das trajetórias e manifestações da mediação no plano internacional para, na seqüência, em capítulo que conferirá desfecho aos nossos estudos, canalizarmos nossos olhares para a sua prática no Brasil, oportunidade na qual almejamos conhecer a política nacional que busca lhe proporcionar acolhimento e, principalmente, desvendar os obstáculos à sua efetivação como via usual de facilitação do direito fundamental de acesso à justiça.

⁴⁵⁵ HIGHTON, Elena Inês; ÁLVAREZ, Gladys Stella; JASSAN, Elías. **Mediación y justicia**. Buenos Aires: Depalma, 1996, p. 69.

4 A MEDIAÇÃO NO BRASIL

4.1 LINEAMENTOS SOBRE A PRÁTICA DA MEDIAÇÃO NO BRASIL

Diferente do que se pode notar na cultura oriental, que desde os primórdios de suas civilizações, tomam as práticas autocompositivas como vias principais de resolução de conflitos; no ocidente, a exemplo do que se observou na Argentina e hoje se observa no Brasil, a mediação vem sendo apresentada, incentivada e difundida, não tanto pelas vantagens que proporciona, mas sim por representar mais uma medida empregada no bojo de um conjunto de esforços empenhados em prol da amenização dos insustentáveis efeitos gerados pela crise de administração da justiça comum a diversas nações.

Na esteira da já comentada tendência de deformalização das controvérsias, juntamente com métodos alternativos ao processo mais conhecidos como a arbitragem e a conciliação, a mediação segue rumo a um destino absolutamente inevitável ao nosso sentir, qual seja: uma prática difundida em uma sociedade estrangulada pelo hábito de depositar no Judiciário a responsabilidade pelo trato de toda sorte de lesão ou ameaça a direito.

Acreditamos que, muito em breve, a prática da mediação abandonará o estado de timidez que hoje ocupa, para alcançar um patamar de notoriedade igual ou pelo menos semelhante ao já galgado por métodos informais já popularizados entre os brasileiros, como a conciliação.

Deixamos para pouco mais adiante a análise das razões da referida timidez, que, para nós, residem em três obstáculos à sua efetivação, que serão individualmente apresentados mediante o lançamento de comentários críticos acrescidos de algumas propostas de superação. Por agora, cumpre-nos estabelecer um panorama do exercício da mediação no Brasil, país que, apesar de ainda carecer de parâmetros formais, diretamente voltados para a regulamentação de sua prática judicial e extrajudicial, tem abrigado um promissor movimento de incentivo ao uso de métodos informais de acomodação autocompositiva de conflitos.

Ainda que de forma tardia, se compararmos o nosso atual momento com o de outros

países, hoje já seria possível afirmar que o Brasil apresenta manifestações concretas do que poderíamos considerar um Plano Nacional de Mediação, caso as diversas ações já praticadas pelo setor público e privado se revelassem articuladas.

No setor público, a prática da mediação vem sendo experimentada por alguns juízes e Tribunais, que, inclusive, têm promovido palestras e cursos de capacitação de mediadores, não mais restritos à formação de conciliadores. Juizados Itinerantes de Conciliação e Mediação destacam-se pelo emprego deste método na condução de conflitos que versem sobre direitos disponíveis. Experiências nesse sentido são identificadas em: Alagoas, Amapá, Maranhão, Bahia, Pernambuco, Recife, Mato Grosso do Sul, Paraná, Rio Grande do Sul e Santa Catarina.⁴⁵⁶

Governos estaduais e municipais também esboçam suas primeiras contribuições no oferecimento de serviços de atendimento gratuito a indivíduos desejosos de experimentar a mediação de suas lesões ou ameaças a direitos. Nesse aspecto, a Prefeitura Municipal de Vitória-ES inovou ao instituir uma Coordenação de Mediação de Conflitos Familiares, constituída por uma equipe multidisciplinar de profissionais responsáveis pela execução de atendimentos gratuitos de mediação aos munícipes de Vitória-ES, com renda não superior a três salários mínimos. A prestação do serviço é realizada no Centro Integrado de Cidadania de Vitória – CIC –, órgão da Prefeitura Municipal de Vitória, vinculado à Secretaria Municipal de Cidadania e Direitos Humanos.

No campo privado, a mediação vem sendo praticada por mediadores autônomos ou independentes – em sua maioria advogados, juízes aposentados, psicólogos, psicanalistas, educadores e assistentes sociais –, bem como por profissionais vinculados a instituições especializadas – as chamadas Câmaras de Mediação⁴⁵⁷.

A inexistência de um Plano Nacional de Mediação, semelhante ao estruturado na Argentina com o propósito de preparar terreno para o acolhimento da mediação institucionalizada no país, não só explica a criticada falta de articulação entre as ações *supra* mencionadas, como também força a sociedade civil desamparada de medidas

⁴⁵⁶ HESS, Heliana Coutinho. **Acesso à justiça por reformas judiciais**. Campinas: Millenium, 2004, p. 171-172.

⁴⁵⁷ Vide relação de Câmaras e Centros de Mediação apresentada por Lúcia Maria de Moraes Sales (ANEXO 07). In: SALES, Lúcia Maria de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 260-268.

assistencialistas nesse sentido, a se mobilizar de forma autônoma para desenvolver formas criativas de driblar os obstáculos que dificultam o acesso formal a uma prestação jurisdicional verticalizada e desatenta às pretensões desses marginalizados: vítimas de uma série de transformações sociais, políticas e econômicas que os aloca em uma desconfortável condição de sub-emprego ou desemprego, pouco ou nenhum conhecimento sobre direitos ou deveres, bem como de exclusão em relação a serviços essenciais, tais como: saúde, educação, transporte, lazer, alimentação e jurisdição estatal.

Nesse contexto, os economicamente mais abastados são seduzidos pelas facilidades e vantagens proporcionadas por métodos alternativos oferecidos em instituições privadas especializadas. A mesma alternativa, todavia, não se revela factível àqueles que, impossibilitados de arcar com custas processuais, honorários de advogados, árbitros, conciliadores ou mediadores, têm quase anuladas as possibilidades de exercício do direito fundamental de acesso à justiça.

Movida pela necessidade de desbravar vias alternativas de facilitação do acesso à justiça, em razão de fatores de cunho econômico que a marginaliza do sistema judicial de administração de conflitos – os mesmos entraves que constituíram o enfoque da segunda onda do movimento universal de acesso à justiça –, a sociedade civil residente nas comunidades periféricas do país – seguimento mais afetado pela aludida marginalização – indica ter encontrado na prática da mediação, uma forma criativa de se prevenir e pacificar conflitos por meio do diálogo, driblando, deste modo, os efeitos da crise de administração da justiça que sobre a mesma recai com intensidade maior.

A organização voluntária e lícita de moradores de favelas e bairros periféricos, mobilizados em prol da prevenção e da pacificação de conflitos mediante o emprego de técnicas de mediação, originou uma prática cada vez mais difundida no Brasil: a mediação comunitária. Por não pressupor, para o seu regular funcionamento, de elevados investimentos do setor público ou privado, a mediação comunitária brota como uma alternativa gratuita e doméstica para muitos, que pouco ou nenhum acesso ao sistema jurídico estatal possuem.

Na mediação comunitária, a condução do processo fica a cargo de residentes da própria comunidade – geralmente líderes comunitários que voluntariamente se colocam a serviço

do grupo –, capacitados por instituições públicas ou privadas para o exercício da função. Nesse sentido, programas governamentais e não-governamentais destinados à preparação desses indivíduos são fundamentais para que não haja prejuízo na condução técnica dos conflitos locais⁴⁵⁸, processados e solucionados sem a necessidade de provocação da tutela jurisdicional.

O fato de residirem na própria comunidade na qual atuam faz dos mediadores populares ou comunitários, “cidadãos entre os cidadãos”⁴⁵⁹, o que significa dizer: profundos conhecedores dos interesses, das necessidades e das possibilidades de seus pares. Sem prejuízo do estado de imparcialidade que deve conservar, o mediador comunitário toca a realidade local, o que lhe permite manter com seus mediados uma identidade jamais estabelecida com juízes de direito, ou quaisquer outros agentes externos. Esta identidade lhe serve não somente como elemento gerador de confiança para as partes mediadas que o elegeram ou aceitaram sua atuação, mas, sobretudo, como atributo que aumenta suas possibilidades de lograr êxito em sua tarefa primordial, qual seja: “[...] transformar o impasse apresentado, diminuindo a hostilidade, possibilitando o encontro de uma solução satisfatória pelas próprias partes para o conflito”⁴⁶⁰.

Disso resulta dizer que, como qualquer terceiro responsável pela condução de um processo de mediação judicial ou extrajudicial, o mediador comunitário jamais se encarregará da tomada de uma solução que pacifique o conflito por ele conduzido. A respeito dos limites de atuação do mediador comunitário, Jean François Six assim se manifestou:

Eles não resolvem conflitos: encontram pessoas que estão dentro de uma situação de conflito. Eles não terão meios técnicos como têm, por exemplo, uma assistência social, um consultor ou um perito, nem armas para abafar o conflito, mas estarão lá para permitir às pessoas encontrar, por seus próprios meios, uma saída a seus conflitos. Os mediadores cidadãos fazem então apelo aos recursos próprios das pessoas que os procuram. Apóiam-se sobre o que essas pessoas dispõem e que não se atrevem a utilizar: seus próprios recursos. Despertam tais recursos se estes estão adormecidos, dando confiança às pessoas, confrontando-as, ajudando-as a colocar os recursos em aplicação, a passar à ação. Os mediadores cidadãos não vêm trazer uma solução externa, mas estimulam a liberdade, a coragem, a vontade própria das pessoas.⁴⁶¹

⁴⁵⁸ Por conflitos locais, entendem-se os que se manifestam entre indivíduos residentes em uma mesma comunidade urbana periférica, marginalizados e equiparados por uma condição sócio-econômica similar. Exemplificando, trazemos à baila os conflitos familiares, escolares, comerciais, de propriedade e de vizinhança.

⁴⁵⁹ SIX, Jean François. **Dinâmica da mediação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 34.

⁴⁶⁰ SALES, Lídia Maria de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 79.

⁴⁶¹ *Ibidem*, p. 34-35.

A atuação do mediador comunitário deve, pois, se restringir à facilitação do diálogo entre os mediados, à geração de mudanças de atitudes nos mesmos, à criação de ambientes de convergência, bem como ao emprego de técnicas que os aproximem o suficiente para que, juntos, logrem êxito na obtenção de um consenso.

A mediação comunitária tem sido reconhecida como autêntica via de democratização do acesso à justiça, não somente em razão do escopo social – a pacificação de conflitos – que satisfaz. Dentre os objetivos que apresenta, destacamos ainda a disseminação de uma cultura de paz e tolerância em comunidade, a prevenção de conflitos, o fortalecimento de laços entre os integrantes da comunidade, a disseminação de informações sobre direitos e deveres, a responsabilização de indivíduos pela tomada de decisões sobre os rumos dos problemas internos que diretamente os afetam, bem como a inclusão social. Acerca deste último objetivo, Lília Maia de Moraes Sales asseverou:

A mediação comunitária torna-se a possibilidade do acesso material à Justiça para os indivíduos excluídos da sociedade. Representa não só a possibilidade de acesso à Justiça por aqueles que jamais a alcançariam pelos meios tradicionais, como a inclusão social deles, já que lhes atribui a responsabilidade de decidir o conflito (em pé de igualdade). O sentimento de inclusão, de não-abandono, cria laços entre os indivíduos que os fazem mais fortes, evitando conflitos e conscientizando-os para o bem-estar social.⁴⁶²

Decorrente manifesta de um sistema elitista – e por esta razão verticalizado – de prestação jurisdicional, a mediação comunitária brotou da sociedade civil para o Estado. Em outras palavras, emanou de experiências lícitas e bem sucedidas de mobilização social, que, por esta razão, hoje são reconhecidas como práticas legítimas e necessárias por diversas organizações não governamentais, bem como pelo poder público de diversos Municípios e Estados da Federação, a exemplo do que se observa no Rio de Janeiro, Espírito Santo, Minas Gerais, São Paulo, Santa Catarina, Ceará, dentre outros.

A organização não-governamental Viva Rio, por exemplo (classificada pela Organização das Nações Unidas como a melhor ONG do mundo, em razão dos projetos sociais que realiza no Estado do Rio de Janeiro⁴⁶³), em parceria com Ministério da Justiça e a Fundação Ford, criou, em meados da década de 1990, o projeto Balcão de Direitos, que

⁴⁶² SALES, Lília Maria de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 159.

⁴⁶³ RIBEIRO, Paulo Jorge; STROZENBERG, Pedro. Mais do que um acerto de contas – teorias, práticas e avaliações da trajetória do Balcão de Direitos. In: RIBEIRO, Paulo Jorge; STROZENBERG, Pedro. **Balcão de Direitos: Resoluções de conflitos em favelas do Rio de Janeiro: imagens e linguagens**. Rio de Janeiro: Mauad, 2001, p. 9-13.

desde então promove a capacitação de mediadores comunitários nas favelas do Chapéu, da Babilônia e da Rocinha.⁴⁶⁴

A idéia de oferecer às lideranças locais noções básicas sobre direitos, cidadania e técnicas de mediação também foi encampada pela prefeitura municipal de Vitória-ES, que, no contexto de um Programa de Educação em Direitos Humanos da Secretaria de Cidadania e Direitos Humanos da Prefeitura Municipal de Vitória (SEMCID/PMV), no ano de 2007, inaugurou o primeiro Curso de Formação de Promotores de Cidadania. O curso que teve como objetivo geral a promoção e a educação em cidadania e direitos humanos nos bairros periféricos da capital, em seu terceiro módulo – denominado “Mediando conflitos em nosso bairro” –, no qual atuamos como colaboradores, cuidou da capacitação de líderes comunitários dos bairros Condusa (Grande São Pedro) e Parque Moscoso (Centro), para o exercício da mediação comunitária.⁴⁶⁵

A Prefeitura Municipal da Capital das Minas Gerais também colocou, em prática, o seu projeto de atendimento jurídico-social gratuito, com ênfase na mediação de conflitos manifestados em vilas e favelas da capital.⁴⁶⁶ Cursos de capacitação de mediadores comunitários, ouvidores e profissionais interessados também são promovidos em São Paulo, pela Secretaria de Justiça e da Defesa da Cidadania. Tais cursos são formatados em carga horária de noventa horas. Destas, sessenta são destinadas ao treinamento em mediação. As trinta horas restantes são preenchidas por noções sobre direitos e cidadania.⁴⁶⁷

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina lançou o projeto “Casa da Cidadania”, que cuida da capacitação de lideranças de grupos religiosos, movimentos populares e associações de moradores para o exercício da mediação. Na capital, a ONG Moradia e

⁴⁶⁴ Sobre a prática da mediação comunitária na favela da Rocinha, recomendamos a leitura de DAVIS, Carolinne M. Pequenas causas e assistência jurídica: usos, transformações e adaptações na favela. In: RIBEIRO, Paulo Jorge; STROZENBERG, Pedro. **Balcão de Direitos: Resoluções de conflitos em favelas do Rio de Janeiro: imagens e linguagens.** Rio de Janeiro: Mauad, 2001, p. 125-149.

⁴⁶⁵ Ao módulo “Mediando conflitos em nosso bairro” foi destinada uma carga horária de cento e vinte horas, distribuídas na apresentação de noções gerais sobre direito e específicas sobre direito de família, consumidor, previdenciário, trabalhista, de vizinhança e penal, além de direitos específicos relativos à criança e aos adolescentes, aos portadores de necessidades especiais e aos idosos. A parte final do curso, da qual participamos como professor, foi exclusivamente destinada ao desenvolvimento de conteúdos de cunho teórico e práticos afetos à mediação.

⁴⁶⁶ SALES, Lúcia Maria de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 141-142.

⁴⁶⁷ *Ibidem*, p. 142.

Cidadania, criada em 1993, oferece serviços de mediação aos moradores da Grande Florianópolis, desde o ano de 2001.⁴⁶⁸

Outra iniciativa merecedora de destaque, no contexto de tantas outras igualmente engajadas no incentivo à prática da mediação comunitária, é o projeto “Casa de Mediação Comunitária”, implementado no município cearense de Russas, em parceria com o Poder Judiciário. A execução do projeto teve início em março de 2005, com capacitação de quarenta e cinco mediadores pelo então chamado Instituto de Mediação e Arbitragem do Ceará, hoje intitulado Instituto Mediação Brasil. Estatísticas demonstram que, no período compreendido entre os meses de outubro e dezembro de 2005, dos vinte e quatro casos conduzidos, vinte e dois – 91,66% – tiveram seus objetivos atendidos. No primeiro semestre de 2006, nos meses de janeiro a maio, acordos foram obtidos em trinta e oito dos quarenta casos atendidos – 95%. No segundo semestre do mesmo ano, dos setenta e seis casos apresentados, cinquenta e seis – 73,68% – terminaram em acordo. A parceria com o Judiciário permite que os conflitos não solucionados tenham seu desfecho após serem encaminhados ao Setor Jurídico da Prefeitura local para fins de ajuizamento da ação cabível.⁴⁶⁹

Não poderíamos encerrar nossos breves comentários ilustrativos de um panorama da prática da mediação do Brasil sem antes ressaltar a importância de eventos e de projetos já comentados no item 3.7.2 do capítulo 3 de nossos estudos. Referimo-nos ao papel fundamental, para a consolidação de uma cultura da mediação no país: dos cursos de capacitação de mediadores, oferecidos por Instituições especializadas da prática do método; das palestras, congressos, seminários e publicações destinadas à abordagem da temática; bem como da atuação de instituições de ensino superior em Direito no oferecimento aos seus discentes de noções teóricas e práticas, respectivamente ministradas e desenvolvidas nas disciplinas regulares e nos Núcleos de Prática Jurídica – NPJ –, que, além de preparar futuros profissionais para o exercício das profissões jurídicas, prestam orientação e assistência gratuitas aos que se declaram impossibilitados de arcar com as custas judiciais e os honorários de advogados sem prejuízo do sustento próprio e familiar.

⁴⁶⁸ Ibidem, p. 141.

⁴⁶⁹ SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediação de conflitos: família, escola e comunidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 66-68.

Inauguramos o presente capítulo com afirmativas fortes, que, a partir de agora, constituirão alicerce ao conjunto de idéias que serão lapidadas na seqüência de nossos estudos. Referimo-nos aos protestos em relação ao tímido desenvolvimento da mediação no Brasil, em que pese o reconhecimento dos importantes, mas desarticulados eventos e projetos que apontam para uma tendência de difusão desse método alternativo de resolução de conflitos. Naquele momento, amparados nas conclusões que conferiram encerramento ao capítulo 2 de nossa pesquisa, ressaltamos que a prática da mediação no Brasil segue o rumo de uma consolidada tendência de deformalização das controvérsias e que, por esta razão, em um futuro breve, alcançará patamares de projeção, conhecimento e utilização mais elevados. Mas lamentamos a inexistência de um Plano Nacional de Mediação encarregado de preparar terreno para a intensificação da prática desse método alternativo em um ambiente no qual ainda não se faz suficientemente conhecido e aceito como legítima via de acesso à justiça.

Mas a que se deve a timidez com a qual a mediação se desenvolve no Brasil? Que obstáculos devem ser transpostos para que o povo brasileiro acolha e assimile a cultura da solução pacífica de conflitos por meio da mediação? Em nossa visão, são de três ordens os entraves à efetivação da mediação como via alternativa de solução de conflitos no Brasil, que, por nós, serão cunhados como obstáculos de natureza informativo-educacional, político-legislativa e jurídico-cultural.

A análise desses entraves, bem como a conseqüente formulação de propostas de amenização dos efeitos pelos mesmos produzidos é fundamental para que possamos atribuir resposta ao problema proposto para essa pesquisa, qual seja: os obstáculos de natureza informativo-educacional, político-legislativa e jurídico-cultural são fatores impeditivos da efetivação da mediação como via alternativa de facilitação do acesso à justiça no Brasil? Passamos, então, rumo ao cumprimento desse pressuposto fundamental.

4.2 OBSTÁCULOS À EFETIVAÇÃO DA MEDIAÇÃO NO BRASIL: ESCLARECIMENTO DAS RAZÕES DA TIMIDEZ

4.2.1 Comentários preliminares

A investida na compreensão das causas e efeitos dos obstáculos à efetivação da mediação

no Brasil é, por nós, encarada como desafiadora na medida em que nos remete à conjugação das idéias e dos pensamentos estampados nos capítulos precedentes, que ora se revelam balizadoras deste objetivo que põe termo aos nossos estudos. Sem podermos nos afastar dos dizeres que ora conferem sustentação ao entendimento pela existência dos entraves de três ordens, não devemos deixar de abrir espaço para a apresentação de pensadores e de teorias, igualmente fundamentais à atribuição de uma resposta ao problema desta pesquisa.

Para responder se os obstáculos de natureza informativo-educacional, político-legislativa e jurídico-cultural são fatores impeditivos da efetivação da mediação como via alternativa de facilitação do acesso à justiça no Brasil, foi necessário percorrer caminhos investigativos sobre as possíveis formas de resolução de conflitos, o acesso à justiça e a prática mediação no plano internacional. Nesse contexto, as experiências globais são fundamentais, visto que inspiram e servem de exemplo para iniciativas que rompem os limites do estrangeiro, para se tornarem nacionais e, portanto, ainda mais globais.

Mas é preciso, também, analisar os processos de resolução de conflitos, o acesso à justiça e a mediação, na particular esteira do cenário temporal e espacial que contextualiza toda essa discussão: o Brasil contemporâneo. Desta feita, se não podemos compreender a mediação nacional sem percorrer as experiências estrangeira que hoje lhe conferem inspiração e sustentação, por motivos ainda mais óbvios, não nos seria possível avançar sem conhecer as especificidades que conferem particularidade ao tema da mediação no Brasil, inserido na conjuntura da constatada tendência da deformalização das controvérsias.

Tentaremos, assim, dos obstáculos à efetivação da mediação no Brasil, sob a óptica dos eventos e caracteres que conferem particularidade à temática no plano interno.

4.2.2 Componente de natureza informativo-educacional

O primeiro obstáculo à efetivação da mediação como via de facilitação do acesso à justiça no Brasil, de natureza informativo-educacional, consiste na carência de informações da sociedade brasileira – não excluídos aqui, os profissionais do direito – sobre os propósitos ou mesmo a existência do aludido instrumento de pacificação de conflitos.

Traços indicativos de superação do obstáculo em questão hoje são identificados na divulgação da matéria em cursos de capacitação e de formação de mediadores, em congressos, seminários e publicações sobre o tema, nas instituições de ensino superior em Direito e, principalmente, no boca-a-boca que acompanha sua crescente prática.

Mas tudo isso ainda incipiente. A idéia de se ampliar o acesso à justiça através do oferecimento de práticas alternativas ao processo judicial ainda é tomada por alguns desacreditados como utopia. Já os mais céticos preferem criticá-la, sem antes conhecer seus verdadeiros escopos, vantagens e contribuições que pode prestar para a amenização dos insustentáveis efeitos projetados pela crise nacional de administração da justiça.

O discurso dos críticos, geralmente, tende a girar em torno de cinco assertivas falsas, as quais, para nós, se justificam na desinformação: a essência do primeiro entrave. O primeiro mito reside na suposta violação ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, consagrado no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. O imaginário da inconstitucionalidade – já afastado pelo Supremo Tribunal Federal em relação à arbitragem, após ter sido suscitado no julgamento do Agravo Regimental em Sentença Estrangeira n. 5.206 do Reino da Espanha, concluído no dia 12 de dezembro de 2001 – é facilmente desmistificado quando se compreende, conforme entrevemos nos capítulos precedentes, que o acesso material à justiça não se esgota na apreciação judicial de conflitos pelo Estado, e que a voluntariedade – princípio basilar da mediação –, mesmo na modalidade obrigatória, que será detalhada no item 4.2.3.1 do presente capítulo, não se coaduna com a possibilidade de imposição do método, cuja adoção é faculdade de livre escolha dos interessados.

O segundo falso entendimento consiste na idéia de que a ausência do Estado em situações de desequilíbrio de poderes desampara os que se apresentam em posição desfavorecida na satisfação de seus interesses. Sobre esse aspecto, em primeiro lugar, é necessário reconhecer que o fato de estar em juízo não impede, por exemplo, que indivíduos em posição econômica menos abastada sejam influenciados a renunciar aos seus direitos em prol da formulação de um acordo que lhes rendam indenizações irrisórias do ponto de vista das partes mais abastadas. Além do mais, ainda que desprovido de poder decisório, uma vez constatada a prejudicialidade do desnível entre os envolvidos, o mediador possui

autonomia para recusar-se a formalizar o acordo, ainda que intencionado pelos mediados.

A terceira falácia estaria na alegação de que, ao optarem pela mediação, as partes mediadas não mais poderiam ser assistidas por advogados, que com a difusão da mediação, supostamente teriam restringidos os limites do exercício profissional. Mais uma vez, a receosa postura desses profissionais é reflexo da carência de informação sobre o processo mediador, que não só lhes permite atuar como mediadores, como também comporta sua atuação antes da realização das sessões (para fins de aconselhamento e de preparação de seus representados), durante (na negociação e defesa dos interesses dos mediados pelos mesmos representado) e após (no acompanhamento do cumprimento de acordos formulados).

Os advogados têm suas posições destacadas no processo mediador na medida em que podem, por exemplo, recomendar ou desaconselhar a mediação em razão da natureza do conflito, administrar e zelar pelo cumprimento das metas e objetivos apresentados por seus clientes, avaliar a viabilidade de propostas apresentadas e o melhor momento para a formalização do acordo, acompanhar a redação do termo final de mediação, bem como proceder a execução judicial do acordo, caso não cumprido. A propósito, vale ressaltar que a prática da mediação e de outros métodos informais de resolução de conflitos deve ser vista por esses profissionais como uma exigência imposta pelos seus clientes, os quais, se por ela se interessam, forçam-no a conhecê-la. Não há razões que sustentem o temor da perda de mercado. Além do mais, o advogado cumpre uma função essencial à justiça, nos termos do artigo 133 da Constituição Federal de 1988, razão pela qual jamais poderia ser impedido do exercício de seu ofício.

Enfim, finalizamos o rol dos falsos pressupostos como a apresentação do quinto e último pensamento, que povoa a mente dos que temem a difusão da mediação por considerar que sua prática torna ampliadas as chances de se coroar uma justiça de segunda linha, ou uma meia justiça como preferem alguns. De fato, conforme denunciado por Kim Economides⁴⁷⁰, o perigo que a tendência de relativização do formalismo enfraqueça valores fundamentais como a segurança jurídica é real, o que não significa dizer que

⁴⁷⁰ ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do movimento de acesso à justiça: epistemologia versus metodologia? In: PANDOLFI, Dulce Chaves et al (Org.). **Cidadania, justiça e violência**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 61-76.

métodos informais de resolução de conflitos careçam de parâmetros mínimos de sistematização, sejam marginais em relação aos preceitos estatuídos no ordenamento jurídico, ou mesmo que o sistema judicial esteja isento de quaisquer possibilidade de produção de maus acordos ou sentenças eivadas de vícios de procedimento ou julgamento.

A qualidade dos acordos de mediação deve ser a mesma em relação às sentenças produzidas no dia-a-dia do foro. O controle dos atos dos mediadores também deve recair sobre as ações dos agentes estatais encarregados do exercício da jurisdição. Esses fatores justificam a preocupação de Mauro Cappelletti⁴⁷¹ com a necessidade de se estabelecer padrões ou garantias mínimos que preservem a segurança das partes e a qualidade das decisões proferidas na mediação e em outros métodos informais.

Todas as cinco assertivas, por nós, derrubadas apontam a desinformação como fator gerador do descrédito da sociedade brasileira em relação à legitimidade da mediação como via de facilitação do acesso à justiça. Mas como superar o problema da falta de informação da população? A resposta, segundo Luís Alberto Gómez Araújo⁴⁷², estaria no desenvolvimento de processo educativo que permita à sociedade, em um primeiro momento, ser educada sobre os princípios, benefícios, aplicabilidade e limitações da mediação, para, assim, poder avaliar se, no caso concreto, esta ou outra alternativa seria mais indicada a condução do conflito.

O professor, advogado, árbitro e mediador colombiano estabeleceu as seguintes diretrizes para que esse processo educativo se concretize: o desenvolvimento de políticas públicas que levem a cultura da mediação ao conhecimento dos indivíduos em formação no convívio familiar, na escola ou nas universidades; a criação de Centros de Solução Alternativa de Conflitos Estudantis, nos quais os próprios estudantes atuariam como mediadores, após receberem a devida capacitação; o oferecimento, pelo governo, de programas de incentivo à prática da mediação que, em princípio, atingissem pequenos bairros, comunidades e agrupamentos, para, em seguida, abarcar grupos mais vastos da

⁴⁷¹ CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de processo**, São Paulo, ano 19, n. 74, p. 81, abr.-jun. 1994.

⁴⁷² ARAÚJO, Luís Alberto Gómez. Os mecanismos alternativos de solução de conflitos como ferramentas na busca da paz. In: OLIVEIRA, Angela et al. (Coord.). **Mediação: métodos de resolução de controvérsias**. São Paulo: LTr, 1999, p. 129.

sociedade.⁴⁷³ Campanhas publicitárias informativas, bem como de divulgação de experiências de sucesso na prática da mediação também cairiam bem no contexto de tantas ações de combate à falta de familiaridade e de informação sobre o método.

Outro importante passo seria o envolvimento dos poderes executivo e legislativo na execução de uma política ou plano nacional de mediação. Nesse sentido, caberia ao Executivo levar ao conhecimento da sociedade o debate sobre o tema, zelar pela prestação de serviços de atendimento em mediação, bem como fomentar projetos de capacitação de mediadores comunitários.

Ao poder legislativo competiria a regulamentação e a institucionalização da prática da mediação no Brasil, assunto que será retomado quando da apresentação do segundo entrave à efetivação da mediação como via de facilitação do acesso à justiça no país – o obstáculo de natureza político-legislativa.

Acresce-se às citadas diretrizes a descentralização da temática do acesso à justiça e as formas de resolução de conflitos para além do meio judicial. Nesse sentido, assim se manifestou o então presidente do Supremo Tribunal Federal, o ministro Nelson Jobim, em discurso proferido em sessão solene de promulgação da Emenda Constitucional n. 45 – a chamada Reforma do Judiciário –, no dia 08 de dezembro de 2004:

[...] enquanto se mantiver a exclusividade da discussão no seio das corporações jurídicas, jamais se saberá o real posicionamento de toda a sociedade, embora seja ela a atingida pela crise e pelas eventuais melhorias que poderiam advir ao sistema com a adoção de algumas propostas. É preciso, no entanto, que o tema deixe de ser doméstico, para ser engrandecido por um descentralizado debate nacional, transformando-se em *tema da nação*.⁴⁷⁴

Na perspectiva da educação de estudantes e profissionais de Direito, as manifestações da falta de informações sobre a mediação são evidentes, o que torna necessário o desenvolvimento de um processo educativo que traga a cultura da mediação à pauta do magistério das academias jurídicas, bem como dia-a-dia da prática forense. Parece-nos incoerente ou difícil de aceitar que, no atual momento histórico em que se presencia a

⁴⁷³ Ibidem, p. 131.

⁴⁷⁴ JOBIM, Nelson *apud* CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 157.

consolidação do fenômeno da deformalização das controvérsias como forte tendência, estudantes e juristas não conheçam a proposta da mediação e sua contribuição para a amenização dos contornos da crise de administração da justiça que os atinge e, portanto, os interessa.

Mas, por quais razões o obstáculo informativo-educacional ainda atinge aqueles que, em razão do ofício que exercem ou pretendem exercer, mais do que qualquer leigo, sobre a mediação ou qualquer outro método de resolução de conflitos deveriam conhecer? Buscaremos resposta para este questionamento fundamental, nas bases da formação dos que lidam com a prática profissional do direito, ou seja, nas academias jurídicas.

Uma breve investida na temática do ensino jurídico brasileiro nos permitirá constatar que o modelo de formação de discentes nos cursos de Direito do país ainda se mantém aprisionado na proposta de preparação dos mesmos para o manuseio técnico de práticas jurídico-adversariais de resolução de conflitos. Daí resulta a explicação para o desconhecimento de estudantes e profissionais de Direito sobre relevantes aspectos teóricos e práticos da mediação e de outras vias alternativas de facilitação do direito fundamental de acesso à justiça.

Iniciamos nosso breve resgate histórico no ano de 1827, o ano da criação dos primeiros cursos de Direito do Brasil, instalados nos conventos de São Francisco – no mês de março – e de São Bento – dois meses depois –, respectivamente sediados nas cidades de São Paulo e Olinda. Os referidos cursos tiveram suas criações justificadas pela necessidade de formação de técnicos que pudessem atender às necessidades básicas do Estado Nacional em emergência, conforme sustentou Sérgio Adorno.⁴⁷⁵ As necessidades da época, segundo Alberto Venâncio Filho⁴⁷⁶, residiam na formação de julgadores, advogados e outros indivíduos que pudessem ocupar cargos diplomáticos, políticos e outras funções burocráticas na administração do Estado. O modelo de ensino jurídico então desenhado (verticalizado, sistemático e isolado das questões sociais brasileiras) caiu como uma luva no atendimento aos interesses da época.

⁴⁷⁵ ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder:** o bacharelismo liberal na política brasileiro. Rio de Janeiro: Paz e Terra, p. 141.

⁴⁷⁶ VENÂNCIO FILHO, Alberto *apud* OLIVEIRA, André Macedo de. **Ensino jurídico:** diálogo entre teoria e prática. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 39.

Sob a influência da filosofia positivista, o ensino jurídico sofreu modificações na República. A principal inovação foi a criação de faculdades privadas livres, que, como as federais, funcionavam regularmente, sob a supervisão do governo. Com o aumento do número de cursos, a classe média passou a ter acesso à educação superior. A rivalidade até então mantida pelos cursos de São Paulo e de Olinda perdeu força. E como consequência da maior oferta, veio a queda da qualidade do ensino no país.⁴⁷⁷ Na República Velha, esclarece Horácio Wanderley Rodrigues, o ensino do Direito permaneceu divorciado da realidade social. As inovações mais importantes da época foram as seguintes:

a) a introdução de alterações no currículo dos cursos, procurando dar maior profissionalização aos seus egressos. Continuou ele, no entanto, sendo rígido, não sendo introduzida nenhuma alteração estrutural; b) a influência decisiva do positivismo na concepção do Direito e seu ensino; e c) o início das discussões sobre as questões da metodologia do ensino. No entanto, a aula-conferência continuou sendo, regra geral, a opção didático-pedagógica adotada.⁴⁷⁸

No ano de 1931, a Reforma Francisco Campos trouxe a orientação pelo ensino jurídico profissionalizante. Prestigiou-se o desenvolvimento de conhecimentos práticos e técnicos, pautados no estudo do Direito positivo.⁴⁷⁹ A idéia de se atribuir ao bacharelado a função de formar operadores técnicos do Direito, enquanto ao doutorado a preparação de pesquisadores, fracassou. Segundo Horácio Wanderley Rodrigues⁴⁸⁰, o bacharelado manteve-se no mesmo nível, enquanto que o doutorado não atingiu os seus objetivos.

Cento e vinte e oito anos após a criação dos primeiros Cursos de Direito, a crise do ensino jurídico ainda se mantinha viva, conforme advertiu Santiago Dantas⁴⁸¹, em aula inaugural ministrada na Faculdade Nacional de Direito do Rio de Janeiro, no ano de 1955. Segundo ele, a crise do ensino jurídico podia ser avaliada como um reflexo de um problema que afligia a educação superior e o sistema educacional de forma geral, como um aspecto particular de uma cultura jurídica que cultivava e cultuava a reprodução verticalizada, sistemática e estéril de conhecimentos descritivos de instituições e de normas jurídicas, sem qualquer contribuição crítica. O ensino jurídico, burocratizado,

⁴⁷⁷ RODRIGUES, Horácio Wanderley. **Pensando o direito no século XXI**: diretrizes curriculares, projeto pedagógico e outras questões pertinentes. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 26.

⁴⁷⁸ Ibidem, p. 26.

⁴⁷⁹ SANTOS, André Luiz Lopes dos. **Ensino jurídico**: uma abordagem político-educacional. Campinas: Edicamp, 2002, p. 37-38.

⁴⁸⁰ Ibidem, p. 27.

⁴⁸¹ DANTAS, Santiago *apud* Horácio Wanderley Rodrigues. (Ibidem, p. 27)

descontextualizado da realidade social e descompromissado com a questão da justiça, a que se referiu Santiago Dantas, declinava na velocidade terrível de uma crescente perda de credibilidade.

Passados mais de cinquenta anos do registro do protesto em uma histórica aula inaugural, conforme advertiu Horácio Wanderlei Rodrigues⁴⁸², pouco mudou no sistema de educação jurídica. A descrição dos cursos de Direito da atualidade permanece rigorosamente a mesma daquela que foi criticada na década de cinquenta. A manutenção desse indesejado estado de coisas tem levado muitos a empenhar esforços na busca de múltiplas tentativas de explicação da complexa crise do ensino do Direito, em sua maioria ingênuas e simplistas tendo em vista a dimensão estrutural do problema. Acerca da complexidade de uma crise que se apresenta, Horácio Wanderlei Rodrigues comentou:

No quadro social, político e econômico brasileiro, uma série de fenômenos vem contribuindo para a crise do ensino do Direito. [...] Modificaram-se as exigências com relação à prática profissional do jurista, mas o ensino do Direito não acompanhou essa evolução. Continua inerte, estacionado na era dogmática, não tendo, em muitas situações, superado o século XIX, ainda reproduzindo a idéia de que a simples positivação dos ideais do liberalismo é suficiente para gerar a democracia e que o positivismo é o modelo epistemológico adequado para a produção do conhecimento científico.⁴⁸³

O reconhecimento da dimensão desse problema que apresenta fundamentos estruturais, funcionais e operacionais reforça a advertência de Santiago Dantas⁴⁸⁴, a pouco referenciada, de que a crise do ensino jurídico pode ser avaliada sob duas perspectivas: como um braço de um problema global que afeta o sistema de ensino superior do Brasil e como um aspecto particular da cultura jurídica nacional. Quando refletimos sobre a primeira perspectiva – a crise do ensino jurídico como manifestação de um problema global do ensino superior –, inevitável recorrer à lição balizadora de Paulo Freire, que, assim, se posicionou sobre a narração ou dissertação de conteúdos, por ele considerada a tônica da educação, em qualquer de seus níveis:

A narração, de que o educador é sujeito, conduz os educandos à memorização mecânica do conteúdo narrado. Mais ainda, a narração os transforma em ‘vasilhas’, em recipientes a serem ‘enchidos’ pelo educador. Quanto mais vá ‘enchendo’ os recipientes com seus ‘depósitos’, tanto melhor o educador será. Quanto mais se deixem docilmente ‘encher’, tanto melhores educandos serão. Desta maneira, a educação se torna um ato de depositar, em que os educandos

⁴⁸² Ibidem, p. 28.

⁴⁸³ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Pensando o direito no século XXI**: diretrizes curriculares, projeto pedagógico e outras questões pertinentes. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 34.

⁴⁸⁴ DANTAS, Santiago *apud* Horácio Wanderlei Rodrigues. (Ibidem, , p. 27)

são os depositários e o educador o depositante. Em lugar de comunicar-se, o educador faz ‘comunicados’ e depósitos que os educandos, meras incidências, recebem pacientemente, memorizam e repetem.⁴⁸⁵

Trata-se da sublime descrição do que o educador chamou de visão “bancária”⁴⁸⁶ da educação, que restringe os processos educativos à prática do depósito, da transferência, da transmissão de conhecimentos dogmaticamente fechados e apartados de qualquer senso crítico, cuja ausência alimenta o alargamento dos contornos da crise do ensino jurídico, do colapso das práticas interpretativas e operacionalizadoras do Direito e, em nível ainda mais amplo, da convulsão do modelo judicial de condução e de resolução de conflitos.⁴⁸⁷

Como resultado da incidência da visão bancária da educação sobre o ensino jurídico, tem-se a formação de profissionais acríticos e inertes em relação aos problemas e desafios impostos por uma realidade – o mundo do ser – cuja compreensão não foi possível alcançar pela narração e dissertação de conteúdos afetos ao mundo do dever ser, das condutas idealizadas.

Difícil, muito embora necessário, é reconhecer que a mesma apatia ou inércia que impede que tais indivíduos prestem qualquer contribuição para a superação dos problemas que tocam o contexto social no qual se inserem, levando-os a aceitar os desacertos de realidades que devem ser revistas, serve de combustível para a manutenção do indesejado estado de coisas sobre o qual se mantém decantado o ensino jurídico no Brasil.

Como um aspecto particular da cultura jurídica nacional – a segunda perspectiva da crise do ensino jurídico na leitura de Santiago Dantas⁴⁸⁸ –, o problema do ensino do Direito esbarra em uma forte tradição conservacionista, descrita por João Luís Fischer Dias como

⁴⁸⁵ FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 42. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005, p. 66.

⁴⁸⁶ *Ibidem*, p. 67.

⁴⁸⁷ Paulo Freire desenhou o sistema da educação bancária ao declarar que nela: “a) o educador é o que educa; os educandos, os que são educados; b) o educador é o que sabe; os educandos, os que não sabem; c) o educador é o que pensa; os educandos, os que pensados; d) o educador é o que diz a palavra; os educandos, os que escutam docilmente; e) o educador é o que disciplina; os educandos, os disciplinados; f) o educador é o que opta e prescreve sua opção; os educandos, os que seguem a prescrição; g) o educador é o que atua; os educandos, os que têm a ilusão de que atuam, na atuação do educador; h) o educador escolhe o conteúdo programático; os educandos, jamais ouvidos nesta escolha, se acomodam a ele; i) o educador identifica a autoridade do saber com sua autoridade funcional, que opõe antagonicamente à liberdade dos educandos; estes devem adaptar-se às determinações daquele; j) o educador, finalmente, é o sujeito do processo; os educandos, meros objetos.” (FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 42. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005, p. 66)

⁴⁸⁸ DANTAS, Santiago *apud* RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Pensando o direito no século XXI: diretrizes curriculares, projeto pedagógico e outras questões pertinentes**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 27.

sendo:

Uma visão formalista e ritualística do Direito, decorrente da hipertrofia do chamado ‘positivismo jurídico’, muitas vezes retira do intérprete a sua análise crítica da realidade social. Há, em verdade, uma turvação da consciência jurídica universal, obscurecida pela rigidez lógico-formal, sustentada, por sua vez, em rígidos postulados dogmáticos.⁴⁸⁹

Fortemente influenciado por uma filosofia positivista, o sistema de formação jurídica mantém-se fiel ao dogmatismo normativista, ao mito da universalização de condutas a partir da positivação de comandos normativos, que fazem das academias de direito – como eram conhecidas em 1827⁴⁹⁰ –, verdadeiras Escolas de Legalidade. Para descrever a origem do império dessa cultura legalista que se faz entranhada nos, desde a sua formação, buscamos amparo na lição de José Geraldo de Sousa Júnior.

A cultura legalista, na formação dos juristas, gerou uma valorização muito forte do plano legal sobre a construção do direito, da legalidade sobre a juridicidade, da lei sobre o direito. Isto constituiu uma espécie de ideologia jurisdicista, que é o apanágio da formação do jurista do nosso século, sobretudo a partir do modelo de organização do direito elaborado na Idade Média, com a construção do sistema do Estado, aperfeiçoado durante o século XIX. Isto é o que se designa a prevalência do paradigma do positivismo jurídico e, nesse plano, especialmente do positivismo legalista. De certo modo, este tipo de formação gerou, enquanto ideologia jurídica, uma convicção de que o direito é entendido como lei, que é o direito que institui o social e que, no processo de formação do aparato jurídico, todas as relações sociais, econômicas e políticas podem ser reduzidas a relações jurídicas.⁴⁹¹

Em crítica à atuação dos magistrados e à cultura jurídica portuguesa, Boaventura de Sousa Santos identificou no que chamou de “retrato-robot do magistrado em Portugal” – que declarou suspeitar não ser diferente do “retrato-robot do magistrado brasileiro” –, manifestações claras do predomínio dessa cultura normativista, técnico-burocrática, segundo ele assente em três grandes idéias, quais sejam:

[...] a autonomia do direito, a idéia de que o direito é um fenômeno totalmente diferente de tudo o resto que ocorre na sociedade e é autônomo em relação a essa sociedade; uma concepção restritiva do que é esse direito ou do que são os autos aos quais o direito se aplica; e uma concepção burocrática ou administrativa dos processos.⁴⁹²

⁴⁸⁹ DIAS, João Luís Fischer. Paradigmas para a reforma do sistema judiciário brasileiro. In: RODRIGUES, Ana Cláudia Manso S. O. et al. **Estudos de direito público**: homenagem aos 25 anos do mestrado em direito da UNB. Brasília: Brasília Jurídica Ltda., 2000, p. 11-27.

⁴⁹⁰ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Pensando o direito no século XXI**: diretrizes curriculares, projeto pedagógico e outras questões pertinentes. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 25.

⁴⁹¹ SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. Novas sociabilidades, novos conflitos, novos direitos. In: PINHEIRO, José Ernane; SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de; DINIS, Melillo et al (Org.). **Ética, justiça e direito**: reflexões sobre a reforma do judiciário. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996, p. 91-92.

⁴⁹² SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007, p. 68.

Essa tríade, segundo o sociólogo português, sustenta o imaginário de que o resultado final do processo de ensino-aprendizagem deve ser o conhecimento do sistema jurídico, como se essa bagagem fosse bastante para que, quando do exercício da profissão jurídica, o indivíduo demonstre aptidão para conduzir os conflitos que lhe forem apresentados. Ela seria, portanto, a razão pela qual “[...] a necessária leitura cruzada entre o ordenamento jurídico e as práticas jurídicas e problemas sociais é ignorada, encerrando-se o conhecimento jurídico e, conseqüentemente, o aluno, no mundo das leis e dos códigos”.⁴⁹³ Nota-se, portanto, as razões pelas quais a manutenção da cultura positivista-legalista faz remotas as possibilidades de superação da crise do ensino jurídico no Brasil.

Uma das perspectivas sobre as quais o problema do ensino do Direito pode ser avaliado é a da crise funcional que atravessa, qual seja: “aquela relativa à qualidade do produto final do processo educacional e sua absorção pelo mercado de trabalho”⁴⁹⁴. Sob esse aspecto, Horácio Wanderlei Rodrigues denunciou “[...] a falta de preparação profissional para o desempenho de uma série de novas atividades emergentes, bem como das antigas que necessitam hoje de um tratamento diferenciado”.⁴⁹⁵

Suzane J. Schmitz fez menção a estudos que apontam que um grande obstáculo à aceitação e à utilização de MACRC é a ausência de uma advocacia bem informada e familiarizada, para, em seguida, protestar:

Os advogados, às vezes, estão insatisfeitos com o processo de mediação, não por causa do processo em si, mas porque eles entendem mal o processo que foi escolhido. [...] Na falta de compreensão do processo de mediação, advogados com frequência selecionam casos errados para mediação e não preparam adequadamente seus clientes ou o caso para a mediação. Advogados geralmente estão impossibilitados de compreenderem a natureza não-adversarial da mediação e, desse modo, conduzem a si próprios por caminhos que obstruem acordos ou perdem oportunidades de proporcionar acordos.⁴⁹⁶

A educação de advogados para a mediação é fundamental. Daí resulta a conclusão de que:

⁴⁹³ Ibidem, p. 73.

⁴⁹⁴ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Pensando o direito no século XXI: diretrizes curriculares, projeto pedagógico e outras questões pertinentes**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 45.

⁴⁹⁵ Ibidem, p. 45.

⁴⁹⁶ SCHMITZ, Suzanne J. O que deveríamos ensinar em cursos de RAD? Conceitos e habilidades para advogados que representam clientes em processos de mediação. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. v. 2, p. 91-92.

Algumas tentativas de minoração dessa crise [em referência à crise do mercado de trabalho enfrentada pelos profissionais do Direito] podem ser implementadas através do ensino do Direito, principalmente no que se refere à formação de um profissional melhor preparado e atualizado de acordo com as novas demandas sociais [...].⁴⁹⁷

Dito de outro modo, considerando a deformalização das controvérsias uma tendência naturalmente viva no Brasil, não podemos mais aceitar que o jurista feche os olhos para este fenômeno que diretamente lhe afeta e interessa, por hoje lhe ser apresentado como uma exigência ínsita ao exercício de sua prática profissional.

A dificuldade de assimilação desses novos ditames do mercado, conforme já sustentado, por nós, reside nas bases de uma formação profissional que gravita sob a órbita de um elemento que se destaca pela perpetuidade, mas que ora é submetido a críticas por nós parece ser antiquado e insustentável para os parâmetros atuais. Falamos aqui da cultura do litígio, que canaliza a preparação de estudantes para a operacionalização de sistemas adversariais de resolução de conflitos, dificultando a superação do obstáculo informativo-educacional à efetivação da mediação como via de facilitação do acesso à justiça no Brasil.

A insustentabilidade do modelo judicial de administração de conflitos sugere a quebra de paradigmas no modo de pensar e de agir dos profissionais do Direito, o que, para nós, deve partir do oferecimento de um ensino jurídico que permita ao educando compreender os verdadeiros propósitos, a legitimidade e a importância da difusão da mediação e de outras práticas informais e coexistenciais de pacificação de conflitos.

Nesse sentido, André Luiz Lopes dos Santos sustentou:

[...] a partir do processo educacional, a partir do enfoque a ser dado ao processo de formação de nossos profissionais do Direito, que poderemos fazer com que esses ‘meios alternativos’ signifiquem exatamente o que a expressão sugere – alternativas – e não o simples e lamentável abandono de nosso empenho pela transformação e pela atualização de nosso Judiciário, de modo a inseri-lo no século que se inicia não mais como triste símbolo de anacronismo e descontextualização. [...] Os assim chamados meios alternativos, na verdade, são (ou, ao menos deveriam ser, segundo nossa ótica) meios *complementares* à jurisdição tradicional, perfazendo, todo esse espectro procedimental reunido, canais voltados à consecução de um só fim, o alargamento do *acesso à justiça*.⁴⁹⁸

⁴⁹⁷ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Op. cit., p. 46, nota 494.

⁴⁹⁸ SANTOS, André Luiz Lopes dos. **Ensino jurídico: uma abordagem político-educacional**. Campinas: Edicamp, 2002, p. 176-177.

Por tudo que foi pensado e exposto, entendemos que somente a partir da reformulação dos processos de ensino-aprendizagem, veremos a plenitude da amenização dos efeitos produzidos pelo obstáculo informativo-educacional junto aos profissionais do foro. Os estudantes de Direito precisam ser provocados a romper os limites do domínio da técnica processual judicial, da vinculação a uma visão adstrita aos ditames positivados nos códigos, para, concomitantemente, sem renegar dimensão normativo-processual do Direito, desvendar o universo das pujantes práticas coexistenciais de resolução de conflitos. Precisam perceber que mais do que adversários, ou incentivadores da adversariedade, eles devem se portar como solucionadores, hábeis no domínio e no emprego de diversificadas técnicas que lhe possam lhe servir na consecução desse nobre propósito.

Não podemos deixar de destacar a relevância do envolvimento institucional da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB –, no fomento do que podemos chamar de advocacia da mediação e de outras práticas alternativas ao processo judicial. Seja em promover palestras, seminários e congressos que abordem a temática, seja em capacitar tais profissionais para a vivência prática dessa realidade, a OAB deve ser desafiada a ampliar os horizontes dos advogados do país, mostrando-lhes a viabilidade do exercício de novos e múltiplos papéis. O mesmo deve ser esperado de instituições ligadas a outros seguimentos profissionais, tais como: escolas da magistratura, Ministério Público e Associações de Magistrados.

Mas enquanto o ensino jurídico nacional se mantiver pautado, com exclusividade, nas práticas formais do processo judicial, preservado permanecerá o *status* do desconhecimento, da desconfiança ou do repúdio dos juristas em relação a tudo que essencialmente não é formal, adversarial ou judicial.

Até que as academias de direito ampliem o horizonte dos métodos de resolução de conflitos estudados e debatidos do ponto de vista teórico e prático, tocando, assim, as bases da manifestação do obstáculo informativo-educacional junto aos referidos profissionais, que permanecerão inócuos, eis que insuficientes, os tímidos esforços hoje realizados no bem intencionado intuito de fazer com que juristas formados e em formação abandonem a tradição do litígio⁴⁹⁹, para, deste modo, assimilar a cultura da coexistência

⁴⁹⁹ Essa tradição do litígio, que preferimos chamar de cultura do litígio, consiste na essência

que ecoa na prática da mediação de conflitos.

4.2.2.1 Relato da Mediação praticada no Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade de Direito de Vitória – FDV

Compromissadas com o oferecimento de um ensino jurídico atualizado do ponto de vista da formação de profissionais versáteis, preparados para o enfrentamento dos múltiplos desafios impostos por um mercado de trabalho transformado por novas exigências, algumas instituições de ensino superior em Direito do Brasil têm se destacado pela inclusão, em seus programas de ensino e extensão, de conteúdos teóricos e práticos sobre a mediação e outras práticas informais de pacificação de conflitos.

Muito embora já seja possível identificar disciplinas especificamente destinadas à abordagem dos métodos alternativos de resolução de conflitos⁵⁰⁰, regra geral, conteúdos teóricos sobre conciliação, negociação, arbitragem e mediação são desenvolvidos de forma pontual, no bojo das disciplinas de direito material e, com maior frequência, nas processuais. A oportunidade do contato simulado e real com a prática desses métodos alternativos ao processo judicial, infelizmente, é oferecida por poucas instituições de ensino superior em Direito.

Na seqüência, em tom de encerramento proposta de conferir destaque às diretrizes que, de alguma forma, contribuem ou podem contribuir para a superação do criticado obstáculo informativo-educacional, canalizaremos a discussão para a prática da mediação nas

do terceiro obstáculo à efetivação da mediação como via de facilitação do acesso à justiça no Brasil. O debate sobre o que intitulamos obstáculo jurídico-cultural conferirá desfecho aos nossos estudos.

⁵⁰⁰ Citamos como exemplos nesse sentido, duas disciplinas regulares da grade da Faculdade de Direito de Vitória – FDV. São elas: Conflitos e Suas Soluções – por nos ministrada aos alunos do segundo período do Curso Modelo de Direito – e Métodos de Resolução de Controvérsias – oferecida aos discentes do Curso Integral de Direito da Instituição, que também vem sendo por nós ministrada. Permeados por momentos de intervenções direcionadas a realização de leituras psicanalíticas de fenômenos jurídicos diversos, os programas destas disciplinas revelam-se comprometidos com a problematização de questões atuais, afetas à Teria Geral do Processo e ao Direito de forma mais ampla. Dentre as temáticas abordadas, destacamos: os elementos de uma teoria geral dos conflitos, os processos de manifestação e de condução de controvérsias nos Tribunais, a relação do Direito com outras ciências, a crise do sistema judicial de administração da justiça e suas influência no exercício das principais profissões jurídicas, os obstáculos impostos à efetivação do direito fundamental de acesso à justiça no país e suas perspectivas de superação a partir do exercício conjugado do processo judicial com outras práticas individualmente estudadas de forma individualizadas – negociação, conciliação, mediação e arbitragem.

academias jurídicas, o que será feito a partir da apresentação da experiência do Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade de Direito de Vitória – NPJ/FDV – no emprego do método.

4.2.2.2 Processo de estruturação do sub-núcleo de mediação do NPJ/FDV

O Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade de Direito de Vitória – NPJ/FDV – tem como funções básicas: proporcionar aos discentes da instituição a vivência de situações reais da vida e das profissões jurídicas, através da aplicação experimentada dos conhecimentos teóricos acumulados no transcorrer do curso; bem como oferecer, gratuitamente, aos residentes nos municípios de Vitória-ES e Cariacica-ES – os que comprovadamente se declarem impossibilitados de arcar com custas processuais e honorários de advogados privados, sem prejuízo do sustento próprio ou de suas famílias –, serviços de orientação e de assistência jurídica considerados essenciais.

Para a consecução de seus escopos pedagógico e social, o NPJ/FDV oportuniza a atuação real de discentes, submetidos às orientações de advogados responsáveis pela condução dos trabalhos nos sub-núcleos de Direito de Família, Criminal, Cível e Consumidor, Trabalho e Previdenciário e de Mediação.

A criação do sub-núcleo de mediação do NPJ/FDV, no mês de março de 2004, resultou de uma pesquisa de iniciação científica, intitulada “A mediação como forma alternativa na condução e resolução de conflitos familiares”, por nós realizada na FDV, no período compreendido entre outubro de 2002 e outubro de 2003, com a orientação da Professora Doutora Cristina Grobério Pazó.

A referida pesquisa teve sua execução desempenhada em duas fases. Inicialmente, realizou-se um levantamento bibliográfico de pesquisas, publicações e legislações relacionadas à temática da mediação de conflitos. O conhecimento extraído das leituras, somado ao obtido em palestras, seminários e cursos realizados, serviu-nos de fundamento para a apreensão das técnicas que, posteriormente, na segunda fase da pesquisa, foram empregadas na prática laboratorial da mediação em 19 (dezenove) conflitos familiares, por nós conduzidos no período compreendido entre os meses de abril e outubro de

2003.⁵⁰¹

Contribuíram decisivamente para a definição do traçado que teria a estrutura desenhada para a prática experimental da mediação no NPJ/FDV e, portanto, para a consecução da segunda etapa da pesquisa, o contato presencial com o exercício consolidado da mediação nos Centros de Mediação e Arbitragem da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – unidades de Contagem e Belo Horizonte –, por nós visitados nos dias 28 e 29 de maio de 2003.⁵⁰²

Ao trazer para a vivência dos discentes da instituição a compreensão e o exercício de um método alternativo de resolução de conflitos, a FDV inovou e se destacou pelo rompimento com a tradição do desenvolvimento de práticas jurídicas exclusivamente adversariais. Os serviços de atendimento em mediação do NPJ/FDV, sempre realizados por duplas de graduandos do quinto ano do curso de Direito da instituição, supervisionadas por seus dois professores, são norteados pelos princípios da flexibilidade e da informalidade, razão pela qual não seguem procedimentos rigidamente padronizados ou preestabelecidos.

O que determina o tempo de duração da mediação no caso concreto, ou a forma de estruturação dos procedimentos pelos mediadores, são os ditames do conflito mediado, como por exemplo: a natureza do conflito conduzido, os interesses, as necessidades e as possibilidades das partes, o grau de comunicação apresentado pelas mesmas ou mesmo suas posturas no processo. Isso não significa dizer que, em benefício da preservação da incidência necessária dos princípios da flexibilidade e da informalidade, a prática da mediação no NPJ/FDV, ou em qualquer outro local, deva ser intuitiva. A ausência de orientações mínimas do ponto de vista procedimental fatalmente comprometeria a organização metodológica dos atendimentos.

Por esta razão, a prática da mediação no NPJ/FDV é norteadada pela seqüência lógica e

⁵⁰¹ SANTOS, Ricardo Goretti. A mediação como forma alternativa na condução e resolução de conflitos familiares. **Revista Depoimentos: Revista de Direito das Faculdades de Vitória.** Vitória, v. 04, n. 07, p. 171-191, jul./dez. 2003.

⁵⁰² Para conhecimento dos procedimentos que constituem o serviço universitário de mediação e arbitragem da PUC/MINAS, bem como das estatísticas semestrais dos casos atendidos, recomendamos a leitura de Walsir Edson Rodrigues Júnior. (RODRIGUES JÚNIOR, Walsir. **A prática da mediação e o acesso à justiça.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007. 293 p.)

concatenada de três etapas básicas e fundamentais – denominadas pré-mediação, sessão conjunta inicial e sessão conjunta final –, podendo ainda contar a possibilidade de realização de uma quarta fase – sessões conjuntas privadas –, sendo esta facultativa. Na seqüência, esclareceremos no que consiste cada uma das referidas etapas procedimentais.

4.2.2.3 Pré-mediação

Por pré-mediação entende-se a fase inaugural de um atendimento de mediação. Nela são realizadas as apresentações pessoais dos mediados e mediadores, assim como os devidos esclarecimentos sobre a mediação – caso não seja ela conhecida pelos primeiros.

Inserem-se, no contexto dos esclarecimentos, a exposição pelos mediadores – sobre vantagens, natureza, procedimentos, objetivos, princípios e características do processo mediador –, as funções do mediador – destaca-se o seu comprometimento com o sigilo, a imparcialidade, o desequilíbrio de poderes entre os envolvidos, o incentivo ao diálogo e a busca pela transformação dos ambientes conflituosos –, o papel desempenhado pelos mediados - detentores da autoridade e da responsabilidade pelas decisões proferidas –, a importância do estabelecimento de um diálogo produtivo no decorrer do processo, o tempo de duração e local de realização das sessões.⁵⁰³

Nessa fase, compete ainda aos mediadores:

- buscar conquistar a confiança do conflitante que poderá vir a ser um mediado;
- extrair do mesmo as primeiras informações, interesses e versões sobre o conflito;
- examinar os primeiros elementos apresentados nesse contato inicial;
- observar e registrar a linguagem corporal do mesmo – importante fonte informações extraídas de manifestações comportamentais eloqüentes –, comparando-a posteriormente àquela que será demonstrada na oportunidade em que estiver lado a lado com o outro mediado, que ainda não se faz presente.

⁵⁰³ Caso a iniciativa da procura pelos serviços de mediação do NPJ/FDV se desse de forma conjunta pelos indivíduos envolvidos no conflito – algo bastante raro, cumpre-nos ressaltar –, a abertura dessa fase inaugural não sofreria alterações procedimentais. Neste caso, a única modificação consistiria no fato de que as apresentações e esclarecimentos prestados pelo mediador, seriam dirigidos, ao mesmo tempo, aos indivíduos envolvidos, e não somente àquele individualmente teria tomado a iniciativa da procura.

Ao discorrer sobre a tarefa de interpretação da linguagem corporal dos mediados, John W. Cooley⁵⁰⁴ estabeleceu uma relação entre possíveis atitudes dos mesmos no transcorrer de um processo mediador e as leituras correspondentes a cada uma destas. De acordo com a técnica de interpretação por ele apresentada, desconfiado seria aquele que não olha para o mediador; inseguro, aquele que morde a caneta ou esfrega os polegares, ou seja, o que aparenta estar permanentemente inquieto; entretido, aquele que mantém os olhares perdidos; ansioso, o que esfrega as mãos; nervoso, quem torce as mãos, puxa a própria orelha; ao passo que frustrado, seria aquele que esfrega a nuca.

Após realizadas as apresentações, prestados os esclarecimentos que porventura sejam necessários e identificado o interesse da parte pelo processo de mediação – o preenchimento da voluntariedade por parte do indivíduo que toma a iniciativa de provocar a assistência do NPJ/FDV –, os mediadores dão seguimento ao feito com a solicitação de comparecimento da outra parte envolvida no conflito – o indivíduo que não se fez presente nesta fase inaugural.⁵⁰⁵

Formaliza-se tal providência por meio de uma Carta de Solicitação⁵⁰⁶, que se faz acompanhada: de uma síntese do tema central do conflito manifestado; da indicação do nome do solicitante; da data, do horário e do local do primeiro encontro conjunto dos mediados, a ser realizado já em uma segunda fase, denominada de Sessão Conjunta Inicial.

O não comparecimento da parte solicitada, da solicitante, ou de ambas leva os mediadores a declarar extinta a tentativa de mediação, por ausência de voluntariedade. Caso contrário comparecendo as partes interessadas, dá-se início à segunda fase do processo, denominada Sessão Conjunta Inicial, momento em que se têm preenchidos os três elementos essenciais da mediação, comentados no item 3.6 do capítulo 3, quais sejam: partes mediadas, mediador e conflito.

4.2.2.4 Sessão Conjunta Inicial

⁵⁰⁴ COOLEY, John W. **A advocacia na mediação**. Tradução de René Locan. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 193.

⁵⁰⁵ A solicitação de comparecimento dos demais interessados somente será necessária caso a procura inicial não tenha sido feita de forma conjunta pelos envolvidos no conflito a ser mediado.

⁵⁰⁶ Ver no ANEXO 08, o modelo por nós utilizado no NPJ/FDV.

A Sessão Conjunta Inicial, conforme frisado, tem seu início condicionado ao comparecimento da parte solicitada, que assim como a que se fez presente na fase de pré-mediação, terá oportunidade de receber as mesmas informações, ter prestados pelos mediadores os esclarecimentos que julgar pertinentes, bem como manifestar a sua versão sobre o conflito.

Superada a fase de prestação de informações e de esclarecimentos, os mediadores partem para a identificação da voluntariedade da parte solicitada, que impedirá o início do processo mediador caso não manifeste interesse em integrá-lo. A constatação do interesse pelo método nas partes conflitantes autoriza o mediador a formalizar o chamado Termo de Compromisso⁵⁰⁷ – assinado por mediadores, mediados e duas testemunhas presentes –, dando, assim, início ao processo de mediação.

Na seqüência, são concedidas às partes mediadas, em ordem seqüencial definida pelo mediador, oportunidades iguais de fala e manifestação de seus interesses, necessidades e possibilidades. Neste momento, os terceiros interventores devem exercer uma função de intensa escuta ativa. Agindo desse modo, sem maiores interrupções, incentivam os mediados a trazer ao processo as informações que lhes permitirão, por meio do diálogo, estruturar uma solução autocompositiva para o conflito.

À medida que os mediados desenvolvem uma relação dialógica satisfatória, gradativamente, mas jamais por completo, os mediadores responsáveis pela condução do processo se desvinculam da função de escuta ativa para exercer um papel de provocação dos mediados com questionamentos que lhes permitam melhor conhecer o perfil do conflito mediado, mapear os interesses, as necessidades e as possibilidades envolvidas, definir os pontos de consenso, assim como os que devem ser melhor trabalhados. Maria de Nazareth Serpa bem ilustrou o momento em que se torna indicada a transição de posturas de um mediador de conflito familiar, ao comentar que:

Quando as discussões estão fluindo, o mediador permanece como elemento de fundo. Só volta a interferir quando os cônjuges fazem vista grossa ao modo cooperativo de negociação, e permanecem rígidos numa posição, ou quando um

⁵⁰⁷ As cláusulas desse termo versam, basicamente, sobre o local de realização das sessões, a gratuidade dos serviços, os compromissos firmados com base nas características e princípios do processo mediador e, principalmente, sobre a não-responsabilidade do mediador sobre as decisões firmadas pelas partes. Ver no ANEXO 09, o modelo, por nós, utilizado no NPJ/FDV.

deles está sendo suplantado ou esmagado pelo outro.⁵⁰⁸

É a partir da troca de informações incentivada pelos mediadores que surgem as primeiras opções de acordo, razão pela qual é de fundamental importância que os mediados tenham, a todo o momento, a consciência de que serão os responsáveis por discutir e buscar as soluções correspondentes às suas expectativas.

4.2.2.5 Sessões Privadas

Embora sejam facultativas, as Sessões Privativas ou Privativas do mediador com os mediados podem representar um recurso de grande utilidade para o sucesso do processo de mediação. Podem requerê-la os mediadores ou qualquer dos mediados envolvidos. É fundamental, portanto, que as partes sejam previamente informadas sobre a possibilidade de utilização deste recurso que levará à separação física momentânea dos envolvidos, de preferência antes da formalização do Termo de Compromisso de Mediação.

As Sessões Privadas geralmente são convocadas pelos mediadores nas situações seguintes: quando sentirem a necessidade de promover uma pausa no processo de mediação, por exemplo, para acalmar ânimos exaltados, ou mesmo para limitar diálogos improdutivos; quando se tornar evidente o desgaste emocional dos mediados, o que fatalmente prejudicará o sucesso da mediação; para esclarecer dúvidas pessoais sobre os reais interesses, necessidades e possibilidades dos envolvidos; para redirecionar o foco de motivação, ressaltando os benefícios do acordo; para verificar a viabilidade do cumprimento de propostas de acordo apresentadas; para identificar novas proposições; para buscar informações confidenciais, geralmente não reveladas em uma sessão conjunta; para confirmar ou negar suspeitas de desequilíbrio de poderes que possam interferir na capacidade de negociação do mediado mais fraco; bem como para evitar que, diante de situações de desequilíbrio de poderes, os mediados façam concessões e compromissos prematuros.

Os mediados, por sua vez, geralmente, tomam a iniciativa de requerer a realização de Sessões Privadas com a intenção de: expor emoções, razões, interesses e outras informações confidenciais que não seriam compartilhadas na presença do outro mediado;

⁵⁰⁸ SERPA, Maria de Nazareth. **Mediação de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 31.

sanar dúvidas sobre a mediação ou o processo mediador; esclarecer percepções inadequadas; refletir sobre seus objetivos a curto, médio e longo prazo. Para que as Sessões Privadas não se tornem um fator gerador de desconfiança em mediados receosos de que intervenções tendenciosas e protecionistas possam ser realizadas pelos mediadores – o temor de um tratamento diferenciado, e, portanto, não isonômico ou imparcial –, recomenda-se que a possibilidade da realização desses encontros seja esclarecida e oferecida a todos mediados.

4.2.2.6 Sessão Conjunta Final

Ultrapassadas as etapas até aqui descritas – lembrando que as Sessões Privadas não se fazem obrigatórias –, os mediadores atingem maturidade suficiente para sanar as questões mais relevantes, por eles identificadas no transcorrer do processo de mediação.

É na fase de encerramento do processo de mediação – denominada Sessão Conjunta Final –, que os mediadores irão trabalhar, criteriosamente e de modo seqüencial, os seguintes pontos: as propostas de acordo apresentadas pelos mediados; as melhores opções formuladas; e, por fim, a estruturação ou elaboração do Termo Final de Mediação⁵⁰⁹. Ao comentar a primeira, das três providências a serem tomadas pelos mediadores nesta fase final – a análise das conclusões finais apresentadas –, Christopher Moore⁵¹⁰ apresenta cinco possíveis resultados de um processo de condução e de resolução de conflitos que passaremos a ilustrar a seguir, quais sejam: o vencedor-perdedor, o impasse, o compromisso e o vencedor-vencedor.⁵¹¹

⁵⁰⁹ Ver no ANEXO 10, o modelo, por nós, utilizado no NPJ/FDV.

⁵¹⁰ MOORE, Christopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 97.

⁵¹¹ Tais resultados, conforme registrou Christopher W. Moore, foram identificados por K. Thomas, que teve suas idéias desenvolvidas por P. Clarje e F. Cummings. (Ibidem, p. 97)

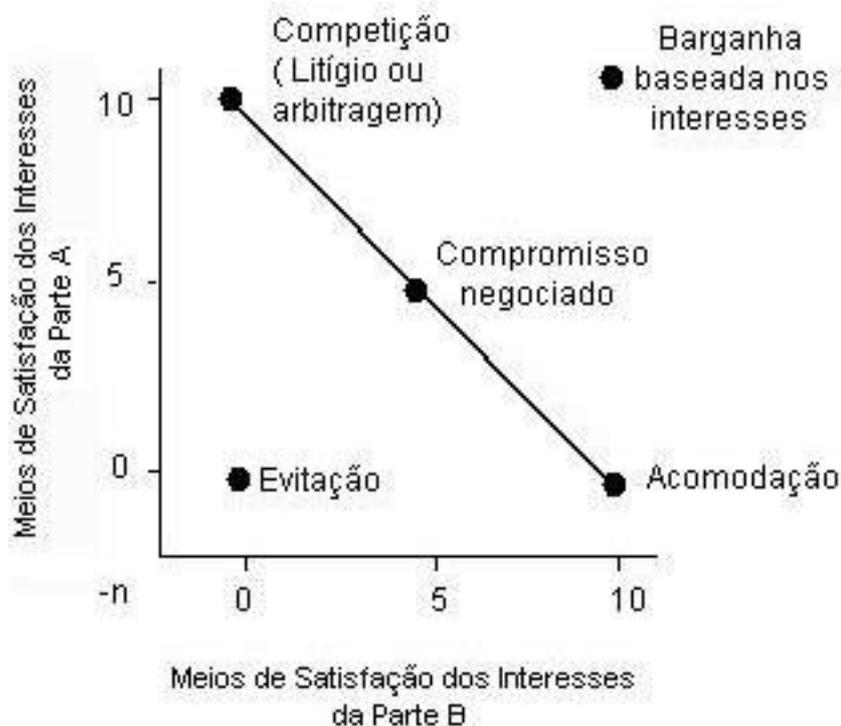


Fig. 1 - Figura representativa dos possíveis resultados de um conflito de Moore

Segundo Christopher Moore⁵¹², obtém-se o resultado **vencedor-perdedor**, representado nos cantos superior esquerdo e inferior direito do gráfico, nas seguintes hipóteses: quando uma parte tem um poder esmagador sobre a outra; quando o relacionamento futuro não é de grande importância; quando as possibilidades de vencer são grandes para algum dos envolvidos; quando uma parte é extremamente assertiva e a outra é passiva, ou não tão agressiva como a primeira; quando a satisfação dos interesses dos disputantes não depende de sua cooperação mútua; e, por fim, quando uma ou mais partes não são cooperativas, não estando, portanto, dispostas a se envolver em negociações para a resolver seus problemas.

O resultado **impasse**, por sua vez, representado no canto inferior esquerdo, ou seja, no ponto mais próximo à linha de intercessão das retas indicadoras do grau de satisfação das partes A e B, geralmente ocorrem diante da impossibilidade de obtenção de um acordo, o que, para Christopher Moore⁵¹³, acontece quando: há uma opção de ambas as partes por evitar o conflito por qualquer razão; nenhuma das partes tem poder suficiente para forçar

⁵¹² Ibidem, p. 97.

⁵¹³ MOORE, Christopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 98.

a questão; não há confiança, diálogo, emoção manifesta ou um processo de resolução adequado; as possibilidades de vencer são pequenas; quando nenhuma das partes se importa com a disputa; os interesses das partes não estão relacionados; uma ou mais partes não são cooperativas.

O resultado **compromisso**, representado na parte central da linha diagonal, segundo Christopher Moore⁵¹⁴, é produzido nas situações em que as partes desistem de alguns de seus objetivos para atingir outros, o que geralmente ocorre quando: nenhuma das partes tem o poder necessário para vencer totalmente o embate; o futuro relacionamento positivo das partes é importante, mas elas não confiam o bastante uma na outra para trabalhar juntas em prol de soluções integrativas com ganhos mútuos; as possibilidades de vencer são moderadamente altas; os interesses de ambas as partes são mutuamente interdependentes; as partes têm algum espaço para cooperação, barganha e intercâmbio.

Por fim, o resultado **vencedor-vencedor**, representado no campo direito superior, ocorre quando as partes sentem que seus interesses foram satisfeitos. Na lição de Christopher Moore⁵¹⁵, as condições para que este resultado seja alcançado são as seguintes: quando as partes não estão envolvidas em uma luta de poder; quando a preservação de um relacionamento futuro positivo é importante para ambas as partes; quando as possibilidades de se chegar a uma solução mutuamente satisfatória são grandes para ambas as partes; quando ambas as partes são assertivas na resolução do problema; quando os interesses de todas as partes são interdependentes; e, por fim, quando as partes estão livres para cooperar e se envolver na resolução conjunta dos problemas.

Na mediação ou em qualquer outros processo de condução e de resolução de conflitos, qualquer dos mencionados resultados podem ser produzidos. Obviamente, na mediação e nos demais processos autocompositivos, almeja-se que o produto final seja um resultado vencedor-vencedor, o que nem sempre é possível. O consenso desejado nem sempre será obtido, mas, ainda que venha a ser atingido, nem sempre atenderá, de forma plenamente satisfatória, aos interesses envolvidos no conflito.

Por esta razão, é possível afirmar que o grau de satisfação e força de um acordo sofrerá

⁵¹⁴ Ibidem, p. 98.

⁵¹⁵ Ibidem, p. 98.

variações, determinadas pelo modo por meio do qual foram trabalhados os interesses essenciais e particulares de cada uma das partes.⁵¹⁶ Assim, é fundamental que, no processo de mediação, os mediadores busquem sanear, na medida do possível, todas as questões conflituosas relevantes ao resultado do conflito que por eles venham a ser identificadas. O saneamento de um número mais amplo particularidades do conflito favorece a formulação decisões que melhor atendam aos interesses, às necessidades e às possibilidades do caso concreto.

O acordo final que porventura venha a ser formulado pelos mediados é formalizado por escrito. Este documento – o chamado Termo Final de Mediação –, que deve ser assinado pelos mediados, pelos mediadores, bem como por duas testemunhas, a depender da intenção dos primeiros, pode ser levado à homologação judicial para que produza os efeitos regulares de um título executivo judicial. Caso contrário, preservar-lo-á sua força executiva extrajudicial. Recomenda-se que o Termo Final de Mediação seja formulado mediante a utilização de uma linguagem simples, concludente, inteligível. Expressões vagas e ambíguas deve ser evitadas ao máximo.⁵¹⁷

Questão ainda não pacífica na doutrina especializada diz respeito à autoria da redação final do Termo de Mediação. Alguns, como Jhon W. Cooley⁵¹⁸, entendem que a tarefa de um mediador deve se restringir a formulação de uma minuta do acordo formulado pelos mediados. A redação final ficaria a cargo dos mediados ou de seus representantes legais.

Outros, por sua vez, a exemplo de Elena I. Highton e Gladys S. Alvarez⁵¹⁹, defendem que o mediador poderia se encarregar da redação do termo final de acordo, sem maiores dificuldades, já que ninguém melhor do que ele conheceria com tanta profundidade as particularidades do conflito conduzido.

Acerca da referida divergência, posicionamo-nos de forma favorável ao segundo entendimento, mas com a condição de que, nas hipóteses em que o terceiro interventor não possua formação jurídica, uma revisão final do termo, por ele redigido, seja feita por

⁵¹⁶ MOORE, Chrtistopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 229.

⁵¹⁷ SERPA, Maria de Nazareth. **Mediação de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 33.

⁵¹⁸ COOLEY, John W. **A advocacia na mediação**. Tradução de René Locan. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 43.

⁵¹⁹ HIGHTON, Elena I.; ÁLVAREZ, Gladys Stella. **Mediación para resolver conflictos**. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996, p. 196.

profissional especializado.

No NPJ/FDV, a redação do acordo, assim como a formulação dos pedidos de homologação judicial das transações, se for o caso, integram o rol de atribuição dos mediadores – alunos em processo de formação profissional –, o que é realizado sob a supervisão dos professores orientadores responsáveis pela disciplina.

4.2.3 Componente de natureza político-legislativa

O segundo obstáculo, de natureza **político-legislativa**, encontra fundamento na inexistência, em nosso ordenamento jurídico, de uma legislação especificamente destinada à regulamentação da prática da mediação como método de prevenção e de resolução de conflitos.

Essa carência que dificulta a assimilação da cultura da mediação pelos brasileiros, bastante apegados ao formalismo peculiar dos preceitos normativos, conforme veremos na seqüência, tende a ser superada com a transformação em lei, do Projeto de Lei n. 94/2002, originário da Câmara dos Deputados, aprovado pelo Plenário do Senado Federal no dia 11 de julho de 2006. As expectativas, todavia, não tornam desnecessária a análise deste que ainda se revela um entrave a ser superado.

Dando seqüência à tarefa de apresentação dos obstáculos à efetivação da mediação no Brasil, inauguramos nossos comentários sobre o entrave de natureza político-legislativa com a apresentação de questionamentos provocadores de reflexões sobre a complicada relação do brasileiro com as leis. Para tanto, recorreremos à lição de Roberto da Matta que assim problematizou:

Entre a desordem carnavalesca, que legitima e estimula o excesso, e a ordem que requer a continência e a disciplina pela obediência estrita às leis, como é que nós, brasileiros, ficamos? Qual a nossa atitude diante da lei que deve valer para todos? Como procedemos diante de normas igualitárias, se fomos criados numa casa onde, desde a mais tenra idade, aprendemos que somos especiais e que sempre há um modo de satisfazer nossas vontades, mesmo que isso conteste o bom senso e as práticas estabelecidas?⁵²⁰

⁵²⁰ MATTA, Roberto da. **O que é o Brasil?** Rio de Janeiro: Rocco, 2004, p.47.

As inquietações textualmente reproduzidas servem de exemplo e dão conta do fundamento do “jeitinho brasileiro”, definido por Roberto da Matta como,

[...] um modo simpático, muitas vezes desesperado e quase sempre humano, de relacionar o impessoal com o pessoal, propondo juntar um objetivo pessoal (atraso, falta de dinheiro, ignorância das leis, má vontade do agente da norma ou do usuário, injustiça da própria lei, rigidez das normas etc.) com um obstáculo impessoal [...] um modo pacífico e socialmente legítimo de resolver tais problemas, provocando uma junção casuística da lei com a pessoa.⁵²¹

O breve discurso sobre esse jeito especial de ser do brasileiro – o “jeitinho” –, que a primeira vista pode representar uma realidade aparentemente desvirtuada da temática de nossos estudos, se torna pertinente se analisado como uma das facetas ilustrativas da complicada relação do brasileiro com a lei, assim comentada pelo autor:

Se nossa relação com a lei é tão complicada, nada mais normal do que a adoção de um estilo de navegação social que passa sempre pelas entrelinhas desses peremptórios e autoritários ‘não pode!’. Assim, entre o ‘pode’ e o ‘não pode’, escolhemos, de modo chocantemente antilógico, mas singularmente brasileiro, os ‘mais-ou-menos’ e as zonas intermediárias, onde a lei tem ‘furos’ e inventamos os ‘jeitinhos’. Esses arranjos permitem operar com um sistema legal deslocado da realidade social, quando não orientado para a submissão dos subalternos.⁵²²

Mas o nada simples trato do brasileiro com a lei também pode ser explorado sob a óptica de outra manifestação da complicada relação: a afinidade de nosso povo com o que é posto, normalizado – a “fé na lei”⁵²³.

A partir desse momento, para fins de melhor compreensão das origens do obstáculo político-legislativo, dedicar-nos-emos à investigação de explicações para o tradicional e inexorável culto às formas, ou seja, à busca das razões que levam o brasileiro a tomar a norma positivada como elemento gerador de confiança e de credibilidade dos institutos pelas mesmas legitimados. Nessa perspectiva, a relação do brasileiro com as leis, assim foi comentada por F. A. de Miranda Rosa:

[...] existem trabalhos curiosos que demonstram que a simples existência de uma regra de Direito resulta, geralmente, na convicção, por parte de quem a conhece, de que a conduta recomendada na referida norma é a mais convincente. Esse fato revela a influência educativa da norma jurídica, moldando as opiniões sociais e, portanto, o comportamento grupal, por meio de

⁵²¹ Ibidem, p.48.

⁵²² Ibidem, p.48.

⁵²³ CAPPELLETTI, Mauro. Apunti su conciliatore e conciliazione. In: **Scritti in onore di Egidio Tosato**. Vol. III. Milano: Giuffrè, 1984, p. 507. (Tradução de Hermes Zanetti Junior).

um processo de aprendizado e de convencimento de que é socialmente útil, ou bom, agir de certo modo. Não se trata, a propósito, apenas de ameaça de sanções impostas pela sociedade, em consequência da transgressão dos mandamentos da ordem jurídica, o que já possui em si aquela influência sobre a conduta, a que aludimos. Cuida-se também da força condicionante da opinião pessoal e grupal, quando ao que é justo ou injusto, bom ou mau para a sociedade, modo de proceder adequado ou inadequado.⁵²⁴

Linhas atrás, no capítulo 2, buscamos fundamento para a atual tendência de justaposição entre pólos constitutivos da dicotomia formal *versus* informal na inteligência de Boaventura de Sousa Santos⁵²⁵, ao discorrer sobre o processo de transição do “projeto da modernidade” para o fenômeno da “transição pós-moderna”.

Constatamos que a racionalidade jurídico-formal, clássica de modelos estatais excessivamente burocratizados e marcados pela dominação dos processos formais de decisão, torna-se decadente a partir da década de sessenta, período em que se acentuou a crise do Estado-Providência. Conseqüentemente, a lógica dos sistemas tradicionais de administração da justiça cedeu espaço para uma jamais vista tendência de informalização da justiça, marcada pela difusão de métodos alternativos de resolução de conflitos.

Destacamos que, por esta razão, a recorrência do movimento pendular de oscilação entre as esferas do formal e do informal tende a perder força na atualidade. Ao fenômeno do declínio ou colapso da segregação e da oscilação das mencionadas dicotomias deu-se o nome de “transição pós-moderna”⁵²⁶.

Marco na aproximação entre métodos formais e informais de pacificação de conflitos, a crise de administração da justiça foi apontada como a grande responsável pela ampliação das vias de facilitação do direito fundamental de acesso à justa composição de contendas, mediante a difusão de métodos informais de resolução de conflitos. A título de ilustração da aproximação entre formalidade e informalidade no Brasil, pontuamos a crescente prática judicial de procedimentos informais de autocomposição, a regulamentação de equivalentes jurisdicionais, o desenvolvimento de campanhas estatais de incentivo ao uso de métodos informais de acomodação de controvérsias.

⁵²⁴ ROSA, F. A. de Miranda. **Sociologia do direito**: o fenômeno jurídico como fato social. 17. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, p. 59.

⁵²⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. O estado e o direito na transição pós-moderna: para um novo senso comum. **Revista Humanidades**, Brasília: UNB, c. 7, n. 3, 1991, p. 268.

⁵²⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. O estado e o direito na transição pós-moderna: para um novo senso comum. **Revista Humanidades**, Brasília: UNB, c. 7, n. 3, 1991, p. 271.

Retomados esses registros que ora instigam nossas reflexões sobre o obstáculo de natureza político-legislativa, apresentamos alguns questionamentos: a regulamentação e o incentivo ao uso de métodos alternativo de composição de conflitos devem ser interpretados como uma abstenção pelo Estado, do dever de prestação da tutela jurisdicional? Ou seria esta nova tendência, pelo contrário, uma nova forma encontrada pelo Estado, para se expandir sob a forma de sociedade civil?

Antes de apresentarmos qualquer resposta aos questionamentos formulados, recorreremos, novamente, às ponderações de Boaventura de Sousa Santos, que sinaliza a coexistência entre o formal e o informal, a partir de um discurso ilustrativo da aproximação entre pólos de outra dicotomia: Estado e Sociedade Civil. Para o sociólogo português,

Em primeiro lugar, o fato de os orçamentos do Estado terem continuado globalmente a aumentar e de a legislação reguladora, longe de abrandar, ter continuado a acumular-se deve levar-nos a perguntar se em vez de reação não estaremos a testemunhar uma nova forma de expansão do Estado, diferente da expansão do Estado-Providência, mas provavelmente não menos interventora e reguladora. Em segundo lugar, uma análise detalhada das situações de regulação social que o Estado vem na aparência devolvendo à sociedade civil revela-nos não só que o Estado permanece presente e atuante para além do ato da devolução, mas também que as novas situações de regulação social, apesar de formalmente não-estatais, ou seja, apesar de privadas, assumem prerrogativas e qualidades até agora associadas ao Estado. As novas funções atribuídas a entidades privadas, sejam elas companhias de seguros, empresas de segurança, escolas, hospitais e prisões privadas, associações de agricultores ou quaisquer outras organizações corporativas, fazem com que estas exerçam, por delegação, autênticos poderes do Estado, transformando-as em entidades paraestatais, ou microestados.⁵²⁷

No que diz respeito à tendência de incentivo e de regulamentação de práticas informais de resolução de conflitos, em resposta ao questionamento lançado, temos que “o que na aparência é um processo de retração do Estado pode ser, em realidade, um processo de expansão do Estado. Só que, em vez de se expandir através dos seus aparelhos burocráticos formais, o Estado expande-se sob a forma de sociedade civil”.⁵²⁸

Em outras palavras, pelas razões já elucidadas quando da explanação sobre o fenômeno da “deformalização das controvérsias”⁵²⁹ (item 2.6.2.2 do capítulo 2), a regulamentação e o incentivo do uso da mediação e de outros métodos alternativo de composição de

⁵²⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. O estado e o direito na transição pós-moderna: para um novo senso comum. **Revista Humanidades**, Brasília: UNB, c. 7, n. 3, 1991, p. 273.

⁵²⁸ Ibidem, p. 273.

⁵²⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. A conciliação extrajudicial no quadro participativo. In: _____ et al. (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 273.

conflitos representam uma nova forma de expansão do Estado, sob a forma de sociedade civil.

O Estado, assim, reconhece ser incapaz de solucionar, exclusivamente, tamanha demanda de conflitos emanada de seus jurisdicionados, mas não se omite, já que promove e viabiliza a possibilidade de pacificação de contendas mediante a ampliação das vias de facilitação do direito fundamental de acesso à justiça.

A tutela dos conflitos de interesses não deixa de ser executada, mas passa a ser exercida sob a forma de participação ativa de particulares. Estado e sociedade civil se aproximam e se duplicam em um único pólo, razão pela qual “o que parece ser deslegalização é na verdade relegalização”⁵³⁰.

Evidências dessa nova forma de expansão estatal já foram evidenciadas em diversos projetos estatais – emanados do executivo e do judiciário – de incentivo ao uso e capacitação de indivíduos para o exercício de práticas informais de resolução de conflitos. Dentre os exemplos, por nós citados, nesse sentido, destacamos, pela ampla projeção, o Movimento Nacional pela Conciliação.

Mas o que melhor evidencia o processo de duplicação do Estado, por meio de uma bem planejada aproximação com a sociedade civil, são as diversas intervenções do poder legislativo no sentido de conferir maior regulamentação a práticas já usuais e lícitas, como a arbitragem – regida pela Lei n. 9.307/96 – e a conciliação – que hoje permeia as legislações processuais do país. Ações nesse sentido nos parecem ter sido necessárias para que os usuários e executores desses métodos informais os reconhecessem como legais. Em outras palavras, buscou-se a legitimação, o resgate ou a melhor aceitação das referidas práticas, no conjunto das políticas legislativas que lhes conferiram uma roupagem formal.

Agora, a título de continuidade às investidas que tiveram como foco a conciliação e a arbitragem, é chegada a vez da mediação. Sem se distanciar das estratégias empregadas em relação aos demais métodos informais submetidos à regulamentação, ao reconhecer

⁵³⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. O estado e o direito na transição pós-moderna: para um novo senso comum. **Revista Humanidades**, Brasília: UNB, c. 7, n. 3, 1991, p. 268-282.

como necessária criação de uma lei nacional de mediação, o Estado não só segue o exemplo da Argentina e outros países, como também faz transparecer a sua mais evidente manifestação de incentivo à difusão da mediação como via alternativa de facilitação do acesso à justiça no Brasil. Dito de outro modo, se a carência de uma lei nacional de mediação é para nós brasileiros, apegados ao formalismo das leis, um fator impeditivo da sua maior utilização e aceitação, a regulamentação do instituto quer significar um grande passo em prol da superação do obstáculo político-legislativo que sobre a difusão do método que se impõe.

Na seqüência, no intuito de melhor conhecer os contornos e antever os rumos que serão dados à prática da mediação no Brasil, com a transformação em lei, do já referenciado Projeto de Lei n. 94/2002, canalizaremos nossas atenções para a análise detida dos preceitos estatuídos por esta proposta legislativa, que tomamos como fundamentalmente importante para que a cultura da mediação venha a ser assimilada pela sociedade, incluindo-se aqui os profissionais do Direito.

4.2.3.1 Comentários sobre o Projeto de Lei n. 94/2002

A primeira proposta de institucionalização da mediação como método de prevenção e de solução consensual de conflitos foi apresentada no Congresso Nacional, em novembro de 1998, por intermédio do Projeto de Lei n. 4.827⁵³¹, de autoria da Deputada Federal Zulaiê Cobra Ribeiro, filiada ao PSDB de São Paulo. Se aprovado fosse, a referida proposta institucionalizaria e disciplinaria a mediação judicial e extrajudicial (Art. 3º), aplicável a toda matéria passível de “conciliação, reconciliação, transação ou acordo de outra ordem, para os fins que consta a lei civil ou penal” (parágrafo único do Art. 1º), permitindo que a função de mediador fosse exercida por qualquer pessoa capaz que tivesse formação técnica ou experiência prática adequada à natureza do conflito.

Constituído por apenas sete artigos, o Projeto de Lei n. 4.827/1998 pecou pela superficialidade quanto à fixação de critérios de regulamentação dos procedimentos do processo de mediação, assim como pela quase que total omissão no que tange à delimitação de diretrizes básicas de formação, capacitação, seleção e controle das atividades dos mediadores, falhas estas que, em nosso entendimento, tornaram a referida

⁵³¹ Vide a íntegra da proposta no ANEXO 03.

proposta inconsistente.⁵³²

Aos 17 dias de setembro de 2003, em audiência pública promovida pelo Ministério da Justiça através da Secretaria Especial da Reforma do Judiciário, e que se destinou ao debate sobre o tema “Mediação e outros meios pacíficos de solução de conflitos”, um grande passo foi dado na direção da institucionalização da mediação no Brasil.

O Projeto de Lei n. 4.827/1998, que naquela ocasião tramitava na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, sob a relatoria do Senador Pedro Simon, após ter sido aprovado pelo Congresso Nacional, foi harmonizado a outra proposta de instituição e disciplina da mediação pára-processual no país, elaborada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, em parceria com a Escola Nacional da Magistratura, apresentada, em 2002, ao Ministro da Justiça Márcio Thomas Bastos.⁵³³

Foi a partir da referida fusão que, no ano de 2004, chegou-se à versão consensual de um Novo Projeto de Lei, mais completo que os dois que lhe deram origem, combinando algumas normas e princípios fundamentais do Projeto de Lei n. 4.827, de 1998 – fato que possibilitou o aproveitamento dos trâmites legislativos por este já percorridos na Câmara dos Deputados – a diversas outras disposições técnicas mais detalhadas, incorporadas pela proposta apresentada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual e a Escola Nacional da Magistratura.

Após aprovação na Câmara dos Deputados, o novo Projeto de Lei foi submetido à apreciação do Plenário do Senado Federal, que, na condução de Casa Revisora, aos 11 (onze) dias do mês de junho de 2006, com algumas emendas, aprovou o texto substitutivo, imediatamente foi remetido à casa iniciadora que, a partir de então, se limitará a acolher ou rejeitar, sem emendas, o texto final apresentado pelos senadores. Se

⁵³² As únicas exigências que se fizeram expressas no Projeto de Lei n. 4.827/98 foram: pela redação do *caput* do artigo 2, a capacidade jurídica, a formação técnica ou a experiência adequada à natureza do conflito, embora não tenham sido estes dois requisitos objetivamente fixados; pela redação do §2º do artigo 2º, a reunião dos atributos imparcialidade, independência, competência, diligência e sigilo e, por fim, pela redação do parágrafo único do artigo 4º, a observância, pelos mediadores judiciais, das normas que regulamentam a responsabilidade e a remuneração dos peritos, apesar de serem estas funções absolutamente distintas.

⁵³³ Estiveram presentes na Audiência Pública o Ministro da Justiça – Márcio Thomas Bastos, a Ministra do Superior Tribunal de Justiça – Fátima Nancy Andrighi, o presidente nacional da Ordem dos Advogados do Brasil – Rubens Aprobato, a Deputada Federal – Zulaiê Cobra Ribeiro, renomados juristas como Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, além de desembargadores de diversos Tribunais de Justiça e representantes de Institutos e Câmaras de Mediação do país. (SALES, Lúcia Maria de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 132)

aprovado for, o texto substitutivo do Senado, atualmente referenciado como Projeto de Lei n. 94/02, será remetido à Presidência da República para sanção ou veto.

Estruturado em 06 (seis) capítulos, o texto substitutivo do Senado Federal, doravante denominado PL 94/92⁵³⁴, por meio de seus 47 (quarenta e sete) artigos, institui e disciplina a mediação pára-processual⁵³⁵ como mecanismo complementar de prevenção e de solução de conflitos de natureza cível (Art. 1º) e dá nova redação ao artigo 331 e parágrafos do Código de Processo Civil Brasileiro, que atualmente prevê o seguinte:

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

§1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença.

§2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

§3º Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do §2º.

O artigo 331 e parágrafos do Código de Processo Civil passará a vigorar com a seguinte redação (Art. 43):

Art. 331. Se não se verificar qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes⁵³⁶, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo máximo de trinta dias, para a qual as partes serão intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.

§1º Na audiência preliminar, o juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, mesmo tendo sido já realizada

⁵³⁴ Vide a íntegra da proposta no ANEXO 04.

⁵³⁵ Por mediação pára-processual, entende-se a “[...] espécie de mediação com todos os seus princípios e características preservados, acrescentando-lhe apenas o incentivo judicial e promovendo vínculos com o Poder Judiciário, especialmente na supervisão do programa.” (CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 135)

⁵³⁶ Em referência às hipóteses de extinção do processo previstas nos artigos 267 e 269, II a V (Art. 329), bem como de julgamento antecipado da lide, admitido em duas hipóteses: quando a questão de mérito for unicamente de direito ou, sendo de direito e de fato, não for necessária à produção de provas em audiência (inciso I do Art. 330) e quando ocorrer a revelia (inciso II do Art. 330).

a mediação prévia ou incidental.

§2º A Lei local poderá instituir juiz conciliador ou recrutar conciliadores para auxiliarem o juiz da causa na tentativa de solução amigável de conflitos.

§3º Segundo as peculiaridades do caso, outras formas adequadas de solução de conflito poderão ser sugeridas pelo juiz, inclusive a arbitragem, na forma da lei, a mediação e a avaliação neutra de terceiro.⁵³⁷

§4º A avaliação neutra de terceiro, a ser obtida no prazo a ser fixado pelo juiz, é sigilosa, inclusive para este, e não vinculante para as partes, sendo sua finalidade exclusiva a de orientá-las na tentativa de composição amigável do conflito.

§5º Obtido o acordo, será reduzido a termo e homologado pelo juiz.⁵³⁸

§6º Se, por qualquer motivo, a conciliação não produzir resultados e não for adotado outro meio de solução do conflito, o juiz, na mesma audiência, fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

Além de alterar o artigo 331 do Código de Processo Civil, o novo projeto, mais especificamente em seu artigo 27, prevê a inclusão, no nosso Diploma Processual Civil, do artigo 331-A, que, em complementação ao primeiro dispositivo, determina que: “em qualquer tempo e grau de jurisdição, poderá o juiz ou tribunal adotar, no que couber, as providências previstas no artigo anterior”.

O artigo 2º do PL 94/02 define a mediação como “[...] atividade técnica exercida por terceira pessoa que, escolhida ou aceita pelas partes interessadas, as escuta e as orienta com o propósito de lhes permitir que, de modo consensual, previnam ou solucionem conflitos”. Admitida “[...] em toda matéria que admita conciliação, reconciliação, transação ou acordo de outra ordem” (Art. 4º), a mediação poderá versar sobre parte ou a totalidade do conflito (Art. 5º).

O PL 94/02, que confere às transações realizadas e subscritas pelos transatores, advogados⁵³⁹ e mediadores – judiciais ou extrajudiciais – o caráter de título executivo

⁵³⁷ A exemplo do §2º, o §3º faz transparecer ainda mais a tendência pelo incentivo à utilização de mecanismos alternativos de condução e resolução de conflitos, dando destaque à mediação, à arbitragem e à chamada avaliação neutra de terceiro, que consiste apreciação das questões referentes à causa por um profissional com experiência no tema da lide. A avaliação neutra, que deve ser consentida pelas partes litigantes, possibilita aos mesmos conhecer o provável desfecho do processo, o que pode lhes servir de orientação para um possível acordo.

⁵³⁸ O parágrafo correspondente a este, na atual redação do artigo 331 do Código de Processo Civil, o §1º assegura que “obtida a conciliação [e não o acordo, como de forma mais ampla garantirá o dispositivo alterado], será reduzida a termo e homologada por sentença”.

⁵³⁹ Observamos que o legislador não vedou a participação dos advogados das partes, enquanto defensores de seus interesses, nos procedimentos de mediação, respeitando, assim, o direito desses profissionais de ingressar livremente em qualquer dependência, recinto ou reunião em que possa participar o seu cliente constituído, seja para defendê-lo ou para prestar-lhe esclarecimentos, nos termos do disposto no inciso V do artigo 7º da Lei n. 8.906, de 04/07/1994. Apesar de ser de direito, a intervenção desses profissionais no processo mediador não é vista com bons olhos por alguns que a consideram fatalmente prejudicial, eis que diante dos seus representantes, os mediados, ainda que inconscientemente, seriam incentivados a resistir em compreender os interesses e

extrajudicial (Art. 7º), contempla a prática da mediação pára-processual sob as modalidades prévia ou incidental – em relação do momento de sua instauração –, judicial ou extrajudicial – a depender da qualidade dos mediadores (Art. 3º).

Poderá atuar como mediador qualquer pessoa capaz, que apresente conduta ilibada e que tenha formação técnica ou experiência prática adequada à natureza do conflito pela mesma conduzido (Art. 9º). Tais requisitos válidos para os mediadores extrajudiciais e judiciais (Art. 10º), que assim como os co-mediadores, que serão considerados auxiliares da justiça nos termos do Art. 13. No desempenho de suas funções, os mediadores deverão atuar com imparcialidade, independência, diligência e sigilo, salvo, neste último caso, por convenção expressa dos mediados (Art. 14).

São considerados mediadores extrajudiciais aqueles independentes, selecionados e inscritos em Registro de Mediadores mantido pelo Tribunal de Justiça da Unidade da Federação em que atue (Art. 12). Os mediadores judiciais, por sua vez, deverão preencher os seguintes requisitos, além dos mencionados no Art. 9º: inscrição nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil; comprovação do efetivo exercício de atividades jurídicas pelo período mínimo de três anos; capacitação técnica em mediação; seleção e inscrição no Registro de Mediadores (Art. 11). A formação e a capacitação dos mediadores caberá, em conjunto, à Ordem dos Advogados do Brasil, aos Tribunais de Justiça dos Estados, assim como às instituições privadas especializadas no assunto, que receberem dos segundos autorização para tal (Art. 15).

Será lícita a atuação conjunta do mediador com outro profissional especializado na área do conhecimento subjacente ao conflito, sempre que, quando pela natureza ou complexidade da controvérsia, este regime – a co-mediação – for recomendado (Art. 16). Esta previsão deixará de ser uma faculdade quando o conflito versar sobre estado da pessoa ou direito de família, o que tornará obrigatória a participação de psiquiatra, psicólogo ou assistente social (Art. 16, §1º). Quando não for obrigatória, a co-mediação poderá ser requerida pelos mediados ou pelo mediador (Art. 16, §2º).

Ficará a cargo dos Tribunais de Justiça a manutenção de Registro de Mediadores

pretensões que se mostrem antagônicas ao diálogo e, portanto, ao consenso. (BRASIL. Lei n. 8.906, de 04 de julho de 1994. **Vade Mecum Saraiva**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007)

habilitados a atuar prévia ou incidentalmente no âmbito da respectiva Unidade da Federação (Art. 17, *caput*), competindo-lhe ainda a expedição das normas que regulamentarão o processo de inscrição e registro dos mediadores (Art. 17, §1º).

Também competirá aos Tribunais de Justiça a fiscalização das atividades dos mediadores e co-mediadores extrajudiciais (Art. 18). Já os mediadores judiciais serão fiscalizados e controlados pela seccional da Ordem dos Advogados do Brasil na qual estiver inscrito, enquanto que os co-mediadores judiciais, pelos Tribunais de Justiça (Art. 19). Em se tratando de mediação incidental, a fiscalização dos mediadores e co-mediadores judiciais também poderá ser realizada pelo juiz da causa (Art. 20). Aos mediadores e co-mediadores aplicar-se-ão os mesmos impedimentos previstos nos artigos 134⁵⁴⁰ e 135⁵⁴¹ do Código de Processo Civil Brasileiro.

O mediador ficará absolutamente impedido de prestar serviços profissionais a qualquer dos mediados, em matéria correlata à mediação. O mesmo não ocorrerá quando se tratar de outras matérias. Na última hipótese, o impedimento terá prazo de dois anos, contados do término da mediação (Art. 24).

Regulada pelo Capítulo IV, a mediação prévia – quando ainda não há processo judicial em curso – será sempre facultativa, podendo realizar-se judicialmente ou extrajudicialmente (Art. 29). Poderá o interessado optar pela mediação prévia judicial, a ser requerida em formulário padronizado, subscrito pelo mesmo e advogado regularmente

⁵⁴⁰ Art. 134. É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário: I – de que for parte; II – em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha; III – que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão; IV – quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consangüíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral; V – quando o cônjuge, parente, consangüíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau; VI – quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa. Parágrafo único. No caso do n. IV, o impedimento só se verifica quando o advogado já estava exercendo o patrocínio da causa; é, porém, vedado ao advogado pleitear no processo, a fim de citar o impedimento do juiz.

⁵⁴¹ Art. 135. Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando: I – amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes; II – alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau; III – herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de qualquer das partes; IV – receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio; V – interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes. Parágrafo único. Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo.

constituído (Art. 30). Neste caso, distribuir-se-á o requerimento a um mediador, que solicitará o comparecimento dos demais interessados em dia e hora designados para a realização de sessão conjunta inicial de mediação (Art. 30, §2º).

O não comparecimento da parte solicitada frustrará a mediação. Já o comparecimento sem o advogado, implicará a designação de Defensor Público, ou, na falta deste, de advogado dativo, nos termos do Art. 30, §3º, em atenção ao princípio constitucional da indispensabilidade do advogado. Independente do resultado da mediação, o mediador lavrará Termo de Mediação que deverá contemplar a descrição detalhada dos termos do acordo formulado, ou a consignação da sua impossibilidade (Art. 31).

Regulada pelo Capítulo V, a mediação incidental – praticada incidentalmente em um processo judicial iniciado – será obrigatória no processo de conhecimento, salvo nos casos seguintes: ação de interdição; quando for autor ou ré pessoa de direito público e a controvérsia versar sobre direitos indisponíveis; na falência, na recuperação judicial e na insolvência civil; no inventário e no arrolamento; nas ações de imissão de posse, reivindicatória e de usucapião de bem imóvel; nas ações de retificação de registro público; quando o autor optar pelo procedimento dos Juizados Especiais ou pela arbitragem; na ação cautelar; na mediação prévia, quando tiver ocorrido sem acordo nos cento e oitenta dias anteriores ao ajuizamento da ação (Art. 34).

Não há consenso sobre a previsão da obrigatoriedade da mediação incidental, trazida pelo PL 94/02. Críticos e defensores divergem sobre o cabimento da referida imposição. Na esteira dos maiores críticos da inclusão da mediação nos procedimentos nos procedimentos judiciais de resolução de conflitos, Juan Carlos Vezzulla⁵⁴² avocou o do princípio da voluntariedade para condenar práticas impositivas na mediação. Segundo ele, a inserção da mediação no plano judicial somente seria recomendada quando estabelecida, em um país ou uma sociedade, a cultura do que representa e como funciona a mediação. Caso contrário, acredita, haveria um grande risco de deturpação do instituto. No entendimento de Juan Carlos Vezzulla,

Quando a cultura da mediação, tiver atingido a maior parte dos cidadãos, poder-se-á então instituir serviços opcionais junto ao Poder Judiciário, aos quais as partes possam recorrer antes de ajuizar uma causa. Ou, pode ainda ser mais uma ferramenta do juiz;

⁵⁴² VEZZULLA, Juan Carlos. A mediação. O mediador. A justiça e outros conceitos. In: OLIVEIRA, Angela et al. (Coord.). **Mediação: métodos de resolução de controvérsias**. São Paulo: LTr, 1999, p. 114.

assim, quando ele entender que a mediação é conveniente para o caso, ele pode indicá-la, para que as partes procurem o serviço privado.⁵⁴³

Divergindo do respeitado entendimento e, ressaltando o valor pedagógico de tal obrigatoriedade, não consideramos prejudicial, nos moldes delineados pelo PL94/02, a tentativa de inclusão da mediação dentro dos procedimentos do Judiciário. Em primeiro lugar, por se fazer amparada por uma forte carga de seriedade, creditada pelos Tribunais de Justiça locais e Ordem dos Advogados do Brasil, que se responsabilizarão por todo o processo de formação, seleção, cadastramento, fiscalização e disciplina dos mediadores.

Não vislumbramos qualquer possibilidade de desenvolvimento da cultura da mediação – notadamente junto aos profissionais do Direito – até que a prática do método seja posta à disposição da sociedade, sob o aval do Judiciário. Por esta razão, acreditamos que inserção da mediação como etapa processual de passagem obrigatória contribuirá sobremaneira para a divulgação séria e consciente do instituto no Brasil.

Mas como conciliar o princípio da voluntariedade com a previsão da obrigatoriedade da mediação incidental expressa no aludido Projeto de Lei? Ao atribuímos resposta a este questionamento, pretendemos afastar a idéia de que a mediação incidental obrigatória viola o princípio da voluntariedade, que deve nortear o processo mediador.

Conforme sustentamos no item 3.3.1 do Capítulo 3, o princípio da voluntariedade pode ser interpretado sob diferentes prismas, ou perspectivas de liberdades que terão os mediados para: optar ou não pela mediação; escolher o terceiro que se responsabilizará pela condução do processo, ou aceitar sua intervenção caso sugerido; permanecer ou desistir do processo; construir ou não uma solução consensual para o conflito.

Nenhuma das referidas perspectiva nos parece violada pela proposta de instituição da obrigatoriedade da mediação. À luz do PL 94/02, obrigatória será tão-somente a tentativa de mediação, ou seja, a apresentação desta alternativa às partes. A propósito, para afastar qualquer entendimento em contrário, o §4º do artigo 37 do PL 94/02 estabelece que, “não sendo encontrado o requerido [cujo comparecimento em sessão de mediação foi requisitado] ou não comparecendo qualquer das partes, estará frustrada a mediação”.

⁵⁴³ Ibidem, p. 114.

Dai resulta o já justificado entendimento de que a prática da mediação, em qualquer de suas modalidades, não viola o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, trazido pelo artigo 5º, XXXV da Constituição Federal. A propósito, a estratégia de tornar obrigatória a tentativa de mediação como incidente processual, para torná-la mais difundida e, assim, contribuir para a amenização da sobrecarga de processos nos Tribunais, já foi utilizada, com sucesso, pela Argentina e outros países.

No mesmo sentido, Roque J. Caivano, Marcelo Gobi e Roberto E. Padilha⁵⁴⁴ sustentaram que a instituição da obrigatoriedade da mediação como instância prévia de um processo judicial, além de não violar o princípio da voluntariedade que deve nortear o instituto, reflete o interesse estatal de buscar na utilização ampliada da mediação uma maneira de amenizar os efeitos produzidos pela crise do modelo judicial de administração da justiça.

A justificativa para a instituição da mediação obrigatória, segundo os autores argentinos, estaria no que chamaram de “paradoxo da mediação”⁵⁴⁵, assente na idéia de que esta modalidade de mediação tem protagonizado a construção de resultados positivos. A razão para o sucesso da referida obrigatoriedade estaria no fato de que, como a grande maioria dos conflitantes não recorre voluntariamente à mediação, passam a ser compelidos a ter sugerida a possibilidade de utilização da alternativa autocompositiva, antes que um processo judicial ganhe corpo, as chances de se experimentar o uso do método tornam-se maiores.

Uma das maiores demonstrações da importância da institucionalização da mediação obrigatória para a difusão e a aceitação do instituto estaria na reiterada prorrogação do prazo de vigência do regime da referida obrigatoriedade na Argentina, até que a cultura do consenso se consolide com mais solidez. Sob esse aspecto, Roque J. Caivano, Marcelo Gobi e Roberto E. Padilha⁵⁴⁶ esclarecem que a obrigatoriedade que perduraria por cinco anos, nos termos do artigo 30 da Lei n. 24.573 – a chamada Lei argentina de mediação e conciliação –, foi prorrogada por mais cinco anos no ano de 2000 – Lei n. 25.573 –, e por mais dois em 2006 – Lei n. 26.094.

⁵⁴⁴ CAIVANO, Roque J.; GOBBI, Marcelo; PADILLA, Roberto E. **Negociación y mediación**. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2006, p. 292.

⁵⁴⁵ Ibidem, p. 293.

⁵⁴⁶ CAIVANO, Roque J.; GOBBI, Marcelo; PADILLA, Roberto E. **Negociación y mediación**. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2006, p. 292.

Apresentadas algumas considerações acerca da obrigatoriedade da mediação incidental, retomamos a análise dos processamentos da mediação incidental, regulados pelos artigos 34 a 40 do PL 94/02.

O mediador judicial ou extrajudicial que for inicialmente designado receberá cópia integral dos autos do processo iniciado (Art. 36). Ao mediador aceito ou escolhido pelas partes, caberá proceder à intimação das partes interessadas, para que compareçam à sessão de mediação em dia, hora e local previamente designados (Art. 37). Admite-se que a intimação das partes seja feita por qualquer meio de comunicação eficaz.

A mediação incidental deverá ser realizada em prazo máximo de 90 (noventa) dias, de maneira que, se o acordo não for alcançado, o processo judicial tenha sua continuidade regular (Art. 34, parágrafo único). Independente do resultado da mediação, assim como na mediação prévia, o mediador lavrará Termo de Mediação que deverá contemplar a descrição detalhada dos termos do acordo formulado, ou a consignação da sua impossibilidade (Art. 39). Na seqüência, devolverá a petição inicial ao juiz da causa, acompanhada do termo, para que o mesmo determine o imediato arquivamento do processo – caso a mediação tenha sido bem sucedida – ou o seu regular prosseguimento – se a mediação tiver sido frustrada (Art. 39). A homologação do acordo de mediação será realizada pelo juiz da causa, ou por juiz relator, no último caso se o processo estiver em grau recursal (Art. 40).

Os serviços do mediador, obviamente, serão sempre remunerados, segundo os critérios estabelecidos pela norma local (Art. 42). Publicada a Lei, os Tribunais de Justiça terão 180 (cento e oitenta) dias, contados da publicação da Lei, para expedir as normas indispensáveis à sua efetivação (Art. 45).

4.2.4 Componente de natureza jurídico-cultural

Finalmente, é chegado o momento de tecermos os derradeiros contornos da desenhada tríade impeditiva da efetivação da mediação como via de facilitação do acesso à justiça no Brasil, o que será feito a partir da análise de seu terceiro e último elemento constitutivo, por nós denominado obstáculo **jurídico-cultural**.

Subjacente aos entraves de natureza informativo-educacional e político-legislativa, o obstáculo jurídico-cultural guarda estreita relação com os dois primeiros. Por esta razão, a construção argumentativa que conduzirá o desenvolvimento de nossas reflexões sobre a barreira em apreço se revelará permeada pelas considerações balizadoras dos obstáculos já enfrentados.

Por obstáculo jurídico-cultural, entendemos o império da cultura do litígio sobre a da pacificação coexistencial dos conflitos, tradição ainda sustentada pela sociedade brasileira, que, mesmo afetada pelos ingredientes constitutivos da crise nacional de administração da justiça, aparenta não ter superado o insustentável hábito de, prioritariamente, buscar na cada vez mais inacessível via jurídico-processual, soluções heterocompositivas para suas controvérsias, sem antes dar chance ao exercício do consenso.

O critério, por nós utilizado, para definir a nossa cultura como litigiosa foi estabelecido por Elena I. Highton e Gladys S. Álvarez, que, em protesto contra os transtornos gerados pelo império da cultura do litígio na atualidade, esclarecem:

Há uma cultura do litígio enraizada na sociedade atual, que deve ser revertida se desejamos uma justiça melhor e uma sociedade também melhor; e o que permite classificar uma cultura como litigiosa não é, propriamente, o número de conflitos que apresenta, mas a tendência de resolver esses conflitos sob a forma adversarial do litígio.⁵⁴⁷

Uma vez elucidado o que entendemos por obstáculo jurídico-cultural, antes de partirmos para a análise de seus efeitos e perspectivas de transposição, necessário se faz investigar as razões que levam indivíduos a sobrecarregar os tribunais com demandas potencialmente solucionáveis de forma autônoma e consensual.

Inauguramos nossa investida na busca de explicações para a manutenção dessa gênese adversarial com o seguinte questionamento: que razões impulsionariam o jurisdicionado a provocar a tutela jurisdicional, sem antes buscar soluções em outros meios? Não é necessário desempenhar grandes esforços interpretativos para concluir que, pelas razões

⁵⁴⁷ Para conferir credibilidade, segue texto original: “Hay una cultura del litigio enraizada en la sociedad actual, que debe ser revertida si deseamos una justicia mejor y una sociedad también mejor; y lo que permite clasificar a una cultura como litigiosa nos es, propriamente, el número de conflictos que presenta, sino la tendencia a resolver esos conflictos bajo la forma adversarial del litigio”. (HIGHTON, Elena I.; ÁLVAREZ, Gladys Stella. **Mediación para resolver conflictos**. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996, p. 25. Tradução nossa)

já apresentadas para fins de sustentação dos limites da crise nacional de administração da justiça, a preferência do brasileiro pelo processo judicial não se justifica na certeza de que, em prazo razoável, o instrumento estatal de resolução de controvérsias atingirá os seus escopos, gerando, assim, satisfação. Afinal, não são poucos os estudos que puderam comprovar os baixos índices de satisfação em indivíduos que já experimentaram integrar uma relação jurídica processual.

Os elevados os índices de descrédito em relação ao Estado cumpridor de seus deveres jurídico-prestacionais revelam o quanto é contraditória a relação da sociedade com o processo. O imaginário do brasileiro de que, na mediação, ou em qualquer outro método alternativo, jamais encontraria segurança jurídica ou resultados práticos satisfatórios do ponto de vista da resolução do conflito, parece-nos ser uma possível resposta para o questionamento em apreço. Esse conceito prévio, muitas vezes não experimentado, que a tantos outros⁵⁴⁸ se aglutina, para atribuir corpo ao obstáculo jurídico-cultural, tem levado indivíduos a priorizar o que é judicial ou adversarial e, por vezes, a refutar tudo aquilo que judicial ou adversarial não é.

Tamanho sentimento de desconfiança ou descrédito em relação à mediação no Brasil, conforme já sustentado, em parte se justifica na falta de conhecimento sobre os seus reais propósitos e vantagens – o elemento constitutivo do obstáculo informativo-educacional. Em outra medida, pode ser explicado pela carência de parâmetros formais de sustentação da regularidade e da legalidade do método – a essência do obstáculo político-legislativo. Mas não é só.

A resistência à utilização da mediação e outros métodos autocompositivos também se fundamenta na inclinação do brasileiro em atribuir a terceiros – autoridades – a responsabilidade pela resolução dos problemas que direta ou indiretamente lhe afeta. A propósito da relação do brasileiro com os processos heterocompositivos de resolução de conflito, Adolfo Braga Neto asseverou:

A sociedade brasileira está acostumada e acomodada ao litígio e ao célebre pressuposto básico de que a justiça só se alcança a partir de uma decisão proferida pelo juiz togado. Decisão esta muitas vezes restrita à aplicação pura e simples de previsão legal, o que explica o vasto universo de normas do ordenamento jurídico nacional que buscam pelo menos amenizar a ansiedade

⁵⁴⁸ Resgatamos aqui, a título de exemplificação de outras falsas leituras da mediação, as teses de que a mediação atenta contra a inafastabilidade do controle jurisdicional, ou ameaça a reserva de mercado de advogados.

do cidadão em ver aplicadas regras mínimas para regulação da sociedade.⁵⁴⁹

À falta de autonomia do povo, para deliberar sobre questões diversas, inclusive as de ordem de ordem pessoal, crescemos a afeição e o respeito do povo aos argumentos emanados por autoridades, geralmente acatados sem maiores ponderações. Ambas as manifestações desse aparentemente irresistível hábito de eximir-se de responsabilidades, ao que nos parece, também se incorporam aos demais fatores impeditivos da difusão da mediação no país.

A opção pela adversariedade, resultante da consciente intenção de não buscar vias alternativas ao processo judicial, na realidade, parece ecoar como consequência dessas posturas conformistas, flagrantemente alimentadas pela carência de informações sobre os benefícios que alternativas não usuais podem proporcionar. Tantas dificuldades de ampliação do acesso à justiça para vias alternativas ao processo judicial tornam remotas as possibilidades de amenização dos efeitos advindos da crise nacional de administração da justiça.

As reformas processuais trazidas no contexto do debatido fenômeno da deformalização do processo, isoladamente, são insuficientes para reverter os quadros desse estado de coisas. Por esta razão, aliás, tem-se como fundamental a conjugação de esforços que atribuam sustentação à tendência da deformalização das controvérsias: tarefa nada simples, conforme se pôde entrever.

A solidez e a profundidade das entrelaçadas bases de sustentação dos três obstáculos analisados, reforçam a necessidade do desenvolvimento de um Plano Nacional de Mediação, nos moldes do que foi executado na Argentina, país que, conforme pudemos constatar, já caminhou bem em direção à superação desses mesmos entraves.

Falamos aqui de um projeto sustentado em múltiplas ações – bem mais expressivas do que são os movimentos sazonais pela conciliação –, cuja execução pressupõe o envolvimento articulado: dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (nos âmbitos da União, dos Estados e dos Municípios); da Ordem dos Advogados do Brasil e outras

⁵⁴⁹ BRAGA NETO, Adolfo. Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 64.

instituições representativas de classes, que igualmente devem ser convocadas a pensar e agir em benefício da amenização dos efeitos produzidos pela crise nacional de administração da justiça; da sociedade civil, bem como das academias jurídicas, responsáveis pela construção do perfil de futuros profissionais do Direito.

Da sociedade civil, esperam-se esforços no sentido de canalizar para os tribunais os conflitos cuja resolução pressuponha ou necessite da atuação decisória do Estado. Já das instituições de ensino superior em Direito, exige-se a reestruturação dos tradicionais processos de formação de estudantes, para que levem ao conhecimento dos mesmos, noções fundamentais sobre concepções informais, não adversariais e, portanto, coexistenciais, em matéria de resolução de conflitos.

As academias jurídicas muito contribuiriam para a superação dos combatidos obstáculos e, conseqüentemente, para amenização da crise do sistema judicial de administração de controvérsias, caso se pautassem em propostas pedagógicas direcionadas à formação de profissionais aptos a operacionalizar duas concepções aparentemente antagônicas, mas que hoje coexistem e se complementam: a adversariedade, que permeia os processos judiciais de composição de lides, e a não adversariedade, que particulariza a mediação e outros métodos conciliatórios de pacificação social.

Se levarmos em consideração que a maior resistência à aceitação e ao exercício de práticas não adversariais de resolução de conflitos emana de profissionais do foro, forçoso concluir que o ataque ao obstáculo jurídico-cultural deve ter sua incidência reforçada nas bases da formação de estudantes de Direito. A propósito da mentalidade forjada pelas faculdades de Direito, Kazuo Watanabe, assim, se manifestou:

O grande obstáculo, no Brasil, à utilização mais intensa da conciliação, da mediação e de outros meios alternativos de resolução de conflitos, está na formação acadêmica dos nossos operadores do Direito, que é voltada, fundamentalmente, para a solução contenciosa e adjudicada dos conflitos de interesses. Vale dizer, toda ênfase é dada à solução dos conflitos por meio do processo judicial, onde é proferida uma sentença, que constitui a solução imperativa dada pelo juiz como representante do Estado. É esse modelo ensaiado em todas as Faculdades de Direito do Brasil. Quase nenhuma faculdade oferece aos alunos, em nível de graduação, disciplinas voltadas à solução não-contenciosa dos conflitos.⁵⁵⁰

⁵⁵⁰ WATANABE, Kazuo. A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 06.

Acostumados a lidar com a adversariedade, desde o nascedouro de sua formação, naturalmente, os profissionais do Direito tendem a se comportar como os mais resistentes à conjugação de tendências coexistentes – os fenômenos da deformalização do processo e das controvérsias –, que emanam de uma constatação irrefutável – a crise do Judiciário nacional.

Os magistrados devem se conscientizar de que, em determinadas circunstâncias, é perfeitamente possível e recomendado que a adversariedade ceda lugar ao consenso. Tais profissionais devem, sempre que possível, extrair da autocomposição o que de bom pode oferecer: benefícios diretos para as partes conflitantes, que assim pacificam suas controvérsias sem maiores desgastes; e indiretos para os mesmos, já que interessados na redução da sobrecarga de processos confiados à sua responsabilidade.

O mesmo envolvimento deve ser esperado dos profissionais da advocacia, visto que os mesmos desempenham uma nobre função, que deve ser tomada como essencial à distribuição da justiça, nos termos do artigo 133 da Constituição Federal de 1988. A propósito, ao pensarmos a significação do vocábulo justiça em sua perspectiva mais ampla – a material, por nós traçada do capítulo 2 –, logo percebemos que a atuação do advogado será sempre essencial, não só no processo judicial, mas também em todo e qualquer instrumento que se destine à condução e à resolução de conflitos de interesses.

O mercado da advocacia, flagrantemente remodelado pelos fenômenos da deformalização do processo e das controvérsias, tem desafiado o advogado brasileiro a se envolver com outras instâncias de resolução de conflitos. Sua nobre função não mais se restringe à atuação combativa no foro, já que novos cenários hoje se impõem como extensivas porções de um ofício que perpassa a prática da mediação e de outros métodos alternativos ao processo. Nesse aspecto, pertinente se mostram os comentários de Roque J. Caivano, Marcelo Gobi e Roberto E. Padilha, os quais assim se manifestaram acerca do acúmulo de funções desempenhadas pelo advogado moderno:

Em síntese, às funções ‘tradicionais’ do advogado hoje se somam três novos campos de ação que enriquecem sua oferta de serviços, cada qual com enorme potencialidade: como gestor de conflitos, assessorando o cliente na determinação do procedimento mais adequado para resolver o assunto que aquele lhe confia; como representante do cliente em processos alternativos não adversariais (negociador e advogado de parte em mediações); como terceiro imparcial, mediador. Esses novos campos profissionais exigem desestruturar a mentalidade adversarial e abrir-se aos dinâmicos procedimentos integrativos

dirigidos a resolver conflitos tendo em conta os interesses dos envolvidos.⁵⁵¹

Encontra-se inculcida, na sociedade, a consciência de que os limites máximos de tolerância em relação à propagada crise do sistema judicial de administração da justiça, há tempos já foram rompidos. O fato de encontrarmo-nos no epicentro de um processo de crise, naturalmente, ou melhor, desesperadamente, abre caminho à experimentação e ao desenvolvimento de uma ampla gama de medidas que, de algum modo, confluem no intento de contribuir para que o direito fundamental de acesso à justiça possa ser exercido de forma plena e irrestrita. Se a prática da mediação, hoje, tende a ser incentivada no Brasil, a exemplo do que já se observou em outros países, muito se deve à caótica situação na qual nos encontramos.

Divergimos de Kazuo Watanabe, que decla acreditar que “[...] a atual cultura da sentença será, com toda a certeza, paulatinamente substituída pela cultura da pacificação”.⁵⁵² Não acreditamos que a cultura do litígio possa ser substituída, mas sim enfraquecida. Por isso esperamos que nossas palavras não sejam interpretadas como manifestações de desesperança em relação ao sucesso ou à longevidade da experimentação prática mais intensificada da mediação de conflitos no Brasil. Posicionamo-nos com otimismo diante de toda e qualquer investida que leve a cultura da mediação ao convívio dos profissionais do Direito e demais integrantes da sociedade civil. E é, justamente, por esta razão que nos debruçamos com afinco no desenvolvimento de reflexões sobre os obstáculos que, antevemos, tornarão mais difícil o percurso de um caminho que, certamente, conduzirá a mediação ao patamar de via usual de facilitação do direito fundamental de acesso à justiça no Brasil.

⁵⁵¹ Para conferir credibilidade, segue texto original: “En síntesis, a las funciones ‘tradicionales’ del abogado se suman hoy tres campos de acción que enriquecen su oferta de servicios, cada uno de ellos con enorme potencialidad: como gestor de conflictos, asesorando al cliente en la determinación del procedimiento más adecuado para resolver el asunto que aquél le confía; como representante del cliente en procesos alternativos no adversariales (negociador y abogado de parte en mediaciones); como tercero neutral, mediador. Estos nuevos roles profesionales exigen desestructurar la mentalidad adversarial y abrirse a los dinámicos procedimientos integrativos dirigidos a resolver los conflictos teniendo en cuenta los intereses de los involucrados”. (CAIVANO, Roque J.; GOBBI, Marcelo; PADILLA, Roberto E. **Negociación y mediación**. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2006, p. 64. Tradução nossa)

⁵⁵² WATANABE, Kazuo. A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRATA NETO, Caetano (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 10.

CONCLUSÃO

Após a abordagem das temáticas suscitadas nos quatro capítulos que conferiram corpo ao presente trabalho, é chegado o momento de apresentarmos as nossas conclusões. Sintetizar, em apertadas linhas, concepções e idéias já aclaradas em nossos estudos, não é o desiderato de nossas palavras finais. A oportunidade do encerramento requer muito mais. Demanda a exteriorização de nossas derradeiras críticas, reflexões e, principalmente, a atribuição de uma resposta ao problema em torno do qual gravitou toda construção textual até aqui desenhada.

Cautelosos, para não sermos repetitivos em nossas considerações conclusivas, adotaremos uma postura metodológica que nos permita destacar as marcas fundamentais das reflexões desenvolvidas na pesquisa, a fim de, na seqüência, apresentarmos nossa opinião sobre o que representam, para a efetivação da mediação como via alternativa de facilitação do direito fundamental de acesso à justiça no Brasil, os obstáculos de natureza **informativo-educacional, político-legislativa e jurídico-cultural**, abordados no capítulo 4 do presente estudo. Ao final, a título de contribuição para o aperfeiçoamento do tema abordado, formularemos algumas proposições que julgamos fundamentais ao desenvolvimento da mediação no país.

No capítulo inaugural de nossos estudos, buscamos inculcar no leitor a compreensão de eventos e conceitos basilares na construção argumentativa a qual nos propusemos a desenvolver. Recorremos à lição de Alaôr Caffé Alves⁵⁵³ para elucidar as razões das constantes modificações estruturais na constituição das relações sociais, bem como na produção e na manifestação do Direito. Após breve discurso de delimitação do caráter dialético que permeia a intrínseca relação travada entre o Direito e a sociedade, identificamos nos dinâmicos processos interativo-sociais, o nascedouro de eventos absolutamente inevitáveis, dada à complexidade das relações humanas: os “conflitos de interesses”⁵⁵⁴. Sustentamos, assim, a tese que vê o Direito como realidade social, conforme desenvolveu Assier-Adrieu⁵⁵⁵.

⁵⁵³ ALVES, Alaôr Caffé. As raízes sociais da filosofia do direito. In: ALVES, Alaôr Caffé; LAFER, Celso; GRAU, Eros Roberto et al (Org.). **O que é a filosofia do direito?** Barueri: Manole, 2004, p. 78.

⁵⁵⁴ Expressão utilizada por Francesco Carnelutti. (CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Lejus, 2000, p. 39)

⁵⁵⁵ ASSIER-ANDDIEU, Louis. **O direito nas sociedades humanas**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. XI.

Estes fenômenos interativo-sociais, geradores de tensões entre indivíduos ou grupos, foram ressaltados para clarificar a apresentação de uma dupla função do Direito: a prevenção de conflitos e a resolução de controvérsias não prevenidas. Destacamos que a efetivação do primeiro escopo pressupõe o estabelecimento de padrões normativos de regulamentação das relações jurídico-sociais. A composição de contendas, por sua vez, é tarefa secundária, que pode ser alcançada mediante o exercício de práticas de autotutela, autocomposição e heterocomposição.

O conciso percurso histórico-evolutivo desses três gêneros de composição de conflitos e suas principais espécies abriu espaço para a apresentação de considerações sobre o que representa, para nós, o processo judicial: instrumento heterocompositivo de resolução de conflitos pelo Estado, que se sustenta como principal – já que não é único – instrumento de efetivação do acesso à justiça no Brasil.

A importância fundamental do modelo estatal de pacificação de litígios, por meio do processo, foi devidamente reconhecida: seja pela sua idoneidade na consecução dos escopos jurídico, social e político que sustenta; seja pelo patamar de preferência nacional que ostenta. Mas nem por isso deixamos de manifestar nossas críticas ao insustentável estado de crise no qual se encontra nosso sistema judicial de administração da justiça – singular pela sua importância fundamental no processamento de lesões e ameaças a direitos, mas jamais exclusivo na consagração da justiça.

Reflexões sobre a significação da justiça e do acesso a mesma foram reservadas para o capítulo segundo, que também abrigou nossas ponderações sobre as possíveis formas de exercício e obstáculos à efetivação do direito fundamental de acesso à justiça no Brasil. A identificação de um duplo sentido para o vocábulo justiça – sinônimo de Judiciário ou ideal cuja consagração pode ser alcançada por intermédio de vias judiciais ou extrajudiciais, formais ou informais, adversariais ou não adversariais, desde que lícitas – levou-nos a avaliar a temática do acesso à justiça na perspectiva de acepções igualmente dúplices. Nesse quadro de idéias, concluímos que o direito fundamental de acesso à justiça pode ser efetivado mediante o percurso de caminhos jurídico-processuais (a perspectiva formal do acesso ao sistema judicial de resolução de contendas) ou alternativos ao processo (a significação material do acesso).

A opção metodológica de pautar nossos estudos na acepção mais ampla de justiça e, portanto, do acesso a mesma, conduziu-nos a perceber que os modelos judicial e extrajudicial de administração da justiça não são auto-excludentes, mas sim complementares na consecução de um escopo comum: a pacificação de conflitos de interesses mediante o emprego de diferentes padrões de tutela de direitos violados ou ameaçados de lesão.

Para fins de sustentação da tese de que o exercício do direito fundamental de acesso à justiça não se revela condicionado ao desenvolvimento de investidas processuais ou adversariais, orientamo-nos pela doutrina de Mauro Cappelletti⁵⁵⁶, que desenvolveu uma concepção pouco explorada de justiça: a justiça coexistencial ou conciliatória.

Constatamos que, à luz da teoria cappellettiana da justiça conciliatória ou coexistencial, em determinadas situações – dependendo das particularidades do conflito, dos interesses, das necessidades e das possibilidades dos conflitantes –, o tratamento adversarial de uma controvérsia tende a produzir resultados práticos menos satisfatórios, se comparados aos advindos de métodos autocompositivos como a mediação, participativos do ponto de vista da construção de soluções consensuais. A indicação da prática ou exercício do consenso, conforme pudemos entrever, torna-se ainda maior, em se tratando de “relações estáveis e contínuas”⁵⁵⁷, ou continuadas, como preferimos.

Ponderamos que, nessas circunstâncias marcadas pela presença de indivíduos inter-relacionados por vínculos precedentes em relação ao(s) evento(s) geradores de um dado conflito – de natureza afetiva, comercial, empregatícia, etc. –, o diálogo, a aproximação e a autonomia na estruturação de soluções autocompositivas são preferíveis ao silêncio, à evitação, ao enfrentamento e à delegação da responsabilidade pela tomada de decisões a terceiros encarregados da declaração da culpabilidade e da responsabilidade pela instauração de um dado quadro conflituoso.

Procuramos, todavia, não restringir a abordagem dessas práticas coexistenciais ou conciliatórias ao escopo social que se apresentam como instrumentos de pacificação de

⁵⁵⁶ CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de processo**, São Paulo, ano 19, n. 74, p. 82-97, abr.-jun. 1994.

⁵⁵⁷ Idem. Acceso alla giustizia: conclusione di un progetto internazionale di ricerca giuridico-sociologica. In: **Boletín mexicano de derecho comparado**, México, n. 41, p. 770, may-ago. 1981. (tradução de Héctor Fix-Zamudio).

conflitos. Também foram ressaltadas: a contribuição prestada pelos métodos autocompositivos para a ampliação da participação popular na distribuição da justiça – o escopo político – e, principalmente, os subsídios que proporcionam para a racionalização administração justiça, a desobstrução dos tribunais, bem como a recuperação de conflitos latentes e de condução demandas reprimidas – os chamados escopos funcionais.

A propósito da relevância constitucional do acesso aos tribunais, conferimos destaque ao caráter prestacional do direito fundamental de acesso formal à justiça, cujo exercício pressupõe a prestação positiva, pelo Poder Público, de um serviço público de fundamental importância para o Estado Democrático de Direito: a tutela jurisdicional dos conflitos submetidos ao crivo de juízes e Tribunais. O reconhecimento desse pressuposto nos levou a enaltecer a grandeza e a importância humana fundamental do direito de acesso à justiça para todo e qualquer sistema jurídico comprometido com a efetivação – e não mais com a justificação, conforme protestou Norberto Bobbio⁵⁵⁸ – de direitos das mais diversas categorias ou dimensões.

Na seqüência do discurso de delimitação das acepções humana e fundamental do acesso à justiça, sustentadas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁵⁵⁹, denunciemos que pouco ou nada adianta a garantia formal de ingresso e participação no sistema judicial de administração da justiça, se a provocação da tutela jurisdicional não der ensejo à justa e efetiva composição dos conflitos confiados ao Estado-juiz. Compreendemos, assim, as razões que levaram Javier Pérez Royo⁵⁶⁰ a considerar o direito à tutela jurisdicional como um direito de prestação: um direito fundamental.

Nossos protestos em relação à crise prestacional do direito fundamental de acesso à justiça, há tempos instaurada em diversos países, abriram caminho para um necessário percurso investigativo das bases constitutivas do Movimento Universal de Acesso à Justiça: maior pesquisa já realizada com os propósitos de delimitar os contornos da crise global dos sistemas judiciais de administração da justiça, e, principalmente, de propor medidas de amenização dos obstáculos econômicos, organizacionais e processuais opostos à efetivação do direito fundamental em tela. O estudo individualizado das três ondas renovatórias, propulsoras do movimento de reformas, permitiu-nos conhecer

⁵⁵⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 42.

⁵⁵⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 12.

⁵⁶⁰ PÉREZ, Javier Royo. **Curso de derecho constitucional**. 9. ed. Madri: Marcial Pons, 2003, p. 493.

algumas das principais ações já sugeridas e empregadas no combate às três categorias de entraves.

Pautada na crítica à inadequação de procedimentos processuais empregados na condução de conflitos de interesses de diversas naturezas, a terceira onda do movimento universal de acesso à justiça foi por nós destacada como a grande responsável pelo desencadeamento de duas frentes concomitantes de ação, consistentes no desenvolvimento de políticas de reformas processuais e de incentivo à utilização e à difusão de métodos alternativos de condução e de resolução de conflitos, como a mediação. A avaliação das bases constitutivas do movimento universal de acesso à justiça serviu-nos de fundamento para que pudéssemos induzir, para o contexto pátrio, a canalização de nossas reflexões sobre a crise dos sistemas judiciais de resolução de conflitos.

Os contornos da “crise da administração da Justiça”⁵⁶¹ no Brasil foram desenhados para fins de ilustração de um fenômeno absolutamente inquestionável ao nosso sentir: a ineficácia do direito fundamental de acesso à justiça no contexto nacional. As considerações sobre essa constatação serviram-nos de base para que pudéssemos adentrar na análise aprofundada de duas grandes tendências – resultantes da constatada inacessibilidade –, quais sejam: o desenvolvimento de reformas de simplificação dos procedimentos processuais; a difusão de métodos alternativos de resolução de conflitos. Estas duas frentes concomitantes de ação (as mesmas que impulsionaram a terceira onda do movimento universal de acesso à justiça) foram referenciadas como fenômenos de “deformalização do processo” e “deformalização das controvérsias”⁵⁶².

Concluimos que, em conseqüência da consolidação desses fenômenos, métodos formais e informais de resolução de controvérsias, gradativamente, abandonam o *status* de pólos antagônicos auto-excludentes, confirmando, deste modo, a teoria de Boaventura de Sousa Santos⁵⁶³, a qual aponta a aproximação de desta e de diversas outras dicotomias como desencadeada pela crise do Estado-Providência, a partir da década de sessenta.

⁵⁶¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2005, p. 165-166.

⁵⁶² GRINOVER, Ada Pellegrini. A conciliação extrajudicial no quadro participativo. In: _____ et al. (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 280.

⁵⁶³ SANTOS, Boaventura de Sousa. O estado e o direito na transição pós-moderna: para um novo senso comum. **Revista Humanidades**, Brasília: UNB, c. 7, n. 3, 1991, p. 268-282.

Conseqüentemente, a formalidade e a informalidade passam a coexistir no propósito comum de efetivação do direito fundamental de acesso à justiça mediante a ampliação de suas vias facilitadoras.

A propósito da segunda tendência – pela qual mais diretamente nos interessamos –, constatamos que, no Brasil, a exemplo do que se observou em outros países latino-americanos, a difusão da mediação e outros métodos informais de resolução de conflitos, como a negociação, a conciliação e a arbitragem – práticas anteriores ao surgimento da jurisdição estatal –, ganha corpo como resposta ao estado de crise no qual se encontra o sistema judicial de administração da justiça, na medida em que se tornam mais usuais e, portanto, mais conhecidas. A maior utilização das referidas práticas alternativas passa a ser incentivada com o propósito de contribuição para a amenização da insustentável demanda que sobrecarrega dos tribunais, sem qualquer prejuízo ao postulado da tutela jurisdicional dos direitos fundamentais, conforme frisou Jorge Miranda⁵⁶⁴.

No capítulo terceiro, concentramos nossas atenções na mediação: via de facilitação do acesso à justiça, ainda pouco explorada no Brasil, que ecoa, com propriedade singular, a delineada teoria cappellettiana de “justiça coexistencial”⁵⁶⁵. Considerações de cunho teórico sobre a mediação foram expostas com o propósito de proporcionar ao leitor do presente trabalho a compreensão das principais características, propósitos, requisitos de validade, elementos constitutivos, vantagens ou benefícios proporcionados por essa via alternativa de acesso à justiça.

Delimitados os contornos desse método dialogal e autocompositivo de condução e de resolução de conflitos, essencialmente norteado pelos princípios da voluntariedade, autoridade dos mediados, não-adversariedade, imparcialidade, consensualidade e confidencialidade, delineamos o cenário da prática contemporânea da mediação no plano internacional, oportunidade na qual evidenciamos que a promissora tendência de crescimento da mediação no Brasil, há bastante tempo, já é realidade em diversos outros países.

⁵⁶⁴ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 263.

⁵⁶⁵ CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de processo**, São Paulo, ano 19, n. 74, p. 82-97, abr.-jun. 1994.

Maior destaque foi conferido ao processo histórico-evolutivo que projetou a Argentina na condição de principal referência latino-americana na matéria. O interesse pela elucidação da origem do sucesso da prática judicial e extrajudicial da mediação argentina levou-nos a constatar que os méritos devem ser atribuídos à criação e à execução primorosa de um Plano Nacional de Mediação, que, na década de noventa, mobilizou os poderes executivo, legislativo e judiciário locais, as organizações não governamentais, as instituições de ensino superior em Direito e outras especializadas na prática extrajudicial da mediação, os profissionais do Direito e seus respectivos órgãos e conselhos representativos, a imprensa e a sociedade civil.

Os frutos produzidos pelo referido projeto podem ser identificados em múltiplos eventos, que se revelaram basilares na sedimentação da cultura da solução pacífica de conflitos naquele país. Dentre os resultados positivos advindos do desenvolvimento do plano argentino de mediação destacamos: a promulgação da Lei Nacional de Mediação e Conciliação – Lei n. 24.573, de 25 de outubro de 1995 –, que disciplina a prática judicial e extrajudicial da mediação e instituiu o exercício do método na modalidade obrigatória; o incremento da prática da mediação judicial e extrajudicial; a disseminação de palestras, de seminários e de congressos sobre a temática; a proliferação de cursos de formação e de capacitação de mediadores; a inserção de noções teóricas e práticas sobre a matéria nas grades curriculares de instituições de ensino superior de Direito; o maior engajamento do poder público com a estruturação de centros de mediação comunitária; o desencadeamento de um processo de assimilação da cultura do consenso, por parte de indivíduos até então resistentes à aceitação e à utilização da mediação e de outros métodos autocompositivos de acomodação de controvérsias; o despertar da sociedade civil, estudantes e profissionais do Direito para o fato de que a difusão de práticas alternativas ao processo judicial contribuiria para a amenização dos obstáculos à efetivação do direito fundamental acesso à justiça no país.

Identificamos uma estreita pertinência entre a atmosfera que envolveu o processo de institucionalização da mediação na Argentina e o contexto nacional que esboça suas primeiras investidas no mesmo propósito. Quatro fatores foram apresentados para fins de justificação da referida similaridade. O primeiro deles consiste no fato de ter a Lei n. 24.573, de 04 de outubro de 1995, germinado no mesmo contexto de crise do sistema judicial de administração da justiça, no qual hoje também se encontra imerso o Brasil. O

segundo reside na semelhança entre a legislação argentina que dispõe sobre a mediação e o Projeto de Lei n. 94/2002, que disciplina e legitima a prática da mediação – judicial e extrajudicial – como método de prevenção e de resolução de conflitos no Brasil. O terceiro se manifesta na constatação de que o processo de institucionalização da mediação argentina, assim como hoje se observa no Brasil, foi alvo de desconfiança e de reprovação por parte dos juristas e da sociedade civil divorciada da cultura do consenso e ignorante em relação às particularidades do método, também pouco conhecido naquela oportunidade. Já o quarto e último, que tende a se tornar realidade no Brasil na medida em que a mediação se torne mais difundida, versa sobre a evidenciada contribuição do sucesso da mediação argentina para a amenização dos efeitos da crise do Judiciário, assim como para a ampliação do acesso à justiça naquele país.

Tantas semelhanças nos levaram a concluir que investidas na difusão da prática nacional da mediação tenderiam a serem mais bem sucedidas se trilhassem os mesmos caminhos já percorridos pelo virtuoso projeto argentino, que tomamos como paradigma por ter obtido êxito na superação de obstáculos bastante semelhantes aos que hoje identificamos como opostos à efetivação da mediação como via de facilitação do acesso à justiça no Brasil.

No quarto e último capítulo de nossos estudos, mediante o estabelecimento de um panorama da prática contemporânea da mediação no Brasil, pudemos constatar que o desenvolvimento interno da referida prática revela-se tardio se comparado ao estado evolutivo no qual se encontra em diversos outros países. Os protestos em relação à tímida e tardia propagação do instituto, todavia, não ofuscaram o reconhecimento de diversas ações de incentivo ao uso ampliado do método identificadas no país.

Observamos que instituições públicas e privadas, de diferentes modos, e com intensidade cada vez maior, têm se empenhado no propósito de tornar mais acessível a prática da mediação no Brasil. Também constatamos que é crescente o envolvimento da sociedade civil – notadamente os residentes de comunidades periféricas – com o referido método autocompositivo de prevenção e de resolução de conflitos, que se torna cada vez mais familiar e usual. Os sinais indicativos do progresso da mediação nacional foram por nós interpretados como indícios de que, em um futuro próximo, a prática da mediação tende a atingir projeções mais amplas.

O comprometimento com a elucidação das razões do acanhado progresso da mediação, em território nacional, remeteu-nos a avaliação das causas, dos efeitos e das extensões de três categorias de obstáculos que, julgamos, devem ser transpostos para que a sociedade brasileira – pouco familiarizada com o método, bastante apegada ao formalismo peculiar dos processos judiciais e tomada pela tradição do litígio em detrimento da cultura do consenso – acolha a tradição da solução pacífica de conflitos por meio da mediação.

Atribuímos a conjugação de três categorias de entraves a dificuldade de efetivação da mediação como via difundida de facilitação do direito fundamental de acesso à justiça no Brasil, quais sejam: a carência de informações da sociedade sobre os propósitos ou mesmo a existência deste instrumento de pacificação de conflitos – o obstáculo **informativo-educacional** –; a inexistência, em nosso ordenamento jurídico, de uma legislação especificamente destinada à regulamentação da prática autocompositiva em referência – o obstáculo **político-legislativo** –; o império da cultura do litígio sobre a da pacificação coexistencial dos conflitos – o obstáculo **jurídico-cultural**.

Em face da avaliação individualizada das três categorias de fatores impeditivos do desenvolvimento da mediação no país, lançamos algumas proposições fundamentais à sobreposição dos referidos obstáculos. Para tanto, baseamo-nos na destacada experiência estrangeira – principalmente a argentina –, mas sem desconsiderar as particularidades que nos apartam dos cenários internacionais.

A propósito do obstáculo **informativo-educacional**, concluímos que a sociedade brasileira, ainda pouco familiarizada com a prática da mediação, somente abandonará a condição de descrédito em relação à efetividade, à legalidade e à utilidade da mediação de conflitos, a partir da intensificação de medidas de supressão da carência de informações sobre os propósitos e os benefícios proporcionados pelo contestado – eis que pouco conhecido – método. Nesse sentido, ganha relevo o importante papel desempenhado por toda e qualquer forma de elucidação e de divulgação do instituto, o que deve ser buscado mediante a abordagem intensificada da temática em palestras, seminários, congressos, publicações, cursos de formação, de capacitação e de aperfeiçoamento.

Na esteira desse conjunto de ações de cunho pedagógico, entendemos que a inserção crítico-reflexiva da matéria na grade curricular das instituições de ensino superior em

Direito é medida que também se justifica, quando se percebe que a incidência do obstáculo em tela não poupa estudantes e profissionais do Direito, forjados por uma concepção “bancária”⁵⁶⁶ de educação, apontada, por Kazuo Watanabe⁵⁶⁷, como o grande obstáculo à utilização e à aceitação, pelos profissionais do Direito, da mediação e de outros métodos alternativos ao processo.

O desafio passa a ser a ruptura dos parâmetros formais e adversariais sobre os quais se amolda a quase totalidade das academias jurídicas nacionais – por nós considerada o nascedouro da cultura do litígio que recai sobre os nossos juristas. Nesse propósito, fundamental se revela o envolvimento da Ordem dos Advogados do Brasil no fomento da advocacia da mediação, assim como de outras instituições ligadas aos demais seguimentos profissionais como a escola da magistratura, a escola do Ministério Público e as associações de magistrados.

No que diz respeito ao obstáculo de natureza **político-legislativa**, asseveramos que se impõe como fundamental a normalização da prática judicial e extrajudicial da mediação: única maneira de se conferir padrões mínimos de formalidade a uma prática essencialmente informal.

Muito embora a licitude do exercício da mediação independa da positivação de lei especializada, eis que reconhecida como legítima forma de transação, ao passo que identificamos como particularidade da sociedade brasileira a tradição do culto à norma – a “fé na lei”⁵⁶⁸ que alimenta o hábito de reconhecer como legítimo o que se revela amparado pelo Direito Positivo –, logo concluímos pela necessidade da edição de uma lei que estabeleça parâmetros reguladores da prática do método no Brasil. Nesse sentido, torna-se grande a expectativa da entrada em vigor do Projeto de Lei n. 94 de 2002, que, por estabelecer políticas rígidas de fiscalização da prática nas modalidades judicial e extrajudicial, renova nossas esperanças de que a prática da mediação galgará rumo a um futuro promissor.

⁵⁶⁶ FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 42. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005, p. 67.

⁵⁶⁷ WATANABE, Kazuo. A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo**: revolução na prestação jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2007, p. 06.

⁵⁶⁸ CAPPELLETTI, Mauro. Apunti su conciliatore e conciliazione. In: **Scritti in onore di Egidio Tosato**. Vol. III. Milano: Giuffrè, 1984, p. 507. (tradução de Hermes Zanetti Junior).

Intervenções do poder legislativo no sentido de conferir maior regulamentação a práticas informais, já experimentadas em relação a métodos alternativos já difundidos como a arbitragem – regida pela Lei n. 9.307/96 – e a conciliação – hoje permeada nas legislações processuais do país –, são, por nós, consideradas fundamentais em relação à mediação. O incentivo à difusão da mediação nacional, que, à primeira vista, poderia ser considerado um sinal indicativo da retração do Estado, é, considerado uma forma de expansão do Estado por intermédio da sociedade civil. Justificamos, deste modo, a pertinência do pensamento de Boaventura de Sousa Santos, que, no desenvolvimento de comentários sobre a tendência superação da dicotomia formal/informal, ponderou que “o que parece ser deslegalização é na verdade relegalização”⁵⁶⁹.

Finalmente, a despeito do obstáculo **jurídico-cultural**, sustentamos a tese de que, somente a partir da superação dos obstáculos de natureza informativo-educacional e político legislativa, será possível romper, se não totalmente – eis que utópico –, ao menos parcialmente, com a cultura do litígio, arraigada em uma maioria que considera o percurso de vias heterocompositivas, judiciais e adversariais um pressuposto indispensável à pacificação de conflitos, à garantia e ao reconhecimento de direitos e, deste modo, à concretização da justiça.

Em linhas gerais, em resposta ao problema da pesquisa, confirmando a veracidade da hipótese formulada na oportunidade da construção de nosso projeto, concluímos que os obstáculos de natureza **informativo-educacional, político-legislativa e jurídico-cultural** devem ser considerados fatores impeditivos da consolidação da mediação como via usual de facilitação do direito fundamental de acesso à justiça no Brasil. A constatação da complexidade do fenômeno que circunda a oposição dos três obstáculos sobre os quais recaíram nossas investigações não nos permite desconsiderar as dificuldades que deverão ser suplantadas para que a prática da mediação abandone a condição de embrionária tendência ou perspectiva, para se tornar efetivamente usual.

Mas nem por isso nos consideramos pessimistas em relação à evolução desta prática autocompositiva no país. Pelo contrário, é com bastante otimismo que vislumbramos o progresso da mediação nacional em relação à importante contribuição que prestará para a

⁵⁶⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. O estado e o direito na transição pós-moderna: para um novo senso comum. **Revista Humanidades**, Brasília: UNB, c. 7, n. 3, 1991, p. 273.

amenização do indesejado estado de crise no qual se encontra o nosso sistema nacional de administração da justiça, que, mais do que nunca, clama por ações conjugadas de deformalização do processo e das controvérsias, conforme já sustentado.

Por fim, não se pode negar que o caos sempre favorecerá à experimentação do novo. Dito de outro modo, é absolutamente previsível que o sentimento de desesperança que circunda a crise nacional de administração da justiça abra caminho para a difusão da mediação e de outras práticas de deformalização de controvérsias.

Igualmente não se deve questionar a importância da mediação como legítimo elemento de facilitação do acesso à justiça. Todavia, em que pese a existência de um clima favorável à difusão deste método no Brasil, jamais podemos desconsiderar, ou mesmo menosprezar, o quanto é desafiadora a proposta de se falar sobre mediação para um auditório fortemente apegado a tradições e a práticas apartadas da cultura do consenso.

O otimismo que alimenta nossas esperanças em relação ao futuro da mediação, por esta razão, sempre esbarrará no desafio da suplantação de uma condição fundamental à sua maior projeção no cenário nacional, qual seja: a necessidade de se demarcar as bases de sustentação de um Pano Nacional de Mediação, estruturado nos moldes do festejado projeto argentino.

Diante de todo o exposto, registramos que somente a partir da articulação das proposições lançadas no presente estudo, assim como de outros esforços que porventura não tenham sido contemplados, mas que, de alguma forma, possam ser considerados úteis no propósito da derrubada das três barreiras que constituíram a tônica do capítulo final da pesquisa, a mediação atingirá projeção nacional, para, assim, galgar o patamar de via usual de facilitação do acesso à justiça o Brasil.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileiro.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. 266 p.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. 607 p.

ALVES, Alaôr Caffé. As raízes sociais da filosofia do direito. In: ALVES, Alaôr Caffé; LAFER, Celso; GRAU, Eros Roberto et al (Org.). **O que é a filosofia do direito?** Barueri: Manole, 2004. p. 77-106.

AMARAL, Lúcia Miranda de Lima. **Mediação e arbitragem: uma solução para os conflitos trabalhistas no Brasil.** São Paulo: LTr, 1994. 94 p.

ARAÚJO, Luís Alberto Gómez. Os mecanismos alternativos de solução de conflitos como ferramentas na busca da paz. In: OLIVEIRA, Angela et al. (coord.). **Mediação: métodos de resolução de controvérsias.** São Paulo: LTr, 1999. p. 127-132.

ASSIER-ANDRIEU, Louis. **O direito nas sociedades humanas.** São Paulo: Martins Fontes, 2000. 347 p.

BAETA, Zínia. Câmaras se passam por Judiciário. **Informativo 07/2006 do MEDIAR – MEDIADORES E ÁRBITROS ASSOCIADOS LTDA.** Porto Alegre, 05 mai. 2006. Disponível em: <www.mediar.com>. Acesso em: 06 mai. 2006.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual.** São Paulo: Saraiva, 2001. Sétima série. 280 p.

BARONA, Silvia Vilar. Fomento de las ADR's em Espana: hacia un sistema de tutela plural del ciudadano que permita la desconflictivización y la búsqueda de la paz social. **Seqüência: Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC, Florianópolis, n. 51, p.169-201, dez. 2005.**

BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. **As tendências do direito público no limiar de um novo milênio.** São Paulo: Saraiva, 2000. 728 p.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual.** São Paulo: Malheiros, 2006. 601 p.

BERMUDES, Sérgio. **Introdução ao processo civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1995. 214 p.

BIRNBAUM, Pierre. Conflitos. In: BOUDON, Raymond. **Tratado de sociologia.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995. p. 247-282.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. 607 p.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 232 p.

BRAGA NETO, Adolfo. Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRATA NETO, Caetano (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 63-70.

BRASIL. Código Civil Brasileiro. **Vade Mecum Saraiva** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Código de Processo Civil Brasileiro. **Vade Mecum Saraiva**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Código Penal Brasileiro. **Vade Mecum Saraiva**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2004.

BRASIL. Lei n. 1.060, de 05 de fevereiro de 1950. **Vade Mecum Saraiva**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. **Vade Mecum Saraiva**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Vade Mecum Saraiva**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Lei n. 8.906, de 04 de julho de 1994. **Vade Mecum Saraiva**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Lei n. 9.307, de 24 de julho de 1996. **Vade Mecum Saraiva**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 94, de 2002**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 31 ago. 2006.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 4.827, de 1998**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 31 ago. 2006.

BRASIL. Projeto de lei n. 4.827, de 1998. Institui e disciplina a mediação como mecanismo complementar de prevenção e solução de conflitos no processo civil e dá nova redação ao art. 331 e parágrafos do Código de Processo Civil. In: **REVISTA DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO**. São Paulo: RT, n. 1, p. 255-264, jan.-abr. 2004.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 24.573, de 25 de outubro de 1995**. Disponível em: <<http://www.juridice.com.ar>>. Acesso em: 31 ago. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Movimento forense nacional: justiça comum, federal e do trabalho de 1º grau**. Disponível em: <www.stf.gov.br/bndpj>. Acesso em: 27 jan. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Percentual do número de juízes em relação aos cargos providos, percentual de vacância e demonstrativo de juízes em relação à população.** Disponível em: <www.stf.gov.br/bndpj>. Acesso em: 27 jan. 2005.

CAIVANO, Roque J.; GOBBI, Marcelo; PADILLA, Roberto E. **Negociación y mediación.** 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2006. 500 p.

CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil.** Campinas: Bookseller, 1999. v. I. 333 p.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação.** Rio de Janeiro: Forense, 2007. 364 p.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa.** São Paulo: Max Limonad, 2000. 195 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998. 1414 p.

CAPPELLETTI, Mauro. Acceso alla giustizia: conclusione di un progetto internazionale di ricerca giuridico-sociologica. In: **Boletín mexicano de derecho comparado**, México, n. 41, p. 761-771, may-ago. 1981. (Tradução de Héctor Fix-Zamudio)

CAPPELLETTI, Mauro. Apunti su conciliatore e conciliazione. In: **Scritti in onore di Egidio Tosato.** Vol. III. Milano: Giuffrè, 1984, p. 501-518. (Tradução de Hermes Zanetti Junior)

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de processo**, São Paulo, ano 19, n. 74, p. 82-97, abr.-jun. 1994.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Porto Alegre: Fabris, 1988. 168 p.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96.** 2. ed. São Paulo: Atlas. 455 p.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e jurisdição. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al (Coord.). **Participação e processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 196-307.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil.** São Paulo: Classic Book, 2000. v. 1. 613 p.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil.** São Paulo: Classic Book, 2000. v. 1. 787 p.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito.** São Paulo: Lejus, 2000. 546 p.

CASTILHO, Ricardo. **Acesso à justiça: tutela coletiva de direitos pelo ministério público. Uma nova visão.** São Paulo: Atlas, 2006. 187 p.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de sociologia jurídica: (você conhece?)**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 215 p.

CINTRA, Antônio de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. 383 p.

COLAIÁCOVO, Juan Luis; COLAIÁCOVO, Cynthia Alexandra. **Negociação, mediação e arbitragem: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 394 p.

COOLEY, John W. **A advocacia na mediação**. Tradução de René Locan. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 2001. 333 p.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Montevideú: IB de f. 4. ed. 2002. 429 p.

DAVIS, Edward P. Mediação no direito comparado. **Série cadernos do CEJ**, Brasília, n. 22, 2003.

DIAS, João Luís Fischer. Paradigmas para a reforma do sistema judiciário brasileiro. In: RODRIGUES, Ana Cláudia Manso S. O. et al. **Estudos de direito público: homenagem aos 25 anos do mestrado em direito da UNB**. Brasília: Brasília Jurídica Ltda., 2000. p. 11-27.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1. 735 p.

ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do movimento de acesso à justiça: epistemologia versus metodologia? In: PANDOLFI, Dulce Chaves et al (Org.). **Cidadania, justiça e violência**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 61-76.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem: legislação nacional e estrangeira e o monopólio jurisdicional**. São Paulo: LTr, 1999. 262 p.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução: análise crítica da lei 9.307, de 23.03.1996**. São Paulo: RT, 1999. 323 p.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. Como chegar ao sim: **a negociação de acordos sem concessões**. Rio de Janeiro: Imago, 1994. 214 p.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 42. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005. 213 p.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de aceleração do processo**. São Paulo: Lemos & Santa Cruz, 2003. 238 p.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Técnicas de negociação: resolução alternativa de conflitos: adrs, mediação, conciliação e arbitragem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. 251 p.

GOMES NETO, José Mário Wanderley. **O acesso à justiça em Mauro Cappelletti: análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do**

processo civil brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005. 111 p.

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. **Revista Jurídica**, São Paulo, n. 305, p. 61-99, mar. 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A conciliação extrajudicial no quadro participativo. In: _____ et al. (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 277-295.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 1-5.

GRYNSPAN, Mario. Acesso e recurso à justiça no Brasil: algumas questões In: PANDOLFI, Dulce Chaves; CARVALHO, José Murilo de; CARNEIRO, Leandro Piquet; GRYNSPAN, Mario. **Cidadania, justiça e violência**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 99-113.

GUIMARÃES, Verônica Maria Bezerra. O direito como instrumento de mudança social: uma abordagem da legislação ambiental face as recentes transformações na sociedade. In: PEREIRA, Mirian de Sá; GOMES NETO, José Mário Wanderley (org.). **Sociologia do direito e do direito alternativo: ensaios pós-graduados em homenagem a Cláudio Souto**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003. p. 311-321.

HARVARD BUSINESS SCHOOL. **Negociações espetaculares**. Rio de Janeiro: Campus, 2004. 144 p.

HAYANES, Jhon M.; MARODIN, Marilene. **Fundamentos da mediação familiar**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996. 200 p.

HESS, Heliana Coutinho. **Acesso à justiça por reformas judiciais**. Campinas: Millennium, 2004. 244 p.

HIGHTON, Elena Inês; ÁLVAREZ, Gladys Stella. **Mediación para resolver conflictos**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996. 430 p.

HIGHTON, Elena Inês; ÁLVAREZ, Gladys Stella; JASSAN, Elías. **Mediación y justicia**. Buenos Aires: Depalma, 1996. 239 p.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Maria de Andrade. **Metodologia científica**. 4. ed. Atlas: São Paulo, 2004. 305 p.

LENZA, Vítor Barboza. **Cortes arbitrais**. 2. ed. Goiânia: AB, 1999. 227 p.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Acesso à justiça e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. 351 p.

LUCAS, Douglas César. A crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 169-224.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. 279 p.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Millennium, 2000. v. 1. 512 p.

MATTA, Roberto da. **O que é o Brasil?** Rio de Janeiro: Rocco, 2004. 74 p.

MEDINA, Eduardo, Borges de Mattos. **Meios alternativos de solução de conflitos: o cidadão na administração da justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004. 150 p.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. Tomo IV. 563 p.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. Tomo I. 497 p.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. Campinas: Boockseller, 1998.

MNOOKIN, Robert. ¿Por qué fallan las negociaciones? Una exploración de las barreras para la resolución de conflictos. In: MNOOKIN, Robert et al. **Mediación: una respuesta interdisciplinaria**. Buenos Aires: Eudeba S.E.M, 1997. p.19-37.

MONTREAL, Eduardo Novoa. **O direito como obstáculo à transformação social**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. 193 p.

MOORE, Christopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998. 308 p.

MORALLES, Luciana Camponez Pereira. **Acesso à justiça e princípio da igualdade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. 193 p.

NÓBREGA, Theresa Christine de Albuquerque. Mudança social e direito: como os governantes e governados podem unir forças para construir uma sociedade melhor. In: PEREIRA, Mirian de Sá; GOMES NETO, José Mário Wanderley (org.). **Sociologia do direito e do direito alternativo: ensaios pós-graduados em homenagem a Cláudio Souto**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003. p. 287-309.

OLIVEIRA, André Macedo de. **Ensino jurídico: diálogo entre teoria e prática**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004. 184 p.

OLIVEIRA, José Anselmo de. **Direito à jurisdição: implicações organizacionais teóricas e políticas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. 80 p.

OYHANARTE, Marta. Los nuevos paradigmas y la mediación. In: GOTTHEIL, Julio; SCHIFFRIN, Adriana (compiladores). **Mediación: una transformación en la cultura**. Buenos Aires: Paidós, 1996. p. 16-35.

PANDOLFI, Dulce Chaves. Percepção dos direitos e participação social In: PANDOLFI, Dulce Chaves; CARVALHO, José Murilo de; CARNEIRO, Leandro Piquet; GRYNSPAN, Mario. **Cidadania, justiça e violência**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio

Vargas, 1999. p. 45-58.

PASSOS, Fernando. Acesso à justiça e modelo de administração da justiça. **Revista de direito constitucional e internacional**. São Paulo, n. 37, p. 64-83, out.-dez. 2001.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 138 p.

PÉREZ, Javier Royo. **Curso de derecho constitucional**. 9. ed. Madri: Marcial Pons, 2003. 1143 p.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Acesso do consumidor à justiça e a advocacia pública. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 30, p. 49-65, abr.-jun. 1999.

RIBEIRO, Paulo de Tarso Ramos. **Direito e processo**: razão burocrática e acesso à justiça. São Paulo: Max Limonad, 2002. 244 p.

RIBEIRO, Paulo Jorge; STROZENBERG, Pedro. **Balcão de Direitos**: Resoluções de conflitos em favelas do Rio de Janeiro: imagens e linguagens. Rio de Janeiro: Mauad, 2001.

RIBEIRO, Paulo Jorge; STROZENBERG, Pedro. Mais do que um acerto de contas – teorias, práticas e avaliações da trajetória do Balcão de Direitos. In: RIBEIRO, Paulo Jorge; STROZENBERG, Pedro. **Balcão de Direitos**: Resoluções de conflitos em favelas do Rio de Janeiro: imagens e linguagens. Rio de Janeiro: Mauad, 2001. p. 9-13.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995. 176 p.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. 250 p.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994. 146 p.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Pensando o direito no século XXI**: diretrizes curriculares, projeto pedagógico e outras questões pertinentes. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. 146 p.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **A prática da mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. 193 p.

RODRIGUES JÚNIOR, Wlasir Edson. A prática da mediação. FIUZA, César et al. **Direito civil**: atualidades. Del Rey: Belo Horizonte, 2003. p. 293-331.

ROSA, F. A. de Miranda. **Sociologia do direito**: o fenômeno jurídico como fato social. 17. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. 221 p.

SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de sociologia jurídica**: introdução a uma leitura externa do direito. 2.ed. São Paulo: RT, 2002. 238 p.

SALES, Lídia Maria de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 234 p.

SANTOS, André Luiz Lopes dos. **Ensino jurídico: uma abordagem político-educacional**. Campinas: Edicamp, 2002. 247 p.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e justiça: a função social do judiciário**. 3. ed. São Paulo: Ática, 1997. Cap. 2, p. 39-65.

SANTOS, Boaventura de Sousa. O estado e o direito na transição pós-moderna: para um novo senso comum. **Revista Humanidades**, Brasília: UNB, c. 7, n. 3, 1991, p. 268-282.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007. 120 p.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 10. ed., São Paulo: Cortez, 2005. 348 p.

SANTOS, Ricardo Goretti. A mediação como forma alternativa na condução e resolução de conflitos familiares. **Revista Depoimentos: Revista de Direito das Faculdades de Vitória**. Vitória, v. 04, n. 07, p. 171-191, jul.-dez. 2003.

SANTOS, Ricardo Goretti. Mediação: acesso à justiça por uma via alternativa de condução e resolução de conflitos. In: PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Arquivos de direito público: as transformações do Estado brasileiro e as novas perspectivas para o Direito Público**. São Paulo: Método. p. 237-259.

SCHIFFRIN, Adriana. La mediación: aspectos generales. In: GOTTHEIL, Julio; SCHIFFRIN, Adriana (compl.). **Mediación: una transformación en la cultura**. Buenos Aires: Paidós, 1996. p. 37-52.

SCHMITZ, Suzanne J. O que deveríamos ensinar em cursos de RAD? Conceitos e habilidades para advogados que representam clientes em processos de mediação. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. v. 2. p. 89-107.

SCHUCH, Luiz Felipe Siegert. **Acesso à justiça e autonomia financeira do poder judiciário: a quarta onda?** Curitiba: Juruá, 2006. 259 p.

SERPA, Maria de Nazareth. **Mediação de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. 120 p.

SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. 337 p.

SHAILOR, Jonathan G. Desenvolvendo uma abordagem transformacional à prática da mediação: considerações teóricas e práticas. In: SCHNITMAN, Dora Fried; LITTEJOHN, Stephen (Coord.). **Novos paradigmas em mediação**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1999, p. 71-84.

SILVA, João Roberto. **A mediação e o processo de mediação**. São Paulo: Paulistanajur, 2004. 172 p.

SIX, Jean François. **Dinâmica da mediação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 300 p.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. Novas sociabilidades, novos conflitos, novos direitos. In: PINHEIRO, José Ernane; SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de; DINIS, Melillo et al (Org.). **Ética, justiça e direito**: reflexões sobre a reforma do judiciário. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996. p. 91-99.

SOUTO, Cláudio; SOUTO, Solange. **Sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1981. 222 p.

TAVARES, André Ramos. O acesso à justiça como princípio constitucional no direito brasileiro e suas conseqüências. **Revista Ibero-Americana de Direito Público**, Rio de Janeiro, ano 04, n. 11, p. 23-41, 3º trimestre, 2003.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. A arbitragem no contexto constitucional brasileiro. **Revista da associação dos juizes federais do Brasil**, [S.l], v. 21. n. 72, p. 47-65, out.-dez. 2002.

VEZZULA, Juan Carlos. A mediação. O mediador. A justiça e outros conceitos. In: OLIVEIRA, Angela et al (coord.). **Mediação**: métodos de resolução de controvérsias. São Paulo, LTr, 1999. p. 113-120.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128-135.

WATANABE, Kazuo. A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo**: revolução na prestação jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2007. p. 6-10.

XAVIER, Bruno de Aquino Parreira. **Direito alternativo**: uma contribuição à teoria do direito em face da ordem injusta. Curitiba: Juruá, 2002. 143 p.

ANEXOS

ANEXO 01 – QUADRO COMPARATIVO DOS PROCESSOS PRIMÁRIOS DE CONDUÇÃO E RESOLUÇÃO DE CONFLITOS.

Características	Adjudicação	Arbitragem	Negociação	Mediação
Voluntário/ Involuntário	Involuntário	Voluntário	Voluntário	Voluntário
Sujeitante/ Não-sujeitante	Sujeitante passível de apelação	Sujeitante, sujeito à revisão em campo limitado	O acordo tem força contratual	O acordo tem força contratual
Intervenção da terceira parte	Imposta, o terceiro neutro tem poder de decisão, geralmente sem especialização em litígio	Selecionada pela parte. O terceiro tem poder de decisão. Geralmente usa perito especializado na matéria	Sem intervenção de terceiro. Às vezes com representação	Selecionada pelas partes. Neutro condutor. Usualmente com especialidade na matéria
Grau de formalidade	Formalizado com auto grau de estruturação. Regras rígidas e predeterminadas	Processualmente menos formal. Normas de direito substantivo podem ser adotadas pelas partes	Usualmente informal	Usualmente informal. Não estruturado (a não ser quando estipulado pelas partes).
Natureza do processo	Oportunidade para cada parte apresentar provas e argumentos	Oportunidade para cada parte apresentar provas e argumentos	Não está limitado à apresentação de provas, argumentos e interesses	Não está limitado à apresentação de provas, argumentos e interesses
Resultado	Decisão baseada em princípios de direito. Embasadas por arrazoada opinião.	Decisão embasada por princípios jurídicos e opiniões arrazoadas/Compromi sso sem opinião	Conclusão e acordo mutuamente aceitáveis	Conclusão e acordo mutuamente aceitáveis
Interesse	Público	Privado, a não ser quando exigir revisão judicial	Privado	Privado

ANEXO 02 – QUADRO COMPARATIVO DOS PROCESSOS SECUNDÁRIOS DE CONDUÇÃO E RESOLUÇÃO DE CONFLITOS.

Características	<i>Private judging</i>	<i>Fact Finding</i>	<i>Mini Trial</i>	<i>Ombudsman</i>	<i>Summary Jury Trial</i>
Voluntário/ Involuntário	Voluntário	Voluntário / Involuntário	Voluntário	Voluntário	Involuntário
Sujeitante/ Não-sujeitante	Sujeitante. Passível de apelação	Não sujeitante. Resultados podem ser aceitos	Se resulta em acordo, tem força contratual	Não sujeitante	Não sujeitante
Intervenção da terceira parte	Selecionado pelas partes com poder de decisão. Pode ser um juiz togado ou um advogado.	Terceiro neutro interventor com especialização no assunto e perícia na matéria. Pode ser selecionado por decisão judicial ou pelas partes	Consultor selecionado pelas partes algumas vezes com especialização e perícia na matéria	Terceiro interventor selecionado pela instituição	Júri simulado arrolado pelos tribunais
Grau de formalidade	Procedimento legal mais altamente flexível quanto a local e procedimento	Informal	Menos formal que a adjudicação,; regras de procedimento podem ser determinadas pelas partes	Informal	Regras de procedimento são fixadas; menos formal que a adjudicação
Natureza do processo	Oportunidade para cada parte apresentar provas e argumentos	Investigatório	Oportunidade e responsabilidade de apresentação de breves provas e argumentos	Investigatório	Oportunidade para cada parte apresentar sumariamente provas e argumentos
Resultado	Decisão baseada em princípios de direito, às vezes estruturada por conclusões sobre fatos e leis	Relatório pericial ou testemunha	Acordo naturalmente aceitável	Relatório	Verdicto de consultor
Interesse	Privado a não ser que determinado por força judicial	Privado a não ser que apresentado judicialmente	Privado	Privado	Usualmente público

ANEXO 03 – PROJETO DE LEI N.º. 4.827, de 1998⁵⁷⁰

Institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Para os fins desta Lei, a mediação é a atividade técnica exercida por terceira pessoa, que, escolhida ou aceita pelas partes interessadas, as escuta e orienta com o propósito de lhes permitir que, de modo consensual, previnam ou solucionem conflitos.

Parágrafo único. É lícita a mediação em toda matéria que admita conciliação, reconciliação, transação, ou acordo de outra ordem, para os fins que consinta a lei civil ou penal.

Art. 2º Pode ser mediador qualquer pessoa capaz e que tenha formação técnica ou experiência prática adequada à natureza do conflito.

§1º Pode sê-lo também a pessoa jurídica que, nos termos do contrato social, se dedique ao exercício da mediação por intermédio de pessoas físicas que atendam às exigências deste artigo.

§2º No desempenho de sua função, o mediador deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e sigilo.

Art. 3º A mediação é judicial ou extrajudicial, podendo versar sobre todo o conflito ou parte dele.

Art. 4º Em qualquer tempo ou grau de jurisdição, pode o juiz buscar convencer as partes da conveniência de se submeterem a mediação extrajudicial, ou, com a concordância delas, designar mediador, suspendendo o processo pelo prazo de até três meses, prorrogável por igual período.

Parágrafo único. O mediador judicial está sujeito a compromisso, mas pode escusar-se ou ser recusado por qualquer das partes, em cinco dias da designação, aplicando-se-lhe, no que caibam, as normas que regulam a responsabilidade e a remuneração dos peritos.

⁵⁷⁰ BRASIL. **Projeto de Lei n. 4.827, de 1998**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 31 ago. 2006.

Art. 5º Ainda que não exista processo, obtido o acordo, este poderá, a requerimento das partes, ser reduzido a termo e homologado por sentença, que valerá como título executivo judicial e produzirá os outros efeitos jurídicos próprios de sua matéria.

Art. 6º Antes de instaurar o processo, o interessado pode requerer ao juiz que, sem antecipar-lhe os termos do conflito e de sua pretensão eventual, mande intimar a parte contrária para comparecer a audiência de tentativa de conciliação ou mediação. A distribuição do requerimento não previne o juízo, mas interrompe a prescrição e impede a decadência.

Art. 7º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sala da Comissão,

Deputado LÉO ALCÂNTARA

Relator

ANEXO 04 – PROJETO DE LEI Nº. 94/2002 (SUBSTITUTIVO do Senado ao Projeto de Lei da Câmara nº. 94, de 2002, na Casa de origem).⁵⁷¹

Institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos na esfera cível, e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

CAPÍTULO I DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º Esta Lei institucionaliza a mediação paraprocessual nos conflitos de natureza civil.

Art. 2º Para fins desta Lei, mediação é a atividade técnica exercida por terceiro imparcial que, escolhido ou aceito pelas partes interessadas, as escuta, orienta e estimula, sem apresentar soluções, com o propósito de lhes permitir a prevenção ou solução de conflitos de modo consensual.

Art. 3º A mediação paraprocessual será prévia ou incidental, em relação ao momento de sua instauração, e judicial ou extrajudicial, conforme a qualidade dos mediadores.

Art. 4º É lícita a mediação em toda matéria que admita conciliação, reconciliação, transação ou acordo de outra ordem.

Art. 5º A mediação poderá versar sobre todo o conflito ou parte dele.

Art. 6º A mediação será sigilosa, salvo estipulação expressa em contrário pelas partes, observando-se, em qualquer hipótese, o disposto nos arts. 13 e 14.

Art. 7º O acordo resultante da mediação se denominará termo de mediação e deverá ser subscrito pelo mediador, judicial ou extrajudicial, pelas partes e advogados, constituindo-se título executivo extrajudicial.

⁵⁷¹ BRASIL. **Projeto de Lei n. 94, de 2002**. Disponível em: <<http://www.capara.gov.br>>. Acesso em: 31 ago. 2006.

Parágrafo único. A mediação prévia, desde que requerida, será reduzida a termo e homologada por sentença, independentemente de processo.

Art. 8º A pedido de qualquer um dos interessados, o termo de mediação obtido na mediação prévia ou incidental, poderá ser homologado pelo juiz, caso em que terá eficácia de título executivo judicial.

CAPÍTULO II DOS MEDIADORES

Art. 9º Pode ser mediador qualquer pessoa capaz, que tenha conduta ilibada e formação técnica ou experiência prática adequada à natureza do conflito, nos termos desta Lei.

Art. 10 Os mediadores serão judiciais ou extrajudiciais.

Art. 11 São mediadores judiciais os advogados com pelo menos 3 (três) anos de efetivo exercício de atividades jurídicas, capacitados, selecionados e inscritos no Registro de Mediadores, na forma desta Lei.

Art. 12 São mediadores extrajudiciais aqueles independentes, selecionados e inscritos no Registro de Mediadores, na forma desta Lei.

Art. 13 Na mediação paraprocessual, os mediadores judiciais ou extrajudiciais e os comediadores são considerados auxiliares da justiça, e, quando no exercício de suas funções, e em razão delas, são equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da lei penal.

Art. 14 No desempenho de suas funções, o mediador deverá proceder com imparcialidade, independência, aptidão, diligência e confidencialidade, salvo, no último caso, por expressa convenção das partes.

Art. 15 Caberá, em conjunto, à Ordem dos Advogados do Brasil, ao Tribunal de Justiça, à Defensoria Pública e às instituições especializadas em mediação devidamente cadastradas na forma do Capítulo III, a formação e seleção de mediadores, para o que serão implantados

cursos apropriados, fixando-se os critérios de aprovação, com a publicação do regulamento respectivo.

Art. 16 É lícita a co-mediação quando, pela natureza ou pela complexidade do conflito, for recomendável a atuação conjunta do mediador com outro profissional especializado na área do conhecimento subjacente ao litígio.

§ 1º A co-mediação será obrigatória nas controvérsias submetidas à mediação que versem sobre o estado da pessoa e Direito de Família, devendo dela necessariamente participar psiquiatra, psicólogo ou assistente social.

§ 2º A co-mediação, quando não for obrigatória, poderá ser requerida por qualquer dos interessados ou pelo mediador.

CAPÍTULO III

DO REGISTRO DE MEDIADORES E DA FISCALIZAÇÃO E CONTROLE DA ATIVIDADE DE MEDIAÇÃO

Art. 17 O Tribunal de Justiça local manterá Registro de Mediadores, contendo relação atualizada de todos os mediadores habilitados a atuar prévia ou incidentalmente no âmbito do Estado.

§ 1º Os Tribunais de Justiça expedirão normas regulamentando o processo de inscrição no Registro de Mediadores.

§ 2º A inscrição no Registro de Mediadores será requerida ao Tribunal de Justiça local, na forma das normas expedidas para este fim, pelos que tiverem cumprido satisfatoriamente os requisitos do art. 15 desta Lei.

§ 3º Do registro de mediadores constarão todos os dados relevantes referentes à atuação do mediador, segundo os critérios fixados pelo Tribunal de Justiça local.

§ 4º Os dados colhidos na forma do § 3º serão classificados sistematicamente pelo Tribunal de Justiça, que os publicará anualmente para fins estatísticos.

§ 5º No caso de atuação de Defensor Público como mediador, o registro, a fiscalização e o controle da atividade serão realizados pela Defensoria Pública.

Art. 18 Na mediação extrajudicial, a fiscalização das atividades dos mediadores e co-mediadores competirá sempre ao Tribunal de Justiça do Estado, na forma das normas específicas expedidas para este fim.

Art. 19 Na mediação judicial, a fiscalização e controle da atuação do mediador será feita pela Ordem dos Advogados do Brasil, por intermédio de suas seccionais; a atuação do co-mediador será fiscalizada e controlada pelo Tribunal de Justiça.

Art. 20 Se a mediação for incidental, a fiscalização também caberá ao juiz da causa, que, verificando a atuação inadequada do mediador ou do co-mediador, poderá afastá-lo de suas atividades relacionadas ao processo, e, em caso de urgência, tomar depoimentos e colher provas, dando notícia, conforme o caso, à Ordem dos Advogados do Brasil ou ao Tribunal de Justiça, para as medidas cabíveis.

Art. 21 Aplicam-se aos mediadores e co-mediadores os impedimentos previstos nos arts. 134 e 135 do Código de Processo Civil.

§ 1º No caso de impedimento, o mediador devolverá os autos ao distribuidor, que designará novo mediador; se a causa de impedimento for apurada quando já iniciado o procedimento de mediação, o mediador interromperá sua atividade, lavrando termo com o relatório do ocorrido e solicitará designação de novo mediador ou co-mediador.

§ 2º O referido relatório conterá:

- a) nomes e dados pessoais das partes envolvidas;
- b) indicação da causa de impedimento ou suspeição;
- c) razões e provas existentes pertinentes do impedimento ou suspeição.

Art. 22 No caso de impossibilidade temporária do exercício da função, o mediador informará o fato ao Tribunal de Justiça, para que, durante o período em que subsistir a impossibilidade, não lhe sejam feitas novas distribuições.

Art. 23 O mediador fica absolutamente impedido de prestar serviços profissionais a qualquer das partes, em matéria correlata à mediação; o impedimento terá o prazo de 2 (dois) anos, contados do término da mediação, quando se tratar de outras matérias.

Art. 24 Considera-se conduta inadequada do mediador ou do co-mediador a sugestão ou recomendação acerca do mérito ou quanto aos termos da resolução do conflito, assessoramento, inclusive legal, ou aconselhamento, bem como qualquer forma explícita ou implícita de coerção para a obtenção de acordo.

Art. 25 Será excluído do Registro de Mediadores aquele que:

- I – assim o solicitar ao Tribunal de Justiça, independentemente de justificação;
- II – agir com dolo ou culpa na condução da mediação sob sua responsabilidade;
- III – violar os princípios de confidencialidade e imparcialidade;
- IV – funcionar em procedimento de mediação mesmo sendo impedido ou sob suspeição;
- V – sofrer, em procedimento administrativo realizado pela Ordem dos Advogados do Brasil, pena de exclusão do Registro de Mediadores;
- VI – for condenado, em sentença criminal transitada em julgado.

§ 1º Os Tribunais de Justiça dos Estados, em cooperação, consolidarão mensalmente relação nacional dos excluídos do Registro de Mediadores.

§ 2º Salvo no caso do inciso I, aquele que for excluído do Registro de Mediadores não poderá, em hipótese alguma, solicitar nova inscrição em qualquer parte do território nacional ou atuar como co-mediador.

Art. 26 O processo administrativo para averiguação de conduta inadequada do mediador poderá ser iniciado de ofício ou mediante representação e obedecerá ao procedimento estabelecido pelo Tribunal de Justiça local.

Art. 27 O processo administrativo conduzido pela Ordem dos Advogados do Brasil obedecerá ao procedimento previsto no Título III da Lei nº. 8.906, de 4 de julho de 1994, podendo ser aplicada desde a pena de advertência até a exclusão do Registro de Mediadores.

Parágrafo único. O processo administrativo a que se refere o *caput* será concluído em, no máximo, 90 (noventa) dias, e suas conclusões enviadas ao Tribunal de Justiça para anotação no registro do mediador ou seu cancelamento, conforme o caso.

Art. 28 O co-mediador afastado de suas atividades nos termos do art. 19, desde que sua conduta inadequada seja comprovada em regular procedimento administrativo, fica impedido de atuar em novas mediações pelo prazo de 2 (dois) anos.

CAPÍTULO IV DA MEDIAÇÃO PRÉVIA

Art. 29 A mediação prévia pode ser judicial ou extrajudicial.

Parágrafo único. O requerimento de mediação prévia interrompe a prescrição, e deverá ser concluído no prazo máximo de 90 (noventa) dias.

Art. 30 O interessado poderá optar pela mediação prévia judicial, caso em que o requerimento adotará formulário padronizado, subscrito por ele ou por seu defensor público ou advogado, sendo, no último caso, indispensável a juntada do instrumento de mandato.

§ 1º Distribuído ao mediador, o requerimento ser-lhe-á encaminhado imediatamente.

§ 2º Recebido o requerimento, o mediador designará dia, hora e local onde realizará a sessão de mediação, dando ciência aos interessados por qualquer meio eficaz e idôneo de comunicação.

§ 3º A cientificação ao requerido conterà a advertência de que deverá comparecer à sessão acompanhado de advogado, quando a presença deste for indispensável. Neste caso, não tendo o requerido constituído advogado, o mediador solicitará à Defensoria Pública ou, na falta desta, à Ordem dos Advogados do Brasil a designação de advogado dativo. Na impossibilidade de pronto atendimento à solicitação, o mediador imediatamente remarcará a sessão, deixando os interessados já cientificados da nova data e da indispensabilidade dos advogados.

§ 4º Os interessados, de comum acordo, poderão escolher outro mediador, judicial ou extrajudicial.

Art. 31 Obtido ou frustrado o acordo, o mediador lavrará o termo de mediação, descrevendo detalhadamente todas as cláusulas do mesmo ou consignando a sua impossibilidade.

Parágrafo único. O mediador devolverá o requerimento ao distribuidor, acompanhado do termo de mediação, para as devidas anotações.

Art. 32 A mediação prévia extrajudicial, a critério dos interessados, ficará a cargo de mediador independente ou daquele ligado à instituição especializada em mediação.

Art. 33 Em razão da natureza e complexidade do conflito, o mediador judicial ou extrajudicial, a seu critério ou a pedido de qualquer das partes, prestará seus serviços em regime de co-mediação com profissional especializado em outra área que guarde afinidade com a natureza do conflito.

CAPÍTULO V DA MEDIAÇÃO INCIDENTAL

Art. 34 A mediação incidental será obrigatória no processo de conhecimento, salvo nos seguintes casos:

I – na ação de interdição;

II – quando for autora ou ré pessoa de direito público e a controvérsia versar sobre direitos indisponíveis;

III – na falência, na recuperação judicial e na insolvência civil;

IV – no inventário e no arrolamento;

V – nas ações de imissão de posse, reivindicatória e de usucapião de bem imóvel;

VI – na ação de retificação de registro público;

VII – quando o autor optar pelo procedimento do juizado especial ou pela arbitragem;

VIII – na ação cautelar;

IX – quando na mediação prévia, realizada na forma do Capítulo IV, tiver ocorrido sem acordo nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao ajuizamento da ação.

Parágrafo único. A mediação deverá ser realizada no prazo máximo de 90 (noventa) dias, e, não sendo alcançado o acordo, dar-se-á continuidade ao processo.

Art. 35 Nos casos de mediação incidental, a distribuição da petição inicial ao juízo interrompe a prescrição, induz litispendência e produz os demais efeitos previstos no art. 263 do Código de Processo Civil.

§ 1º Havendo pedido de liminar, a mediação terá curso após a respectiva decisão.

§ 2º A interposição de recurso contra a decisão liminar não prejudica o processo de mediação.

Art. 36 A designação inicial será de um mediador judicial ou extrajudicial, a quem será remetida cópia dos autos do processo judicial.

Parágrafo único. As partes, de comum acordo, poderão escolher outro mediador, judicial ou extrajudicial.

Art. 37 Cabe ao mediador intimar as partes por qualquer meio eficaz e idôneo de comunicação, designando dia, hora e local para seu comparecimento.

§ 1º A intimação deverá conter a recomendação de que as partes deverão se fazer acompanhar de advogados, quando indispensável a assistência judiciária.

§ 2º Se o requerido não tiver sido citado no processo judicial, a intimação para a sessão de mediação constitui-lo-á em mora, tornando prevento o juízo, induzindo litispendência, fazendo litigiosa a coisa e interrompendo a prescrição.

§ 3º Se qualquer das partes não tiver advogado constituído nos autos do processo judicial, o mediador procederá de acordo com o disposto na parte final do § 3º do art. 30.

§ 4º Não sendo encontrado o requerido, ou não comparecendo q qualquer das partes, estará frustrada a mediação.

Art. 38 Na hipótese de mediação incidental, ainda que haja pedido de liminar, a antecipação das despesas do processo, a que alude o art. 19 do Código de Processo Civil, somente será devida após a retomada do curso do processo, se a mediação não tiver resultado em acordo ou conciliação.

Parágrafo único. O valor pago a títulos de honorários do mediador, na forma do art. 19 do Código de Processo Civil, será abatido das despesas do processo.

Art. 39 Obtido ou frustrado o acordo, o mediador lavrará o termo de mediação descrevendo detalhadamente todas as cláusulas do acordo ou consignando sua impossibilidade.

§ 1º O mediador devolverá a petição inicial ao juiz da causa, acompanhada do termo, para que seja dado prosseguimento ao processo.

§ 2º Ao receber a petição inicial ao juiz da causa, acompanhada do termo de transação, providenciará a retomada do processo judicial.

Art. 40 Havendo acordo, o juiz da causa, após verificar o preenchimento das formalidades legais, homologará o acordo por sentença.

Parágrafo único. Se o acordo for obtido quando o processo judicial estiver em grau de recurso, a homologação do mesmo caberá ao relator.

CAPÍTULO VI DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 41 A mediação será sempre realizada em local de fácil acesso, com estrutura suficiente para atendimento condigno dos interessados, disponibilizado por entidade pública ou particular para o desenvolvimento das atividades de que trata esta Lei.

Parágrafo único. O Tribunal de Justiça local fixará as condições mínimas a que se refere este artigo.

Art. 42 Os serviços do mediador serão sempre remunerados, nos termos e segundo os critérios fixados pela norma local.

Parágrafo único. Nas hipóteses em que for concedido o benefício da assistência judiciária, estará a parte dispensada do recolhimento dos honorários, correndo as despesas às expensas de dotação orçamentária do respectivo Tribunal de Justiça.

Art. 43 O art. 331 da Lei nº 5869, de 1973, Código de Processo Civil, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 331. Se não se verificar qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo máximo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.

§ 1º Na audiência preliminar, o juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, mesmo tendo sido realizada a tentativa de mediação prévia ou incidental.

§ 2º A lei local poderá instituir juiz conciliador ou recrutar conciliadores para auxiliarem o juiz da causa na tentativa de solução amigável dos conflitos.

§ 3º Segundo as peculiaridades do caso, outras formas adequadas de solução do conflito poderão ser sugeridas pelo juiz, inclusive a arbitragem, na forma da lei, a mediação e a avaliação neutra de terceiro.

§ 4º A avaliação neutra de terceiro, a ser obtida no prazo a ser fixado pelo juiz, é sigilosa, inclusive para este, e não vinculante para as partes, sendo sua finalidade exclusiva a de orientá-las na tentativa de composição amigável do conflito.

§ 5º Obtido o acordo, será reduzido a termo e homologado pelo juiz.

§ 6º Se, por qualquer motivo, a conciliação não produzir resultados e não for adotado outro meio de solução do conflito, o juiz, na mesma audiência, fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.” (NR).

Art. 44 A Lei nº 5869, de 1973 – Código de Processo Civil, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 331-A:

“Art. 331-A Em qualquer tempo e grau de jurisdição, poderá o juiz ou tribunal adotar, no que couber, as providências do art. 331.”

Art. 45 Os Tribunais de Justiça dos Estados, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, expedirão as normas indispensáveis à efetivação do disposto nesta Lei.

Art. 46 O termo de mediação, de qualquer natureza, frustrado ou não o acordo, conterà expressamente a fixação dos honorários do mediador, ou co-mediador, se for o caso.

Parágrafo único. Fixando as partes os honorários do mediador, no termo de mediação, este constituirá título executivo extrajudicial; não havendo tal estipulação, o mediador requererá ao Tribunal de Justiça que seria competente para julgar, originariamente, a causa, que os fixe por sentença.

Art. 47 Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sala da Comissão, 21 de junho de 2006.

ANEXO 05 – LEI N°. 24.573⁵⁷²

Sustitúyese con carácter obligatorio la mediación previa a todo juicio. Disposiciones Generales. Procedimiento. Registro de Mediadores. Causales de Excusación y Recusación. Comisión de Selección y Contralor. Retribución del Mediador. Fondo de Financiamiento. Honorarios de los Letrados de las Partes. Cláusulas Transitorias. Modificaciones al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Sancionada: Octubre 4 de 1995.

Promulgada: Octubre 25 de 1995.

El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, reunidos en Congreso, etc., sancionan con fuerza de Ley:

MEDIACION Y CONCILIACION**Disposiciones Generales**

ARTICULO 1° — Institúyese con carácter obligatorio la mediación previa a todo juicio, la que se regirá por las disposiciones de la presente ley. Este procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia.

Las partes quedarán exentas del cumplimiento de este trámite si acreditaren que antes del inicio de la causa, existió mediación ante mediadores registrados por el Ministerio de Justicia.

ARTICULO 2° — El procedimiento de la mediación obligatoria no será de aplicación en los siguientes supuestos:

1. — Causas penales.

⁵⁷² BRASIL. Projeto de Lei n. 24.573, de 25 de outubro de 1995. Disponível em: <<http://www.juridice.com.ar>>. Acesso em: 31 ago. 2006.

2. — Acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación y patria potestad, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas. El juez deberá dividir los procesos, derivando la parte patrimonial al mediador.
3. — Procesos de declaración de incapacidad y de rehabilitación.
4. — Causas en que el Estado Nacional o sus entidades descentralizadas sean parte.
5. — Amparo, hábeas corpus e interdictos.
6. — Medidas cautelares hasta que se decidan las mismas, agotándose respecto de ellas las instancias recursivas ordinarias, continuando luego el trámite de la mediación.
7. — Diligencias preliminares y prueba anticipada.
8. — Juicios sucesorios y voluntarios.
9. — Concursos preventivos y quiebras.
10. — Causas que tramiten ante la Justicia Nacional del Trabajo.

ARTICULO 3° — En el caso de los procesos de ejecución y juicios de desalojo, el presente régimen de mediación será optativo para el reclamante, debiendo en dicho supuesto el requerido ocurrir a tal instancia.

DEL PROCEDIMIENTO DE LA MEDIACION

ARTICULO 4° — El reclamante formalizará su pretensión ante la mesa general de recepción de expedientes que corresponda, detallando la misma en un formulario cuyos requisitos se establecerán por vía de la reglamentación. Cumplida la presentación se procederá al sorteo del mediador y a la asignación del juzgado que eventualmente entenderá en la litis.

ARTICULO 5° — La mesa general de entradas entregará el formulario debidamente intervenido al presentante quien deberá remitirlo al mediador designado dentro del plazo de tres días.

ARTICULO 6° — El mediador, dentro del plazo de diez (10) días de haber tomado conocimiento de su designación, fijará la fecha de la audiencia a la que deberán comparecer las partes.

El mediador deberá notificar la fecha de la audiencia a las partes mediante cédula, adjuntando copia del formulario previsto en el artículo 4. Dicha cédula será librada por el mediador, debiendo la misma ser diligenciada ante la Oficina de Notificaciones del Poder Judicial de la

Nación; salvo que el requerido se domicilie en extraña jurisdicción, en cuyo caso deberá ser diligenciada por el requeriente.

A tales fines se habilitarán los formularios de cédula de notificación cuyos requisitos se establecerán reglamentariamente.

ARTICULO 7° — Las partes podrán tomar contacto con el mediador designado antes de la fecha de la audiencia, con el objeto de hacer conocer el alcance de sus pretensiones.

ARTICULO 8° — Cuando el mediador advirtiere que es necesaria la intervención de un tercero, solicitado por las partes o de oficio, podrá citarlo a fin de que comparezca a la instancia mediadora.

Si el tercero incurriese en incomparecencia o incumplimiento del acuerdo transaccional que lo involucre, le alcanzarán las sanciones previstas en los artículos 10 y 12 de la presente ley.

ARTICULO 9° — El plazo para la mediación será de hasta sesenta (60) días corridos a partir de la última notificación al requerido y/o al tercero en su caso. En el caso previsto en el artículo 3°, el plazo será de treinta (30) días corridos. En ambos supuestos se podrá prorrogar por acuerdos de las partes.

ARTICULO 10. — Dentro del plazo previsto para la mediación el mediador podrá convocar a las partes a todas las audiencias necesarias para el cumplimiento de los fines previstos en la presente ley.

Si la mediación fracasare por la incomparecencia de cualquiera de las partes a la primera audiencia, cada uno de los incomparecientes deberá abonar una multa cuyo monto será el equivalente a dos (2) veces la retribución básica que le corresponda percibir al mediador por su gestión.

Habiendo comparecido personalmente y previa intervención del mediador, las partes podrán dar por terminado el procedimiento de mediación.

ARTICULO 11. — Las actuaciones serán confidenciales. El mediador tendrá amplia libertad para sesionar con las partes, pudiéndolo efectuar en forma conjunta o por separado, cuidando de no favorecer, con su conducta, a una de ellas y de no violar el deber de confidencialidad.

A las mencionadas sesiones deberán concurrir las partes personalmente, y no podrán hacerlo por apoderado, exceptuándose a las personas jurídicas y a los domiciliados en extraña jurisdicción de acuerdo a lo que se establezca en la reglamentación.

La asistencia letrada será obligatoria.

ARTICULO 12. — Si se produjese el acuerdo, se labrará acta en el que deberá constar los términos del mismo, firmado por el mediador, las partes y los letrados intervinientes.

El mediador deberá comunicar el resultado de la mediación, con fines estadísticos, al Ministerio de Justicia.

En caso de incumplimiento, lo acordado podrá ejecutarse ante el juez designado, mediante el procedimiento de ejecución de sentencia regulado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

En el supuesto de llegar a la instancia de ejecución, el juez deberá aplicar la multa establecida en el artículo 45 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

ARTICULO 13. — El Ministerio de Justicia de la Nación percibirá con destino al fondo de financiamiento creado por esta ley, las sumas resultantes de las multas establecidas en los artículos 10 y 12. En el supuesto que no se abonen las multas establecidas, se perseguirá el cobro impulsando por vía incidental, las acciones judiciales necesarias observando el procedimiento de ejecución de sentencia.

A tal fin el Ministerio de Justicia certificará la deuda existente y librá el certificado respectivo que tendrá carácter de título ejecutivo.

En el caso de no haberse promovido acción judicial posterior a la gestión mediadora el cobro de la multa establecida en el artículo 10 se efectuará mediante el procedimiento de juicio ejecutivo.

ARTICULO 14. — Si no se arribase a un acuerdo en la mediación, igualmente se labrará acta, cuya copia deberá entregarse a las partes, en la que se dejará constancia de tal resultado.

En este caso el reclamante quedará habilitado para iniciar la vía judicial correspondiente, acompañando las constancias de la mediación.

DEL REGISTRO DE MEDIADORES

ARTICULO 15. — Créase el Registro de Mediadores cuya constitución, organización, actualización y administración será responsabilidad del Ministerio de Justicia de la Nación.

ARTICULO 16. — Para ser mediador será necesario poseer título de abogado y adquirir la capacitación requerida y restantes exigencias que se establezcan reglamentariamente.

ARTICULO 17. — En la reglamentación a la que se alude en el artículo anterior, se estipularán las causales de suspensión y separación del registro y el procedimiento para aplicar tales sanciones. También se determinarán los requisitos, inhabilidades e incompatibilidades para formar parte del mismo.

DE LAS CAUSALES DE EXCUSACION Y RECUSACION

ARTICULO 18. — El mediador deberá excusarse bajo pena de inhabilitación como tal, en todos los casos previstos en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para excusación de los jueces, pudiendo ser recusado con expresión de causa por las partes conforme lo determina ese Código. De no aceptar el mediador la recusación, ésta será decidida por el juez designado conforme lo establecido en el artículo 4, por resolución que será inapelable.

En los supuestos de excusación y recusación se practicará inmediatamente un nuevo sorteo.

El mediador no podrá asesorar ni patrocinar a cualquiera de las partes intervinientes en la mediación durante el lapso de UN (1) año desde que cesó su inscripción en el registro establecido por el artículo 15. La prohibición será absoluta en la causa en que haya intervenido como mediador.

DE LA COMISION DE SELECCION Y CONTRALOR

ARTICULO 19. — Créase una Comisión de Selección y Contralor que tendrá la responsabilidad de emitir la aprobación de última instancia sobre la idoneidad y demás requisitos que se exijan para habilitar la inscripción como aspirantes a mediadores en el Registro establecido por el artículo 15 de la presente ley.

Asimismo la Comisión tendrá a su cargo el contralor sobre el funcionamiento de todo el Sistema de Mediación.

ARTICULO 20. — La Comisión de Selección y Contralor del régimen de mediación estará constituida por dos representantes del Poder Legislativo, dos del Poder Judicial y dos del Poder Ejecutivo Nacional.

DE LA RETRIBUCION DEL MEDIADOR

ARTICULO 21. — El mediador percibirá por su tarea desempeñada en la mediación una suma fija, cuyo monto, condiciones y circunstancias se establecerán reglamentariamente. Dicha suma será abonada por la o las partes conforme el acuerdo transaccional arribado.

En el supuesto que fracasare la mediación, los honorarios del mediador serán abonados por el Fondo de Financiamiento de acuerdo a las condiciones que reglamentariamente se establezcan.

Las sumas abonadas por este concepto, integrarán las costas de la litis que con posterioridad entablen las partes, las que se reintegrarán al fondo de financiamiento aludido.

A tal fin, y vencido el plazo para su depósito judicial, el Ministerio de Justicia promoverá el cobro por vía incidental mediante el procedimiento de ejecución de sentencia.

ARTICULO 22. — El Ministerio de Justicia de la Nación podrá establecer un régimen de gratificaciones para los mediadores que se hayan destacado por su dedicación y eficiencia en el desempeño de su labor.

DEL FONDO DE FINANCIAMIENTO

ARTICULO 23. — Créase un Fondo de Financiamiento a los fines de solventar:

- a) El pago de los honorarios básicos que se le abone a los mediadores de acuerdo a lo establecido por el artículo 21, segundo párrafo de la presente ley.
- b) Las erogaciones que implique el funcionamiento del Registro de Mediadores.
- c) Cualquier otra erogación relacionada con el funcionamiento del sistema de mediación.

ARTICULO 24. — El presente Fondo de Financiamiento se integrará con los siguientes recursos:

- 1) Las sumas asignadas en las partidas del Presupuesto Nacional.
- 2) El reintegro de los honorarios básicos abonados conforme lo establecido por el artículo 21 segundo párrafo de la presente ley.

- 3) Las multas a que hace referencia el artículo 10, segundo párrafo de la presente.
- 4) La multa establecida por el artículo 12, último párrafo.
- 5) Las donaciones, legados y toda otra disposición a título gratuito que se haga en beneficio del servicio implementado por esta ley.
- 6) Toda otra suma que en el futuro se destine al presente fondo.

ARTICULO 25. — La administración del Fondo de Financiamiento estará a cargo del Ministerio de Justicia de la Nación, instrumentándose la misma por vía de la reglamentación pertinente.

ARTICULO 26. — Iniciada la demanda o la ejecución del acuerdo transaccional, el juez notificará de ello al Ministerio de Justicia de la Nación, a fin de que promueva la percepción de las multas, según el procedimiento de ejecución de sentencia.

De la misma forma se procederá con relación al recupero del honorario básico del mediador, una vez que se haya decidido la imposición de costas del proceso.

HONORARIOS DE LOS LETRADOS DE LAS PARTES

ARTICULO 27. — A falta de convenio, si el o los letrados intervinientes solicitaren regulación de los honorarios que deberán abonar sus patrocinados por la tarea en la gestión mediadora se aplicarán las disposiciones pertinentes de la Ley 24.432, ley cuya vigencia se mantiene en todo su articulado.

CLAUSULAS TRANSITORIAS

ARTICULO 28. — El sistema de mediación obligatoria comenzará a funcionar dentro de los ciento ochenta (180) días a partir de la promulgación de la presente ley, siendo obligatorio el régimen para las demandas que se inicien con posterioridad a esa fecha.

ARTICULO 29. — La mediación suspende el plazo de la prescripción liberatoria en los términos y con los efectos previstos en el segundo párrafo del artículo 3.986 del Código Civil. En la mediación oficial la suspensión se operará desde que el reclamante formaliza su pretensión ante la mesa general de entradas del fuero que corresponda y opera contra todos los requeridos. En las mediaciones privadas la prescripción liberatoria se suspende desde la fecha

del instrumento auténtico mediante el cual se intenta notificar fehacientemente al requerido la audiencia de mediación y opera sólo contra quien va dirigido.

(Artículo sustituido por art. 1º de la Ley N° 25.661 B.O. 17/10/2002)

ARTICULO 30. — Facúltase al Poder Ejecutivo Nacional, por el término de cinco (5) años a establecer por vía de la reglamentación los aranceles y honorarios previstos en la presente ley. La obligatoriedad de la etapa de la mediación establecida en el artículo 1, primer párrafo de la presente ley, regirá por un plazo de cinco (5) años, contados a partir de la puesta en funcionamiento del régimen de mediación de conformidad con lo establecido en el artículo 28.

(Nota Infoleg: Por art. 1º de la Ley N° 25.287 B.O. 24/08/2000, se prorroga el plazo previsto en el presente artículo, párrafos 1º y 2º, por el término de CINCO (5) años a partir de su vencimiento.)

ARTICULO 31. — Quedarán en suspenso la aplicación del presente régimen a los Juzgados Federales en todo el ámbito del territorio nacional, hasta tanto se implemente el sistema en cada uno de ellos, de las Secciones Judiciales en donde ejerzan su competencia.

MODIFICACIONES AL CODIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION

ARTICULO 32. — Modifícase el artículo 359 del Código Procesal Civil de la Nación, el que quedará redactado de la siguiente forma:

"Artículo 359. — Contestado el traslado de la demanda o reconvención, en su caso, o vencidos los plazos para hacerlo, resueltas las excepciones previas y siempre que se hallan alegado hechos conducentes acerca de los cuales no hubiese conformidad entre las partes; aunque éstas no lo pidan, el juez recibirá la causa a prueba procediendo de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 360".

ARTICULO 33. — Modifícase el artículo 360 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el que quedará redactado de la siguiente forma:

"Artículo 360. — A los fines del artículo precedente el juez citará a las partes a una audiencia, que se celebrará para su audiencia bajo pena de nulidad, en la que:

1° - Fijará por sí los hechos articulados que sean conducentes a la decisión del juicio sobre los cuales versará la prueba y desestimaré lo que considere inconducentes de acuerdo con las citadas piezas procesales.

2° - Recibiré las manifestaciones de las partes, si la tuvieren, con referencia a lo prescripto en los artículos 361 y 362 del presente código, debiendo resolverla en el mismo acto.

3° - Declararé en dicha audiencia cuáles pruebas son admisibles de continuarse en juicio.

4° - Declararé en la audiencia si la cuestión fuese de puro derecho con lo que la causa quedará concluida para definitiva.

5° - Invitaré a las partes a una conciliación.

ARTICULO 34. — Incorpórase como artículo 360 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación , el que quedará redactado de la siguiente forma:

"Artículo 360 bis — Conciliación. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 36, inciso 2, apartado a), en la audiencia mencionada en el artículo anterior, el juez y las partes podrán proponer fórmulas conciliatorias.

Si se arribase a un acuerdo conciliatorio, se labrará acta en la que conste su contenido y la homologación por el juez interviniente. Tendrá efecto de cosa juzgada y se ejecutará mediante el procedimiento previsto para la ejecución de sentencia. Si no hubiera acuerdo entre las partes, en el acta se hará constar esta circunstancia, sin expresión de causas. Los intervinientes no podrán ser interrogados acerca de lo acontecido en la audiencia".

ARTICULO 35. — Incorpórase como artículo 360 ter, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el que quedará redactado de la siguiente forma:

"Artículo 360 ter. — En los juicios que tramiten por otros procedimientos, se celebrará asimismo la audiencia prevista en el artículo 360 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, observándose los plazos procesales que se establecen para los mismos".

ARTICULO 36. — Modifícase el artículo 361 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el que quedará redactado de la siguiente forma:

"Artículo 361. — Si alguna de las partes se opusiese a la apertura de prueba en la audiencia prevista en el artículo 360 del presente Código, el juez resolverá lo que sea procedente luego de escuchar a la contraparte."

ARTICULO 37. — Modifícase el artículo 362 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el que quedará sustituido por el siguiente texto:

"Artículo 362. — Si en la audiencia prevista en el artículo 360 del presente Código, todas las partes manifestaren que no tienen ninguna prueba a producir, o que ésta consiste únicamente en las constancias del expediente o en la documental ya agregada y no cuestionada, la causa quedará conclusa para definitiva y el juez llamará autos para sentencia".

ARTICULO 38. — Modifícase el artículo 365 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el que quedará redactado de la siguiente forma:

"Artículo 365. — Cuando con posterioridad a la contestación de la demanda o reconvenición, ocurriere o llegase a conocimiento de las partes algún hecho que tuviese relación con la cuestión que se ventila, podrán alegarlo hasta CINCO (5) días después de celebrada la audiencia prevista en el artículo 360 del presente Código.

Del escrito que se alegue se dará traslado a la otra parte, quien, dentro del plazo para contestarlo, podrá también alegar, otros hechos en contraposición a los nuevamente alegados. En este caso quedará suspendido el plazo de prueba hasta la notificación de la resolución que los admita o los deniegue.

En los supuestos mencionados en el párrafo precedente, las pruebas podrán recaer también sobre los hechos nuevamente aducidos.

El juez podrá convocar a las partes, según las circunstancias del caso, a otra audiencia en términos similares a lo prescripto en el artículo 360 del presente Código.

ARTICULO 39. — Sustitúyese el artículo 367 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación por el siguiente:

"Artículo 367. — El plazo de prueba será fijado por el juez, y no excederá de cuarenta (40) días. Dicho plazo es común y comenzará a correr a partir de la fecha de celebración de la audiencia prevista en el artículo 360 del presente Código".

ARTICULO 40. — Comuníquese al Poder Ejecutivo Nacional. — ALBERTO R. PIERRI. — EDUARDO MENEM. — Esther H. Pereyra Arandía de Pérez Pardo. — Juan José Canals. DADA EN LA SALA DE SESIONES DEL CONGRESO ARGENTINO, EN BUENOS AIRES, A LOS CUATRO DIAS DEL MES DE OCTUBRE DEL AÑO MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CINCO.

ANEXO 06 – TRADUÇÃO DA LEI Nº. 24.573⁵⁷³

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º Fica instituída, com caráter obrigatório, a Mediação prévia a todo juízo, o qual se regerá pelas disposições da presente Lei. Este procedimento promoverá a comunicação direta entre as partes para a solução extrajudicial da controvérsia.

As partes ficarão isentas do cumprimento deste trâmite, se entenderem que antes do início da causa, existiu mediação perante mediadores registrados pelo Ministério da Justiça.

Art. 2º O procedimento de Mediação obrigatória não será aplicado nas seguintes hipóteses:

- 1 – Causas penais.
- 2 – Ações de separação pessoal e divórcio, nulidade de matrimônio, filiação e pátrio poder, com exceção das questões patrimoniais derivadas desta. O juiz dividirá os processos, destinando a parte patrimonial ao mediador.
- 3 – Processos de declaração de incapacidade e reabilitação.
- 4 – Causas em que o Estado Nacional ou suas entidades descentralizadas sejam parte.
- 5 – Amparo, *habeas corpus* e interdições.
- 6 – Medidas cautelares até que as mesmas sejam decididas, esgotando-se a respeito delas as instâncias recursivas ordinárias, prosseguindo o trâmite da Mediação.
- 7 – Diligências preliminares e prova antecipada.
- 8 – Juízos sucessórios e voluntários.
- 9 – Juízos preventivos e falências.
- 10 – Causas que tramitem junto à Justiça Nacional do Trabalho.

Art. 3º No caso dos processos de execução e causas de despejo, o presente regime de Mediação será optativo para o reclamante, devendo o requerido, nesta hipótese, recorrer a tal instância.

DO PROCEDIMENTO DA MEDIAÇÃO

Art. 4º O reclamante formalizará sua pretensão perante a mesa geral de recepção de expedientes correspondente, detalhando a mesma em formulário cujos requisitos serão

⁵⁷³ RODRIGUES JÚNIOR, Walsir. **A prática da mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 256-266.

estabelecidos em regulamento. Cumprida a apresentação, proceder-se-á ao sorteio do mediador e à designação do juizado, que eventualmente julgará a lide.

Art. 5º A mesa geral de entradas entregará o formulário devidamente preenchido ao apresentar e que deverá remete-lo ao mediador dentro do prazo de três dias.

Art. 6º O mediador, dentro do prazo de 10 (dez) dias após haver tomado conhecimento da sua designação, fixará a data da audiência, à qual deverão comparecer as partes.

O mediador deverá notificar a data da audiência às partes mediante cédula, juntando cópia do formulário previsto no art. 4º. A cédula será liberada pelo mediador, devendo a mesma ser diligenciada perante o Escritório de Notificações do Poder Judiciário da Nação, salvo se o requerido for domiciliado em jurisdição diferente, caso em que deverá ser diligenciada pelo requerente.

Para tais fins, serão habilitados os formulários de cédula de notificação, cujos requisitos serão estabelecidos em regulamento.

Art. 7º As parte poderão contatar o mediador designado, antes da data da audiência, com o objetivo de dar-lhe a conhecer o alcance de suas pretensões.

Art. 8º Quando o mediador entender necessária a intervenção de um terceiro, solicitado pelas partes ou de ofício, poderá citá-lo, a fim de que compareça à instância mediadora.

Se o terceiro incorrer em incompetência ou descumprimento do acordo transacional que o envolve, a ele serão aplicadas as sanções previstas nos arts. 10 e 12 da presente lei.

Art. 9º O prazo para a mediação será de 60 (sessenta) dias corridos, a partir da última notificação ao requerido e/ou ao terceiro, se for o caso. No caso previsto no art. 3º, o prazo será de 30 (trinta) dias corridos. Em ambas as hipóteses, o prazo poderá ser prorrogado por acordo entre as partes.

Art. 10. Dentro do prazo previsto para a Mediação, o mediador poderá convocar as partes a todas audiências necessárias para o cumprimento dos fins previstos na presente lei.

Se a Mediação fracassar, pelo não comparecimento de qualquer das partes à primeira audiência, cada um dos que não comparecerem deverá pagar multa cujo montante será o

equivalente a 2 (duas) vezes a retribuição básica que deva perceber o mediador por sua gestão.

Tendo comparecido pessoalmente, sem a prévia intervenção do mediador, as partes poderão dar por terminado o procedimento de Mediação.

Art. 11. As participações serão confidenciais. O mediador terá ampla liberdade para se reunir com as partes, podendo ser, conjunta ou separadamente, cuidando de não favorecer, com sua conduta, uma delas, e de não violar o dever de confidencialidade.

Às mencionadas sessões, as partes deverão comparecer, pessoalmente, e não poderão fazê-lo por meio de procurador, excetuando-se as pessoas jurídicas e os domiciliados em jurisdição diferente, de acordo com o que estabeleça o regulamento.

A ASSISTÊNCIA JURÍDICA SERÁ OBRIGATÓRIA

Art. 12. Chegando as partes a um acordo, será lavrada ata da qual deverão constar os termos do mesmo, firmada pelo mediador, pelas partes e pelos assistentes jurídicos intervenientes.

O mediador deverá comunicar o resultado da Mediação ao Ministério da Justiça, para fins estatísticos.

Em caso de descumprimento, o acordo poderá ser executado perante o juiz designado, com base no procedimento de execução de sentença regulado pelo Código de Processo Civil e Comercial da Nação.

Na hipótese de chegar à instância executiva, o juiz deverá aplicar a multa estabelecida no art. 45 do Código de Processo Civil e Comercial da Nação.

Art. 13. O Ministério da Justiça da Nação receberá as somas resultantes das multas estabelecidas nos arts. 10 e 12, destinando-as ao Fundo de Financiamento criado por esta lei. Na hipótese do não pagamento das multas estabelecidas, será iniciada a cobrança, por via incidental, através de ações judiciais necessárias, observando-se o procedimento de execução de sentença.

Para esse fim, o Ministério da Justiça atestará a dívida existente e expedirá o certificado respectivo, que terá caráter de título executivo.

Não sendo promovida a ação judicial posteriormente à gestão mediadora, a cobrança da multa estabelecida no art. 10 será efetuada mediante procedimento no juízo executivo.

Art. 14. Se não se chegar a um acordo na Mediação, igualmente se lavrará ata, cuja cópia deverá ser entregue às partes, na qual constará tal resultado.

Neste caso, o reclamante ficará habilitado para iniciar a via judicial correspondente, acompanhando as atas da Mediação.

DO REGISTRO DOS MEDIADORES

Art. 15. Cria-se o Registro de Mediadores, cuja constituição, organização, atualização e administração, será de responsabilidade do Ministério da Justiça da Nação.

Art. 16. Para ser mediador, será necessário possuir título de advogado, e adquirir a capacitação requerida, e demais exigências estabelecidas em regulamento.

Art. 17. Na regulamentação a que alude o artigo anterior, serão estipuladas as causas da suspensão e separação do registro e o procedimento para fins de aplicação de tais sanções. Serão também determinados os requisitos, incompatibilidades, que farão parte do mesmo.

DAS CAUSAS DE IMPEDIMENTO E RECUSA

Art. 18. O mediador deverá declarar-se impedido, sob pena de inabilitação como tal, em todos os casos previstos no Código de Processo Civil e Comercial da Nação para impedimento dos juízes, podendo ser recusado com expressa justificativa pelas partes, conforme o que determina esse Código. Caso o mediador não concorde com a recusa, esta será decidida pelo juiz designado, conforme estabelece o art. 4º, por resolução inapelável.

Nas hipóteses de impedimento e recusa, será realizado imediatamente um novo sorteio.

O mediador não poderá assessorar nem patrocinar qualquer das partes, no prazo de 1 (um) ano contado da data em que cessou sua inscrição no registro estabelecido pelo art. 15. A proibição será absoluta na causa em que haja intervindo como mediador.

DA COMISSÃO DE SELEÇÃO E CONTROLE

Art. 19. É criada a Comissão de Seleção e Controle, com a responsabilidade de emitir a aprovação, em caráter irrevogável, sobre a idoneidade e demais requisitos exigidos para habilitação como aspirantes e mediadores no Registro estabelecido pelo art. 15 da presente lei.

A Comissão terá a seu cargo o controle sobre o funcionamento de todo o Sistema de Mediação.

Art. 20. A Comissão de Seleção e Controle do regime de mediação será constituída por dois representantes do Poder Legislativo, dois do Poder Judiciário e dois do Poder Executivo Nacional.

DA RETRIBUIÇÃO DO MEDIADOR

Art. 21. O mediador receberá, pela tarefa desempenhada na mediação, um valor fixo, cujo montante, condições e circunstâncias serão estabelecidas em regulamento. Este valor será pago pela ou pelas partes, conforme o acordo transacional firmado.

Caso a Mediação fracasse, os honorários do mediador serão pagos pelo Fundo de Financiamento, de acordo com as condições estabelecidas em regulamento.

Para esse fim e, vencido o prazo para o depósito judicial, o Ministério da Justiça promoverá a cobrança por via incidental, mediante procedimento de execução de sentença.

Art. 23. O Ministério da Justiça da Nação poderá estabelecer um regime de gratificações para os mediadores que se tenham destacado por sua dedicação e eficiência no desempenho de seu trabalho.

DO FUNDO DE FINANCIAMENTO

Art. 23. É criado o Fundo de Financiamento para o fim de satisfazer:

- a) O pagamento dos honorários básicos pagos aos mediadores de acordo com o estabelecido pelo art. 21, §2º, da presente lei.
- b) os custos de financiamento do Registro de Mediadores.
- c) Qualquer outro pagamento relacionado com o funcionamento do Sistema de Mediação.

Art. 24. O presente Fundo de Financiamento será composto dos seguintes recursos:

- 1) As importâncias destinadas por rubricas do Orçamento Nacional;
- 2) As restituições dos honorários básicos pagos conforme estabelecido no art. 21, §2º, da presente lei;
- 3) As multas a que se refere o art. 10, §2º, da presente lei.

- 4) A multa estabelecida no art. 12, último parágrafo;
- 5) As doações, legados e toda outra disposição a título gratuito, que se faça em benefício do serviço implementado por esta lei;
- 6) Qualquer outra importância que no futuro seja destinada ao presente fundo.

Art. 25. A administração o Fundo de Financiamento estará a cargo do Ministério da Justiça da Nação, a fim de que promova o recebimento das multas, conforme o procedimento de execução de sentença.

Art. 26. Iniciada a demanda ou a execução do acordo transacional, o juiz dela notificará ao Ministério da Justiça da Nação, a fim de que promova o recebimento das multas, conforme o procedimento de execução de sentença.

Da mesma forma se procederá em relação ao reembolso do honorário básico do mediador, uma vê que se decida pela imposição de custas do processo.

HONORÁRIOS DOS LETRADOS E DAS PARTES

Art. 27. Na falta de convênio, se o ou os peritos intervenientes solicitarem fixação de honorários a serem pagos por seus patrocinados aos mediados, serão aplicadas as disposições constantes da Lei n. 24.432, cuja vigência se manterá por inteiro.

DISOSIÇÕES TRANSITÓRIAS

Art. 28. O sistema de mediação obrigatória começará a funcionar em 180 (cento e oitenta) dias, a partir da promulgação da presente lei, sendo obrigatório o regime para as demandas que se iniciem posteriormente a essa data.

Art. 29. A Mediação suspende o prazo de prescrição, desde que se formalize a apresentação a que se refere o art. 4º.

Art. 30. Fica o Poder Executivo Nacional isento, pelo prazo de 5 (cinco) anos, nos termos a serem estabelecidos em regulamento, das taxas e dos honorários previstos na presente lei.

A obrigatoriedade da Mediação, conforme estabelece o art. 1º, §1º, da presente lei, vigorará por um prazo de 5 (cinco) anos, contados a partir do início de funcionamento do regime de Mediação, de conformidade com o estabelecido no art. 28.

Art. 31. Ficará em suspenso a aplicação do presente regime aos Juizados Federais em todo o âmbito do território nacional, até que se implemente o sistema de cada um deles, das Seccionais Judiciais onde exerçam sua competência.

MODIFICAÇÕES DO CÓDIGO PROCESSUAL CIVIL E COMERCIAL DA NAÇÃO

Art. 32. Modifica o art. 359 do Código de Processo Civil e comercial da Nação, que passa a ter a seguinte redação:

“Art. 359. Contestado o traslado e demanda a reconvenção, sendo o caso, vencidos os prazos para acordo, ressalvada as exceções previstas, e sempre que haja alegado pontos que conduzam ao conflito do que foi alegado no pedido pelas partes, o juiz receberá a causa e promoverá o procedimento do acordo conforme o art. 360.”

Art. 33. Fica alterado o art. 360 do Código de Processo Civil e Comercial da Nação, que passa a ter a seguinte redação:

“Art. 360. Para os fins do artigo precedente, o juiz citará as parte para uma audiência, celebrada em sua presença, sob pena de nulidade, na qual:

1º Fixará, segundo seu critério, os pontos arrolados, que possam conduzir à decisão do juízo, como elementos de prova, e desconsiderará os que entenda impertinentes, de acordo com as citadas peças processuais.

2º Receberá as manifestações das partes, se as tiverem, com referência ao prescrito nos arts. 361 e 362 do presente Código, devendo resolvê-la no mesmo ato.

3º Declarará nessa audiência as provas admissíveis para prosseguimento do processo.

4º Declarará na audiência as provas admissíveis para prosseguimento do processo.

5º Convidará as partes à conciliação”

Art. 34. Incorpora-se como art. 360 bis do Código de Processo Civil e Nacional da Nação, que passa a ter a seguinte redação:

“Art. 360 bis. Conciliação. Sem prejuízo do estabelecido no art. 36, inc. 2, alínea a), na audiência mencionada no artigo anterior, o juiz e as partes poderão propor fórmulas conciliatórias.

Chegando a um acordo conciliatório, será lavrada ata da qual constem em seu conteúdo, a homologação pelo juiz interveniente. Terá efeito de coisa julgada e será executada mediante o procedimento previsto para execução de sentença.

Não havendo acordo entre as partes, na ata se fará constar essa circunstância, sem mencionar suas causas. Os intervenientes não poderão ser interrogados acerca do ocorrido na audiência.”

Art. 35. Incorpora-se como art. 360 ter. do Código de Processo Civil e Comercial da Nação, que passa a ter a seguinte redação:

“Art. 360 ter. Nos Juízos em que os trâmites sejam diferentes, será celebrada, ainda assim, a audiência prevista no art. 360 do Código de Processo Civil e Comercial da Nação, observando-se os prazos estabelecidos para os mesmos.”

Art. 36. Modifica-se o art. 361 do Código de Processo Civil e Comercial da Nação, que passa a ter a seguinte redação:

“Art. 361. Se alguma das partes se opuser à abertura da prova prevista no art. 360 do presente Código, o juiz resolverá o que seja procedente tão logo seja ouvida a contraparte.”

Art. 37. Fica alterado o art. 362 do Código de Processo Civil e Comercial da Nação, que passa a ter a seguinte redação:

“Art. 362. Se na audiência prevista no art. 360 do presente Código, todas as partes manifestarem o fato de que não têm qualquer prova a produzir, ou que esta consista unicamente nos registros do expediente ou da documentação já agregada e não questionada, a causa ficará conclusa em definitivo, e o juiz chamará os autos para sentença.”

Art. 38. Fica alterado o art. 365 do Código de Processo Civil e Comercial da Nação, que passa a ter a seguinte redação:

“Art. 365. Quando, após a contestação da demanda ou reconvenção ocorrer ou chegar ao conhecimento das partes algum fato relacionado com a questão que se ventila, estas poderão alegá-lo até 5 (cinco) dias depois de celebrada a audiência prevista no art. 360 do presente Código.

Do registro das alegações será dado traslado à outra parte, que dentro do prazo para contestá-lo, poderá também alegar outros fatos em contraposição aos novamente alegados. Neste caso, ficará suspenso o prazo de prova até a notificação da resolução que os admita ou os denegue. Nas hipóteses mencionadas no parágrafo precedente, as provas poderão recair também sobre os fatos novamente aduzidos.

O juiz poderá convocar as partes, segundo as circunstâncias do caso, a outra audiência em termos similares ao prescrito no art. 360, do presente Código.”

Art. 39. Fica substituído o art. 367 do Código de Processo Civil e Comercial da Nação pelo seguinte:

“Art. 367. O prazo de prova será fixado pelo juiz, e não excederá a 40 (quarenta) dias. Tal prazo é comum e começará a correr a partir da data de celebração da audiência prevista no art. 360 do presente Código.

Art. 40. Comunique-se ao Poder Executivo Nacional – Alberto R. Pierri – Eduardo Menem – Esther H. Pereyra – Adriana de Pérez Pardo – Juan José Canals.

ANEXO 07 – RELAÇÃO DAS CÂMARAS E CENTROS DE MEDIAÇÃO DO BRASIL

- Assessoria e Apoio à Mediação e Arbitragem Christine Domit, Curitiba-PR;
- Câmara Catarinense de Mediação e Arbitragem – FIESC –, Florianópolis-SC;
- Câmara de Arbitragem da Associação Comercial do Distrito Federal, Brasília-DF;
- Câmara de Arbitragem de Minas Gerais – CAMARB –, Belo Horizonte-MG;
- Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem da Associação Comércio, Indústria, Agropecuária e Serviços de Divinópolis, Divinópolis-MG;
- Câmara de Mediação e Arbitragem de ACIU – CMACIU –, Uberaba-MG;
- Câmara de Mediação e Arbitragem da Associação Comercial do Paraná – ARBITAC –, Curitiba-PR;
- Câmara de Mediação e Arbitragem da Associação Comercial de Criciúma – CMACIC –, Criciúma-SC;
- Câmara de Mediação e Arbitragem da Associação Comercial e Industrial de Chapecó, Chapecó-SC;
- Câmara de Mediação e Arbitragem de Alagoas – CAMEAL –, Maceió-AL;
- Câmara de Mediação e Arbitragem do Acre – CAMAAC –, Rio Branco-AC;

- Câmara de Mediação e Arbitragem do Amazonas – CAMAN –, Manaus-AM;
- Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial de Sergipe, Aracajú-SE;
- Câmara de Mediação e Arbitragem da Associação, Comércio e Indústria do Rio do Sul – ACIRS –, Rio do Sul-SC;
- Câmara de Mediação e Arbitragem de Pernambuco, Recife-PE;
- Corte de Arbitragem do Espírito Santo – CARS –, Vitória-ES;
- Corte de Arbitragem do Estado do Pará, Belém-PA;
- Primeira Corte de Conciliação e Arbitragem, Goiânia-GO;
- Câmara de Mediação e Arbitragem da ACIRS, Rio do Sul-SC;
- Câmara de Mediação e Arbitragem da Associação Comercial e Industrial de Urussanga – CAMACIU –, Urussanga-SC;
- Câmara de Mediação e Arbitragem do Estado de Roraima – CAMARR –, Boa Vista-RR;
- Câmara de Mediação e Arbitragem da Associação Comercial de São Bernardo do Campo – SP –, São Bernardo do Campo-SP;
- Associação Brasileira de Mediadores – ABRAME –, Curitiba-PR;
- Associação de Mediadores e Árbitros do Estado de Santa Catarina, Florianópolis-SC;
- Câmara de Mediação e Arbitragem da Câmara de Indústria, Comércio e Turismo Brasil-México, São Paulo-SP;
- Câmara de Mediação e Arbitragem em Mato Grosso do Sul, Campo Grande-MS;
- Câmara de Mediação e Juizado Arbitral de Marau – CAMEJAM –, Marau-RS;
- Centro Catarinense de resolução de Conflitos, Florianópolis-SC;
- Centro de Mediação e Arbitragem de Resolução Ética de Conflitos do Estado do Rio de Janeiro – MEDIARE –, Rio de Janeiro-RJ;
- Centro de Mediação e Arbitragem do Instituto de Engenharia Legal – IRL/RJ –, Rio de Janeiro-RJ;
- Conselho Arbitral da Bahia – CAB ou Tribunal Arbitral da Bahia –, Salvador-BA;
- Conselho Arbitral do Estado de São Paulo – CAESP –, São Paulo-SP;
- Conselho de Mediação e Arbitragem do Estado do Paraná – COMAPA –, Belém-PA;
- Corte Catarinense de Mediação e Arbitragem, Florianópolis-SC;
- Instituto Nacional de Mediação e Arbitragem – INAMA –, São Paulo-SP;
- Primeira Câmara de Mediação e Juízo Arbitral de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto-SP;
- Corte de Mediação e Arbitragem de Santos, Santos-SP;
- Organização de Mediação e Arbitragem – MEDIAR –, Porto Alegre-RS;

- Sétima Corte de Conciliação e Arbitragem de Goiânia, Goiânia-GO;
- Tribunal Arbitral de Santo Ângelo e Missões – TASAM –, Santo Ângelo-RS;
- Tribunal Arbitral de São Paulo, São Paulo-SP;
- Tribunal Arbitral do Nordeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí-RS;
- Tribunal de Mediação e Arbitragem de Chapecó, Capecó-SC;
- Tribunal de Mediação e Juizado Arbitral da região Centro do Rio Grande do Sul – TMJA-RCRS –, Santa Maria-RS;
- Tribunal de Mediação e Juizado Arbitral de Sarandi – CAMEJAS –, Sarandi-SC.

ANEXO 08 – MODELO DE CARTA DE SOLICITAÇÃO DE COMPARECIMENTO

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA – NPJ
ESCRITÓRIO EXPERIMENTAL
SERVIÇO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - SAJ**

Solicitante: _____

Ao (a)

Sr. (a): _____

Endereço: _____

Do: Escritório Experimental do núcleo de Prática Jurídica da FDV.

SOLICITAÇÃO DE COMPARECIMENTO

Prezado(a) Senhor(a),

Solicitamos o seu comparecimento a este Escritório Experimental localizado na Rua: Dr. João Carlos de Souza, nº 729, Santa Luíza, Vitória-ES (*Rua da Rádio Espírito Santo*), no dia __/__/__, às __:__ h.

(síntese dos fatos)

Informamos que o comparecimento de V. S^a é de suma importância.

Certos de contarmos com a sua compreensão, subscrevemo-nos.

Atenciosamente,

ESCRITÓRIO EXPERIMENTAL DO NPJ/FDV

ANEXO 09 – MODELO DE COMPROMISSO DE MEDIAÇÃO

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA – NPJ
ESCRITÓRIO EXPERIMENTAL
SERVIÇO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - SAJ**

TERMO DE COMPROMISSO

Por meio deste termo de compromisso de mediação, que celebram entre si o Sr. _____ (qualificação) e a Sra. _____ (qualificação), doravante denominados **MEDIADOS**, o(a) Sr.(a) _____ (qualificação), e o(a) Sr.(a) _____ (qualificação), doravante denominado **MEDIADOR(A)** e **CO-MEDIADOR(A)**, fica acordado o seguinte:

CLÁUSULA PRIMEIRA – Os mediados, por livre e espontânea vontade, nomeiam o mediador para que este conduza o processo de mediação entre elas, podendo os mediados, a qualquer tempo, desistir do processo.

CLÁUSULA SEGUNDA – Caso o mediador constate a impossibilidade e solucionar o conflito através de mediação, poderá declinar do processo, a qualquer tempo.

CLÁUSULA TERCEIRA – Os signatários deste documento ficam cientes de que tudo que for dito, bem como qualquer documento apresentado ou produzido durante as sessões de mediação será mantido em absoluto sigilo.

CLÁUSULA QUARTA – Os mediados concordam em não arrolar o mediador e co-mediador como testemunha ou informante em qualquer procedimento judicial ou extrajudicial que verse sobre o conflito mediado.

CLÁUSULA QUINTA – As sessões serão realizadas na presença de todos os mediados e do mediador, podendo, entretanto, a critério do mediador, ocorrerem sessões em separado.

§ 1º O que for dito nas sessões em separado somente poderá ser revelado à outra parte com o consentimento expresso do mediado ouvido.

§ 2º No caso do mediador optar pela realização de sessões individuais, este deverá ouvir todos os mediados individualmente.

CLÁUSULA SEXTA – Os mediados poderão estar acompanhados por seus advogados, sendo que nenhuma outra pessoa poderá participar das sessões sem a concordância dos mediados e a autorização do mediador.

CLÁUSULA SÉTIMA – O mediador não poderá favorecer a nenhuma dos mediados e estes darão a conhecer que foram advertidos a procurarem orientação legal quanto aos seus direitos antes de firmarem qualquer acordo.

CLÁUSULA OITAVA – Em hipótese alguma haverá cobrança de honorários.

CLÁUSULA NONA – As sessões serão realizadas sempre na Rua: Dr. João Carlos de Souza, nº 729, Santa Luíza, Vitória-ES (*Rua da Rádio Espírito Santo*).

CLÁUSULA DÉCIMA – O procedimento de mediação a que estão se submetendo as partes não é oficial, entretanto está sendo realizado de forma experimental nesta Instituição, com a garantia de que a atuação do mediador e co-mediador é idônea e imparcial.

E por estarem justos e acordados, cientes de seus direitos e obrigações, firmam o presente termo de compromisso de mediação, em 01 (uma) via, na presença de 02 (duas) testemunhas.

Vitória (ES), __, de _____, de 2008.

Mediador(a): _____

Co-mediador(a): _____

Mediado 1: _____

Mediado 2: _____

Testemunha 1: _____

Testemunha 2: _____

ANEXO 10 – MODELO DE TERMO FINAL DE MEDIAÇÃO

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA – NPJ
ESCRITÓRIO EXPERIMENTAL
SERVIÇO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - SAJ**

Aos ___ de ____ do ano de 2008, às __:__ h, reuniram-se neste Escritório Experimental, sediado na Rua: Dr. João Carlos de Souza, nº 729, Santa Luíza, Vitória-ES (*Rua da Rádio Espírito Santo*), o Sr. _____ (qualificação) e a Sra. _____ (qualificação), para a realização de Sessão de Mediação.

Nesta ocasião, mediou-se a situação apresentada da seguinte forma:

(síntese dos fatos)

Por livre e espontânea vontade os mediados estabelecem o seguinte acordo:

(apresentação dos termos do acordo)

Por ser verdade, assinam o presente termo as partes mediadas, bem como o mediador, acompanhados de 02 (duas) testemunhas.

Mediador: _____

Co-mediador(a): _____

Mediado 1: _____

Mediado 2: _____

Testemunha 1: _____

Testemunha 2: _____