

**XIII Congreso Nacional y III Latinoamericano de Sociología Jurídica
“Debates socio-jurídicos en torno a los cambios sociales en Latinoamérica”**

**Universidad Nacional de Río Negro, Sede Atlántica – SASJU
Escuela de Humanidades y Estudios Sociales
Carrera de Abogacía**

Viedma, Río Negro, Argentina, 8, 9 y 10 de noviembre de 2012

**MEDIACIÓN, UN INSTRUMENTO DE ACCESO A LA JUSTICIA: EXPERIENCIAS
ARGENTINA Y BRASILEÑA.**

**MEDIAÇÃO, UM INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA: EXPERIÊNCIAS
ARGENTINA E BRASILEIRA**

Cibeli Freitas Serafim Ambrosio¹
Paula Faria Freitas²
Giselle Picorelli Yacoub³
Delton R. Soares Meirelles⁴

Comisión 6 - Organización Judicial. Acceso a la justicia.

Resumen

En el inicio de la década de los 90, después del Poder Judicial Argentino pasar por diversas crisis, causadas, sobre todo, por la sobrecarga de los Tribunales, iniciaron en este país, clamores para la institución de medios alternativos para la solución de conflictos. En respuesta, fue implementada la mediación, técnica nueva a la tradicional estructura judicial hasta entonces pautada en la lógica adversarial y centrada en la figura del juez, integrada a las políticas públicas de Acceso a la Justicia.

En este paso, la mediación surge como un mecanismo de deconstrucción de conflictos, posibilitando el diálogo y la cooperación de las partes, promoviendo así, el acceso a Justicia en su forma más eficaz, que es la gestión y, posible, solución efectiva del conflicto.

Busca reconocer y analizar el litigio, promoviendo el diálogo entre las partes y construyendo un consenso, como fruto de la acción comunicativa auxiliada por el mediador y legitimado por las partes durante el procedimiento.

Así, este artículo analizará los sistemas argentino y brasileño de mediación, evaluando si su implantación se inserta en las políticas públicas judiciales garantizando efectividad.

Palabras-clave: Mediación; Acceso a la Justicia; Políticas públicas; Argentina; Brasil.

¹ Bacharelada em Direito na Universidade Federal Fluminense. Pesquisadora do Laboratório Fluminense de Estudos Processuais — LAFEP. (cibeliambrosio@gmail.com)

² Bacharelada em Direito na Universidade Federal Fluminense. Pesquisadora do Laboratório Fluminense de Estudos Processuais — LAFEP. (paula.ffreitas@hotmail.com)

³ Professora assistente do departamento de Direito Privado da Universidade Federal Fluminense. Mestranda pelo Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense PPGSD/UFF, linha de pesquisa: *Acesso à justiça e crítica das instituições político-jurídicas*; bolsista CAPES. Pesquisadora do LAFEP/UFF (Laboratório Fluminense de Estudos Processuais da Universidade Federal Fluminense) – Niterói/RJ. (gisellepicorelli@hotmail.com)

⁴ Coordenador de graduação e professor adjunto do departamento de Direito Processual da Universidade Federal Fluminense (SPP/UFF). Coordenador do Laboratório Fluminense de Estudos Processuais (LAFEP/UFF). Doutor em Direito (UERJ). (delton@vm.uff.br)

Resumo

No início da década de 90, após o Poder Judiciário Argentino passar por diversas crises, causadas, sobretudo, pela sobrecarga dos Tribunais, começou-se, neste país, clamores para a instituição de meios alternativos para solução de conflitos. Em resposta, foi implementada a mediação, técnica nova à tradicional estrutura judicial até então pautada na lógica adversarial e centrada na figura do juiz, integrada às políticas públicas de Acesso à Justiça.

Neste passo, a mediação surge como um mecanismo de desconstrução de conflitos, possibilitando o diálogo e a cooperação das partes, promovendo assim, o acesso à Justiça na sua forma mais eficaz, que é o gerenciamento e, possível, solução efetiva do conflito.

Busca reconhecer e analisar o litígio, promovendo o diálogo entre as partes e construindo um consenso, como fruto da ação comunicativa auxiliada pelo mediador e legitimado pelos mediados durante o procedimento.

Assim, este paper analisa os sistemas argentino e brasileiro de mediação, avaliando se sua implantação insere-se nas políticas públicas judiciárias garantindo efetividade.

Palavras-chave: Mediação; Acesso à Justiça; Políticas públicas; Argentina; Brasil.

INTRODUÇÃO

A busca pelo pleno acesso à Justiça tem sido um desafio para a sociedade atual. Assim como a efetivação dos direitos, o acesso à Justiça também tem sido incansavelmente perseguido por aqueles que acreditam no aperfeiçoamento da prestação jurisdicional e na essência do termo justiça, sendo de grande relevância em virtude das reformas estatais judiciárias na América Latina nos últimos anos.

Contudo, barreiras existem e têm sido combatidas há algum tempo através das reformas e propostas de mudança quando da atuação e aplicação do Direito.

Neste passo, mediação surge como um mecanismo de desconstrução de conflitos, uma forma de heterocomposição, possibilitando o diálogo e ampliação da compreensão das partes em dissonância com a transformação da situação adversarial em uma situação de cooperação, promovendo assim, o acesso à Justiça na sua forma mais eficaz, que é o gerenciamento e, possível, solução efetiva do conflito, resposta tão almejada pela sociedade e pelo próprio Direito.

1 - MEDIAÇÃO COMO FORMA DE ACESSO À JUSTIÇA: UMA NOVA PERSPECTIVA

O litígio, como elemento integrante da sociedade, sempre permeou a vida humana. O Poder Judiciário, órgão responsável por apresentar respostas aos conflitos - através de decisões judiciais que determinam de quem é o direito em disputa - nem sempre consegue abarcar e dissolver todos os litígios decorrentes das relações interpessoais.

Na atualidade estamos diante do fenômeno chamado por Kazuo Watanabe de “cultura da sentença. Os juízes preferem proferir sentença ao invés de tentar conciliar as partes para a obtenção da solução amigável dos conflitos. Sentenciar, em muitos casos, é mais fácil e mais cômodo do que

pacificar os litigantes e obter, por via de consequência, a solução dos conflitos”.⁵

Ademais, junto a esta cultura da sentença, o judiciário vivencia aguda crise e apresenta contumaz ineficácia da tutela prestada. A mudança de mentalidade é premente, devendo-se buscar outros meios de abordagem dos conflitos, sejam estes meios extra ou intrajudiciais.

Nesta direção, a utilização de meios alternativos de solução de conflitos⁶ – um sistema multiportas⁷ de acesso à Justiça – vem ganhando espaço na abordagem dos conflitos, por possibilitar uma forma mais adequada quando do em certas questões em debate. Este sistema permite a utilização de variados métodos de resolução de conflitos, ampliando as possíveis vias para adequação na busca pelos direitos.

Dentre tais meios alternativos, a mediação tem se destacado como instrumento de gerenciamento de conflitos, pois objetiva o reconhecimento do litígio, sem negá-lo, e, a partir desta premissa, o desenvolver de um procedimento que poderá gerar uma solução e conseqüente dissolução do litígio. Vale destacar que tal consenso será idealizado e construído pelas partes envolvidas, através da comunicação e do diálogo esclarecido, com o auxílio de um terceiro imparcial – o mediador.

Vale destacar que, quando nos referimos à expressão “acesso à Justiça”, não se pretende apenas um acesso formal das pessoas aos órgãos jurisdicionais, mas também um acesso real, mais amplo, com a efetivação dos direitos e eficácia das normas vigentes, pois acesso à Justiça é bem diferente de acesso ao Judiciário.

Ao analisarem o tema, Cappelletti e Garth notaram que o processo evolutivo relacionado à tentativa de superação dos obstáculos à efetividade do acesso à Justiça se assenta em três grandes movimentos, denominados ondas renovatórias do acesso à Justiça.

Entre os aspectos relevantes neste estudo, a terceira onda renovatória do direito de acesso à Justiça é de extrema importância, pois promove a constatação da necessidade de que o procedimento seja adequado ao direito material que se pretende tutelar, a fim de que a tutela a ser conseguida por meio dele possa se mostrar satisfatória, conforme visto anteriormente.

⁵ WATANABE, Kazuo. *A mentalidade e os meios de solução de conflitos no Brasil*, in: *Mediação e Gerenciamento do Processo*. Ada Pellegrini Grinover; Kazuo Watanabe e Caetano Lagrasta Neto (coord.) São Paulo: Atlas, 2007, p. 07.

⁶ A opção pelo termo “meios alternativos de solução de conflitos” é decorrente da própria finalidade dos instrumentos utilizados, da alternatividade à atuação tradicional do Poder Judiciário e da busca pela dissolução da litigiosidade existente naquela relação. Contudo, existe divergência quanto à nomenclatura mais apropriada, sendo utilizado “meios alternativos de resolução de controvérsias”, “métodos alternativos”, mais recentemente “meios adequados de solução de conflitos”, e “métodos consensuais de resolução de conflitos”, conforme o nome do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Resolução de Conflitos – NUPEMEC, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

⁷ O termo sistema multiportas foi cunhado por Frank Sander (Multi-door Courthouse) em 1985, para designar a possibilidade de oferta e escolha de diferentes métodos de resolução de conflitos integrados ao Judiciário, in ALMEIDA, Tânia. *Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas*, in: *Mediação de conflitos*. Paulo Borba Casella e Luciane M. de Souza (coord.), Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.94. Insta salientar que tal termo, apesar de, originariamente, ser utilizado ao se tratar de métodos judiciais, entendemos perfeitamente possível a utilização de uma interpretação mais ampla, permitindo o uso também ao tratarmos de métodos extrajudiciais de resolução de conflitos por permitir o acesso à Justiça como efetivação de direitos.

Isto significa dizer que o sistema jurídico, numa perspectiva mais ampla⁸, precisa proporcionar muito mais do que o acesso formal do cidadão ao Poder Judiciário, tal sistema deve também gerar resultados direcionados às demandas apresentadas, oferecendo meios adequados de abordagem das relações conflituosas, permitindo um acesso com efetividade, promovendo a dissolução do embate e a pacificação social.

Nesta direção, um procedimento que respeite e promova o diálogo, devolvendo às partes envolvidas na disputa o protagonismo sobre suas decisões, está diretamente relacionado ao respeito à dignidade do homem, pois leva em consideração o indivíduo como sujeito social, dentro de suas perspectivas e peculiaridades.

Assim, a expressão *acesso à justiça*⁹ deve possuir dupla finalidade, não apenas de acesso ao sistema jurídico, como também produzir resultados socialmente justos. É nesta última finalidade que a mediação¹⁰ tem ação direta, pois proporciona um resultado que atende à demanda social de restabelecimento do equilíbrio das relações familiares.

A palavra mediação evoca o significado de centro, de meio, de equilíbrio, compondo a ideia de um terceiro elemento que se encontra entre as duas partes, não sobre, mas entre elas. Nesse sentido, a mediação é vista como um processo em virtude do qual um terceiro (o mediador) ajuda os participantes em uma situação conflituosa a tratá-la, o que se expressa em uma solução aceitável e estruturada de maneira que permita ser possível a continuidade das relações entre as pessoas envolvidas no conflito.

Trata-se de uma gestão ativa de conflitos pela catálise de um terceiro através de uma técnica mediante a qual são as partes mesmas imersas no conflito quem tratam de chegar a um acordo com a ajuda do mediador, terceiro imparcial que não tem faculdades de decisão.¹¹

Roberto Portugal Bacellar define mediação como “técnica lato senso que se destina a aproximar pessoas interessadas na resolução de um conflito a induzi-las a encontrar, por meio de uma conversa, soluções criativas, com ganhos mútuos e que preservem o relacionamento entre elas”¹².

⁸ Vale ressaltar que quando falamos em sistema jurídico não nos referimos minimamente ao Poder Judiciário, à instituição estatal. Sistema jurídico, nesta perspectiva mais ampliada, comporta todo o arcabouço normativo das relações sociais dentro de determinada coletividade, incluindo a normatização, judicial e extrajudicial, do balizamento das relações sociais.

⁹ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p.08.

¹⁰ Neste ponto importante destaque: a mediação como meio de gerenciamento de conflitos sociais inserida no sistema jurídico não significa um procedimento judicial. A mediação pode e deve ser utilizada, principalmente, fora dos tribunais, como instrumento extrajudicial de dissolução de litígios, como um procedimento a ser realizado antes mesmo do processo judicial. Porém, nada impede sua aplicação durante o curso do processo, como um procedimento intrajudicial integrante do sistema jurídico.

¹¹ BOLZAN DE MORAIS, José Luis e SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem – Alternativas à jurisdição*. 2ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

¹² BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados especiais – a nova mediação paraprocessual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.174.

A função do mediador passa pela facilitação do diálogo entre as partes para que estas discutam suas diferenças e interesses comuns para que reflitam juntas sobre o leque de possibilidades que levem à solução mutuamente aceitável do conflito.

O processo de mediação conta com características essenciais como a confidencialidade, a imparcialidade do Mediador, independência, a boa-fé das partes, a voluntariedade das partes, tendo como elemento central o conflito de interesses.

A mediação tem grandes chances de por fim verdadeiramente ao conflito, na medida em que “(...) um consenso, fruto da composição amigável, tem mais chance de ser cumprido pelas partes do que uma decisão judicial imposta. Isto porque no acordo construído pelas partes, cada um tem consciência e aceita sua parcela de responsabilidade legitimamente. Não há perdedor e vencedor, a litigiosidade foi desfeita através do diálogo e cooperação, da ação comunicativa - restaurada pela mediação.”.¹³

Vale ressaltar que quando as partes optam pela Mediação permitem que a solução seja encontrada diretamente por estas sem a intervenção arbitrária de um terceiro. É mais recomendada para conflito entre pessoas que possuam um relacionamento permanente e significativo, no qual a resolução daquela controvérsia pontual faz-se imprescindível para o prosseguimento da relação.

2 – A MEDIÇÃO SOB UMA DA VISÃO COMPARADA: A EXPERIÊNCIA ARGENTINA

Começou-se na Argentina, no início da década de 1990, clamores para a instituição da mediação como forma alternativa para solução de conflitos. Mais especificamente, no ano de 1992, através do Decreto nº 1.480, foi declarado, oficialmente, como interesse nacional, a implementação do instituto, sendo, para tanto, recomendado a criação de um plano nacional de mediação.¹⁴

Em resposta, foi criado o Centro de Mediadores, sob a coordenação do Ministério da Justiça, formado por advogados treinados para exercer essa função e implantado a mediação em alguns juízos civis, com a finalidade de ser um observatório antes que houvesse uma legislação que tornasse obrigatório este instituto.

A normatização desse método participativo de solução de conflitos ocorreu em 1995 com a Lei Federal nº 24.573 que criou um programa piloto para a instituição da mediação como uma etapa prévia e obrigatória a todos os processos e foi regulamentada por meio do Decreto nº 91/98.

Por tratar da implantação de uma técnica nova à tradicional estrutura judicial – até então pautada na lógica adversarial e centrada na figura do juiz - estabeleceu-se que a referida lei teria um prazo de vigência de cinco anos, abrangendo, assim, o período de maio de 1996 a maio de 2006.

¹³ MARQUES, Giselle Picorelli Yacoub e MASCARENHAS, Fabiana Alves. *A mediação como instrumento de acesso à justiça nos conflitos familiares*. In: Anais do XX Conpedi – Vitória, pág. 11457. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/anais/XX_congresso/Integra.pdf. Acesso em: maio de 2012.

¹⁴ BERNASCONI, Ana. *Guía Práctica Profesional: La mediación* – 1ª Ed. Buenos Aires: Estudio, 2008. Pág. 16.

Entretanto, este prazo foi renovado por mais cinco anos com a Lei nº 25.287 de 2000, e novamente, estendido, dessa vez por dois anos, com a Lei nº 26.094 de 2006.

Todavia, no ano de 2010, foi promulgada a Lei nº 26.589, que revogou os artigos 1º a 31 da Lei nº 24.573, assim como a Lei nº 25.287 e a Lei nº 26.094, sendo hoje, a legislação base, que rege esse instituto na nação argentina. Tal regramento, atualmente, tem sua regulamentação por meio do Decreto nº 1.467/2011.

Verifica-se, portanto, que a legislação federal que instituiu a mediação na Argentina já completou seu décimo sétimo aniversário, sendo constantemente atualizada e consolidada por reformas legislativas que ocorreram ao longo dos anos.

No entanto, cumpre salientar que poucas foram as considerações doutrinárias tecidas acerca da Lei nº 26.589, recentemente instituída. Por isso, neste tópico será descrito o tratamento conferido à mediação na Argentina, bem como pontuadas as mudanças trazidas pelo novo regramento.

2.1 – Da Instituição da Mediação na Argentina

O grande marco na normatização da medição na Argentina é, sem dúvidas, a Lei nº 24.573, sancionada em 04 de outubro de 1995. Esse diploma legislativo estabeleceu uma nova dinâmica para Poder Judiciário ao instituir a mediação obrigatória antes que se inicie a demanda judicial. Isso porque, além de representar uma autonomia que foi conferida às partes para solucionarem seus conflitos através de um diálogo direito; passou a ser, em verdade, um requisito de admissibilidade da ação.

Contudo, como adverte a douta doutrina sobre o tema, a mediação deve ser aplicada apenas nas hipóteses que se entende útil. Pautando-se nisso, preocupou-se o legislador argentino em estabelecer inicialmente, no bojo da Lei nº 24.573, casos excepcionais à obrigatoriedade da mediação. No rol das exceções encontravam-se, por exemplo, as ações penais, ações de separação e divórcio, ações de declaração de incapacidade e reabilitação, causas que o Estado Nacional ou suas entidades descentralizadas sejam parte, *habeas corpus*, medidas cautelares e ações trabalhistas.¹⁵

Como justificativa a estas ressalvas, afirmar-se que a mediação não pode ser eficaz em situações em que as partes não tenham liberdade para transigir, ou quando estão graus de hierarquias distintos, como nas ações trabalhistas que envolvem empregados e empregadores.

¹⁵ Rol completo encontra-se no artigo. 2º, da Lei 24.573 de 1995- “Art.2.- El procedimiento de la mediación obligatoria no será de aplicación en los siguientes supuestos: 1. Causas penales; 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, *habeas 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.

Existiam, ainda, casos em que o autor poderia optar pela utilização da mediação, conforme determinava o artigo 3º Lei nº 24.573, “*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.*”

É importante mencionar que, para Ana M. Bernasconi, a obrigatoriedade a que se refere a legislação ora em análise foi importante na sociedade argentina para implementação da mediação como etapa prévia a fase processual. Contudo, submeter o conflito existente às técnicas da mediação é um caso de voluntariedade, ou seja, embora a lei a imponha como uma fase imprescindível será uma opção das partes envolvidas permanecer ou não na mediação.¹⁶

Constatada ser uma hipótese de utilização de mediação, sem mais delongas, o texto da lei passa para descrição de um procedimento que deve ser fielmente observado para que esse método extrajudicial tenha êxito.

Desse modo, durante a vigência da Lei nº 24.573, o reclamante formalizava sua pretensão perante o órgão competente para a recepção de expedientes através de um formulário. O aludido órgão realizava os expedientes necessários para a designação de mediador, que, após ter ciência de sua nomeação, teria o prazo de 10 dias para marcar uma audiência entre as partes. Ademais, as partes tinham a faculdade de procurar o mediador antes da data da audiência com o intuito de fazer conhecido o alcance de suas pretensões.

Insta dizer que no processo de mediação, poder-se-ia solicitar a intervenção de um terceiro se entendesse necessário. Tanto as partes, quanto os terceiros, poderiam ser convocados para todas as audiências que o mediador compreendesse necessárias para o sucesso da mediação durante o prazo de 60 dias, marco temporal estabelecido na Lei nº 24.573 para as causas que obrigatoriamente deveria ser submetidas à instituição mediadora, ou 30 dias, nas hipóteses em que a adoção desse instituto era facultativa.

Neste ponto, cumpre esclarecer que todas as atuações do mediador sempre foram confidenciais, havendo necessidade poderiam ser efetuadas sessões com as partes em separado, sempre mantendo o cuidado de ser imparcial, não incluindo valores e crenças próprias à demanda, e equidistante das partes, o que engloba tanto tratar com simetria todos os envolvidos, quanto lhes conferir igualdade de oportunidades.¹⁷

Deve-se consignar que, marcada a audiência, e não comparecendo, injustificadamente, uma das partes ou o terceiro chamado ao procedimento, prevê a lei que o ausente pagará uma multa equivalente ao valor do pagamento de dois honorários a que fazia jus o mediador na demanda em questão.

¹⁶ BERNASCONI, Ana M. *Guía Práctica Profesional: La mediación* – 1ª Ed. Buenos Aires: Estudio, 2008. Pág. 23.

¹⁷ Idem, p.31.

Uma vez que a mediação lograsse êxito, o resultado positivo deveria ser reduzido a termo, resultando na produção de um acordo, lavrado e assinado pelas partes, por seus advogados e pelo mediador. Na hipótese do mesmo não ser cumprido, o acordo poderia ser executado perante o juiz pautando-se no procedimento de execução de sentenças previsto no Código de Processo Civil e Comercial da Nação Argentina, cabendo, inclusive, a aplicação de multa pelo magistrado segundo as regras da processualista deste país.

Caso contrário, não se conseguindo o almejado com a mediação, uma ata também seria lavrada certificando que, embora tenham ocorrido tentativas para uma resolução colaborativa, elas não foram eficazes. Com esse termo, a parte, encontrava-se habilitada para procurar a tutela jurisdicional.

Por fim, salienta-se que a Lei nº 24.573 estabeleceu, ainda, uma Comissão de Seleção e Controle constituída por seis membros, sendo dois representantes de cada um dos poderes, legislativo, executivo e judiciário. Entre suas responsabilidades encontramos: a avaliação dos aspirantes ao cargo de mediador, que devem ser necessariamente advogados, necessitando realizar treinamentos teóricos e práticos em mediação e aprovação em exame escrito e oral aplicado pelo Ministério da Justiça, e a administração do funcionamento de todo o Sistema de Mediação.

Outrossim, criou a mencionada legislação um Fundo de Financiamento, cuja administração competia ao Ministério da Justiça da Nação, com o objetivo de: pagar os honorários dos mediadores quando o acordo não fosse percebido; custear os gastos com a manutenção do Registro de Mediadores; e demais despesas para a funcionamento do sistema de mediação.

A doutrina afirmava que a lei em comento tinha como propósito apenas solucionar a crise que passava o Poder Judiciário Argentino, causada, sobretudo, pela sobrecarga dos Tribunais.

Todavia, apesar das críticas, não podemos negar, pelo exposto, que a Lei nº 24.573 representa um marco histórico na implementação da mediação na Argentina. Pela primeira vez, através das vias legislativas, este instituto foi regulamentado, cunhando uma nova perspectiva para conflitos da sociedade argentina e servindo como modelo para a construção de regulamentações sobre mediação em toda a América Latina.

2.2 – Considerações sobre as mudanças instituídas com a Lei nº 26.589/10

O moderno sistema de mediação na Argentina estabelecido com a promulgação da lei nº 26.589 surge na tentativa de amadurecer o instituto que após alguns anos necessitava ser atualizado para comportar as mudanças sociais que ocorreram e garantir efetividade em sua utilização.

O novo diploma legal aumentou seu âmbito de atuação, agora, os seus sessenta e quatro artigos versam, expressamente, sobre: os princípios norteadores da mediação, a mediação familiar, a prescrição e caducidade, a mediação gratuita, dentre outros temas que serão aqui abordados.

Basicamente, a nova lei extraiu que havia de melhor na Lei nº 24.573 e, suprimindo suas lacunas, passou a melhor atender as finalidades para qual foi criada.

Inicialmente, o texto legal define como objeto da mediação a busca por uma comunicação direta entre as partes para uma solução colaborativa entre elas. Pretende-se que os envolvidos tenham voz ativa na resolução da lide que os permeia, além de responsabilidade sobre o que foi acordado, não deixando, apenas, nas mãos do juiz o poder decisório. A mediação como um meio de composição de conflito é vista com tanta seriedade neste país que o acordo produzido por meio dela tem força de coisa julgada entre as partes e poderá ser executada caso não seja cumprido.

Além disso, a Lei nº 26.589 determina que a mediação prévia é um requisito de admissibilidade das demandas judiciais. Dessa maneira, o processo deverá ser acompanhado de ata expedida e assinada pelo mediador, comprovando que as partes buscaram, embora sem sucesso, compor o conflito extrajudicialmente.

Em verdade, se, por um lado, a nova lei passa a especificar como será a ata de mediação, o que não havia no diploma passado, por outro, o rol com as controvérsias que são alvo do processo mediatório continua, praticamente, o mesmo, sem grandes alterações.

Um dos grandes destaques da nova regulamentação está no artigo 7^a, no qual estão descritos os princípios norteadores da mediação. Diferentemente do texto anterior em que só estavam indicados os princípios da confidencialidade e da neutralidade, o legislador optou por elencar, em oito alíneas, um rol de normas que passaram a caracterizar os valores fundamentais deste instituto.

Ao analisar os mencionados princípios, nota-se o perfil que a mediação assume na Argentina e como o mediador deve atuar diante das vicissitudes do caso concreto, pelo que cabe citar na íntegra o artigo, tendo em vista que se fosse resumido ou reformulado poder-se-ia correr o risco de perder o seu valor:

El procedimiento de mediación prejudicial obligatoria se ajustará a los siguientes principios: a) Imparcialidad del mediador en relación a los intereses de las partes intervinientes en el proceso de mediación prejudicial obligatoria; b) Libertad y voluntariedad de las partes en conflicto para participar en la mediación; c) Igualdad de las partes en el procedimiento de mediación; d) Consideración especial de los intereses de los menores, personas con discapacidad y personas mayores dependientes; e) Confidencialidad respecto de la información divulgada por las partes, sus asesores o los terceros citados durante el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria; f) Promoción de la comunicación directa entre las partes en miras a la búsqueda creativa y cooperativa de la solución del conflicto; g) Celeridad del procedimiento en función del avance de las negociaciones y cumplimiento del término fijado, si se hubiere establecido; h) Conformidad expresa de las partes para que personas ajenas presencien el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria. (Art. 7º, Lei 26.589)

Verifica-se, assim, que tais princípios, os quais deverão ser informados àqueles que se submetem à mediação, formam o alicerce de todo o sistema mediatório.

Num outro giro percebemos a grande atenção que a lei conferiu à formação dos mediadores. A função de mediador continua restrita ao advogado que deve cumprir alguns requisitos, a saber: possuir mais de três anos de antiguidade na matrícula, comprovar a capacitação exigida em regulamentação específica, ser aprovado em exame de idoneidade, estar com a inscrição em dia no Registro Nacional de Mediação. Ademais, permitiu que os advogados fossem auxiliados por profissionais assistentes, com formação em outros campos afins a disciplina objeto do conflito.

Cumpra salientar que os assistentes nunca atuarão sozinhos, são tidos como cooperadores da mediação, cabendo exclusivamente ao advogado os encargos conferidos tanto por regulamentação legal quanto por regulamentação administrativa aos mediadores.

Importante aduzir que a legislação em análise estabeleceu um rol de hipóteses em que a mediação suspenderá o prazo de prescrição e caducidade, que devem ser observados pelas partes, entretanto, nos casos em que a mediação for proposta pelo requerente, os prazos são contados unicamente contra aquele a quem se dirige a notificação.

Todavia, o ponto alto da legislação foi a inclusão da mediação familiar e da mediação gratuita. Verificava-se, até então, que o sistema anterior não atendida de forma efetiva aos casos levados rotineiramente à mediação, o que tornava extremamente difícil a solução dessas lides por meio de métodos alternativos de resolução de conflito.

No que tange a mediação familiar, o ordenamento jurídico passou a abranger nesse sistema cooperativo as controvérsias patrimoniais ou extrapatrimoniais originadas das relações de família, e ainda, as que envolvem interesses de seus membros ou relacionadas a manutenção do vínculo matrimonial, deixando apenas de fora da mediação as restrições feitas no artigo 5º, alínea b, do fundamento legal ora em análise.

Acredita-se que a mediação pode ser um instrumento altamente eficaz no contexto familiar. Por se tratar de uma instituição jurídico-social, a mediação familiar, ao buscar desconstruir um discurso de combate e formar um diálogo colaborativo, permite a reconstrução da relação social familiar, pois se sabe que são vínculos que se permaneceram após o fim da atuação jurisdicional.

Em relação à mediação gratuita prevê a Lei nº 26.589, em seu artigo 36, que àqueles que não dispõem de recursos financeiros e fizerem prova da condição de hipossuficiência poderão solicitar o serviço público de mediação nos centros de mediação do Ministério da Justiça, Segurança e Direitos Humanos.

É importante destacar que a inclusão da mediação gratuita representa, sem dúvida, a concretização do princípio de acesso à Justiça. Quando o legislador argentino opta por constituir a mediação prévia e obrigatória como um requisito de admissibilidade das demandas judiciais, não o quis restringir o referido direito; ao contrário, buscou, sobretudo, alcançar a justiça em seu significado essencial, substantivo, de maneira que os conflitos fossem solucionados de forma

pacífica e definitiva, utilizando a mediação como um instrumento de transformação social.

3 – A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA: OS MEIOS ALTERNATIVOS

Conforme demonstrado, as divergentes, e cada vez mais complexas, necessidades sociais têm exigido do Poder Judiciário um papel singular, como nos mostra o compromisso internacional assumido pelo Brasil em 1998 junto aos Supremos Tribunais de Justiça Ibero-Americanos em Caracas, com o objetivo principal de modernização da administração da Justiça, como sugerido pelos Chefes de Estado e de Governo Ibero-Americanos na Declaração de Margarita em novembro de 1997.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro, representado pelo Ministro Carlos Mário Velloso, na época Vice-Presidente da Corte, com os demais representantes das Cortes Supremas dos demais países, após concluírem que a crise de nossas sociedades é a crise de nossas próprias instituições e enfatizarem a importância da independência e autonomia do Poder Judiciário como instrumento de garantia dos direitos humanos; ressaltando, que ações conjuntas, como intercâmbio recíproco de experiências e informações, devem ser adotadas entre as nações, subscreveram compromisso cujo teor é o seguinte:

As Cortes e Supremos Tribunais Ibero-americanos presentes nesta Reunião de Cúpula, conscientes da importância de garantir de maneira eficaz o acesso à Justiça, reconhecemos a necessidade de promover mecanismos alternos de resolução de conflitos através das seguintes políticas:

Promover a utilização dos mecanismos alternos de resolução de conflitos.

As Cortes e Supremos Tribunais deverão estabelecer o âmbito de aplicação dos mecanismos de solução alterna de conflitos.

Realizar as políticas mediante as seguintes ações:

1. Elaborar projetos relacionados com a tipificação dos assuntos que devem ser submetidos aos mecanismos alternos na resolução de conflito.
2. Elaborar um estudo de custos econômicos e da oportunidade dos mecanismos de solução alterna de conflitos.
3. Avaliar a eficiência da conciliação, da resolução de controvérsias em igualdade (juízes de paz) e da arbitragem interna e internacional.
4. A criação de um sistema de conciliação e arbitragem ibero-americano.
5. Educar para a negociação dos conflitos, tanto os cidadãos quanto os que participarem de cada mecanismo.
6. Promover a criação de Centros de Mediação como outro mecanismo de resolução alternativa de conflito.

Cingidos a esse compromisso internacional, devidamente chancelado pelo Supremo Tribunal Federal, entende-se que também é dever do Poder Judiciário brasileiro apoiar as iniciativas de adoção de vias alternativas de resolução de conflitos.¹⁸

¹⁸ ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Formas Alternativas de Solução de conflitos*. Disponível em: [HTTP://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/587/Formas_Alternativas_Solu% c3a7% c3% a3o.pdf?Sequence=4](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/587/Formas_Alternativas_Solu%c3a7%c3%a3o.pdf?Sequence=4). Acesso em: 28.09.12.

Em paralelo à ideia do monopólio estatal, Mauro Cappelletti¹⁹, ao sistematizar as Ondas Renovatórias do Direito Processual, perpetuou a ideia do pleno Acesso à Justiça. Ao dispor sobre a Terceira Onda reconhece que os esforços ali realizados devem ser efetuados fora do circuito jurisdicional, destacando outras formas para a concretização dos processos de heterocomposição. Desta maneira, seria mais fácil chegar à Quarta Onda Renovatória, isto é, a efetividade dos direitos processuais. A partir do ensinamento do estimado autor, nos damos conta da importância que é garantir o Acesso à Justiça, mais básico dos Direitos Humanos num sistema jurídico que pretenda ser igualitário e moderno.

Quanto mais complexas as relações sociais, maiores as possibilidades de surgimento de conflitos. E quanto maior a quantidade de conflitos, maior a necessidade dos indivíduos de serem amparadas as suas angústias e frustrações.

É inquestionável que onde há pessoas, há conflitos inerentes às suas relações. Destas, portanto, advêm as tensões latentes nos relacionamentos, chegando ao Judiciário que, abarrotado de ações, por vezes, tem se mostrado ineficiente na prestação de uma real solução ao conflito gerado por relações continuadas, por exemplo, ou seja, aquelas onde mesmo após o processo judicial a ligação entre as partes continua a existir, independentemente da vontade das mesmas.

Nesse contexto, é possível observar que os métodos alternativos de resolução dos conflitos, como a Arbitragem, a Conciliação e a Mediação, ganham força, a cada dia, sendo imprescindível a difusão de tais métodos como um efetivo meio de pacificação social. No que tange à primeira, temos que a Lei da arbitragem (nº 9307/96) veio para dar uma nova roupagem a esse procedimento no Brasil, tendo como base importantes princípios, como a autonomia da vontade, boa-fé entre as partes, devido processo legal, imparcialidade do árbitro, livre convencimento do árbitro, motivação da sentença arbitral, autonomia da lei arbitral ou cláusula compromissória e a competência.

Nesse procedimento, as partes maiores e capazes, divergindo sobre direito de cunho patrimonial, submetem o litígio ao terceiro (árbitro) que deverá, após regular procedimento, decidir o conflito, sendo tal decisão impositiva.²⁰

Quanto à conciliação, observa-se que o legislador brasileiro deu certa importância a tal instituto, estando presente em diversos momentos no ordenamento jurídico brasileiro, como a previsão do artigo 331 do Código de Processo Civil (CPP) que consagra a possibilidade de realização de uma audiência específica para que a conciliação possa ser desenvolvida. Além disso, há no mesmo livro processual (artigo 447), a oportunidade deste método pelo juiz antes do início

¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH. Bryant. *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective* – a General Report. Access to Justice: A World Survey. Milan: Dott. A. Giuffrè Editore, 1978.

²⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Mediação: A redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos*; in: *Acesso à Justiça e efetividade do Processo*. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

da Audiência de Instrução e Julgamento.

Cabe observar, dentro de tal contexto, que o conciliador é um terceiro que faz o “meio de campo” entre as partes em conflito, auxiliando-as, seja sugerindo soluções ou fazendo que as mesmas colaborem até chegarem num acordo.

Já o instituto da mediação, objeto de análise do presente artigo, ainda é pré-maturo no quesito legislação brasileira. Apesar disso, encontramos facilmente a prática deste método em diversas experiências, exemplificada adiante, por todo o território nacional.

A dinâmica da mediação de conflitos, assim como a da conciliação e a da arbitragem, prevê em sua estrutura um terceiro que auxiliará as partes na resolução do conflito, mas este terá uma função menos participativa e nem um pouco arbitrária. Pelo contrário, o papel do mediador consiste primordialmente em promover, através de técnicas específicas, o diálogo para que os próprios protagonistas do conflito encontrem uma maneira de resolvê-lo, gerando benefícios recíprocos, saindo completamente da lógica adversarial predominante na sociedade brasileira até então.

É possível perceber que a mediação propõe uma virada paradigmática dentro do conjunto dos meios alternativos de solução de conflitos, pois a negociação busca um fim comum, qual seja, atender às demandas de todos os envolvidos, com ganhos recíprocos. Diferente da conciliação que, ainda contaminada pela postura adversarial existente no conflito, tem como fim um acordo, em regra com atendimento de demandas pessoais daqueles envolvidos no conflito.

Contudo, a mediação não busca obrigatoriamente o acordo, a resolução do conflito. Seu objetivo é a transformação do impasse, sendo o resultado “acordo” simples consequência do esvaziamento da litigiosidade existente na relação e da compreensão advinda do diálogo e restabelecimento da comunicação. O desfecho se dará por meio da cooperação entre as partes e não por meio de qualquer tipo de imposição. A mediação permite aos adversários desenvolverem nova relação, baseada no respeito recíproco, mantendo cada qual sua identidade própria, permitindo “o aperfeiçoamento das relações, a superação de conflitos e a garantia de continuidade da sociedade humana”.²¹

Dessa forma, apesar de estar elencada no rol dos chamados meios alternativos de solução de conflitos, a mediação possui finalidade que vai além da “solução” do conflito, sua finalidade não é tão somente resolver o litígio, mas sim transformá-lo, de forma criativa, sem a obrigatoriedade de uma solução final, restaurando a convivência pacífica entre as pessoas. O que se busca é a compreensão e o restabelecimento do equilíbrio social através do diálogo, comunicação e ganhos

²¹ Nas palavras de Gilvan Luiz Hansen, doutor em Filosofia e professor da Universidade Federal Fluminense, que muito contribuiu para a reflexão e amadurecimento de nossa pesquisa e estudo, in HANSEN, Gilvan Luiz. *A resolução de conflitos no Estado Democrático de Direito: uma perspectiva Habermasiana*, in Direito e Filosofia – Diálogos. Zulmar Fachim e Clodomiro José Bannwart Júnior (coord.). Campinas: Editora Millennium, 2011, p. 102.

mútuos.²²

3.1 – Mediação: A trajetória brasileira

3.1.1 – A questão prática

Apesar do ordenamento brasileiro ainda não dispor de Lei que aborde o instituto, é possível observar algumas importantes iniciativas ligadas à Mediação de conflitos espalhadas por todo o território nacional. Mister é destacar que de acordo com o artigo 5º, XXXV da Constituição da República Federativa Brasileira (CRFB)²³, infere-se o princípio da jurisdição una, porém é preciso restar claro que apenas esta é monopólio do Estado e não a solução de conflitos.

Como exemplo de movimentos ligados à mediação, no Brasil, temos o projeto “Balcão de Direitos”, iniciado em 1997 pela ONG “Viva Rio”, que consiste na promoção, defesa e difusão dos Direitos de moradores das favelas do Rio de Janeiro, que inclui a mediação comunitária como uma de suas atividades principais.

Além deste, temos o projeto Casa de Mediação Comunitária – CMC que existe no estado do Ceará desde 1998 e até 2008 esteve vinculado ao Governo do Estado do Ceará. Porém, em maio de 2008, por decisão do governo do estado do Ceará, o projeto passou a ser coordenado pelo Ministério Público Estadual e as casas de mediação comunitária foram denominadas Núcleos de Mediação Comunitária.

O programa foi criado com o objetivo geral de promover a paz social e, especificamente, solucionar e prevenir os conflitos sociais no estado do Ceará, tendo na figura do mediador o facilitador deste processo.²⁴

Em Brasília, possui relevo o “Programa Justiça Comunitária”, implantado pelo Tribunal de Justiça em 2000, realizando trabalhos de assistência jurídica com foco na Mediação e conta com a ajuda de voluntários.²⁵ Sobre os meios alternativos de conflitos, no Brasil, a Secretaria de Reforma do Judiciário ligada ao Ministério da Justiça emitiu relatório com dados de 2005 que mostram que

²² Seguindo este argumento, afirma a psicóloga Denise Maria Perissini da Silva que “do mesmo modo que a Mediação não é recurso para se chegar obrigatoriamente a um acordo, também não é um método de resolução de conflitos. A Psicanálise, que sempre preconizou que o conflito é inerente à dinâmica do desenvolvimento humano, fundamenta que os conflitos devem ser transformados e elaborados para possibilitar que o ser humano encontre formas mais satisfatórias de interagir com o mundo”. Esta mesma autora, citando Barbosa, Almeida e Nazareth, aduz que “a Mediação não é algo que chega a um resultado a partir de um conflito; do mesmo modo, utilizar a Mediação como meio de se chegar a acordos é confundir sua lógica com a conciliação. A Mediação busca ampliar a consciência do conflito, dos direitos e deveres, e de permitir a confrontação e organização do relacionamento interpessoal das pessoas envolvidas e de cada indivíduo em separado”, in SILVA, Denise Maria Perissini da. *Mediação e Guarda Compartilhada: conquistas para a família*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 43 e 47.

²³ Art. 5º, XXXV da CRFB: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a Direito.”

²⁴ MORAIS SALES, Lília Maia de. *Mediare – Um guia prático para Mediadores*. Rio de Janeiro: Ed. GZ, 2010.

²⁵ Relatório do projeto. Acesso em 28.09.12. Disponível em <http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID=%7B2E8739F7-7B6D-42FC-91A2-1CB517826403%7D&ServiceInstUID=%7BA66B7CBD-FB21-4FB21-4FBB-85EA-5ECD10C73B39%7D>.

49,2% dos programas sobre o assunto foram criados por instituições públicas governamentais, enquanto que 47,7 por não governamentais (destes, só 16,4% por ONG's especificamente criadas para esta finalidade).²⁶

Relevante ressaltar, além da sociedade civil organizada, o esforço do Poder Público em promover o instituto. A Resolução Administrativa 72/09, do Órgão Especial do TJ/RJ, dispõe sobre a mediação no âmbito judicial e tem servido como base para o processo de mediação judicial nesta região. Tal normativa possui assento no art. 96, I, a, da CRFB que legitima o uso da mediação judicial ao dispor que compete privativamente aos tribunais dispor “sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos”.²⁷

Atualmente, se a mediação resulta em acordo, este pode ser formalizado por escrito, sendo considerado pela legislação um título executivo extrajudicial, conforme artigo 585, II do Código de Processo Civil. Cabe observar que não há, hoje, impedimento para que ocorra mediação no curso do processo, isto é, em juízo, através da atuação do próprio juiz (art. 331 e 447 do CPC), ou sobrestado o feito (art. artigo 265, inciso II, c/c § 3º do CPC), para uma tentativa de consenso através de mediador competente.

3.1.2 – A questão Legislativa

Apesar de ainda existir nas Universidades, meio acadêmico, uma mentalidade²⁸, fortalecida na prática forense, de resolução de conflitos adjudicada autoritariamente pelo juiz, consolidando a chamada “cultura da sentença”, é possível observar, ao longo da trajetória democrática brasileira alguns sinais de prestígio a outros meios de resolução de conflitos.

A Constituição Brasileira do Império (1824), por exemplo, dispunha em seu artigo 161 que “sem se fazer constar que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará processo algum”. Complementando tal dispositivo, o artigo seguinte estabelecia que “para esse fim haverá juiz de paz”.

Neste aspecto, a Constituição Brasileira de 1988 retoma a função conciliatória, através do artigo 98, II, ao prever que o juiz de paz poderá exercer “atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação”.

No que se refere ao sistema processual atual, o legislador procurou prestigiar, em vários artigos, os métodos alternativos de solução de conflitos, como a conciliação (artigos 125, IV, 331, 447 a 449, 599, do CPC) e a arbitragem (Lei de Juizados Especiais e Lei da arbitragem nº

²⁶ Brasil. Ministério da Justiça. Op. Cit., p.26.

²⁷ MIRANDA NETTO, Fernando Gama de e SOARES MEIRELLES, Delton Ricardo. Mediação judicial no Projeto do novo Código de Processo Civil (PL 8.046/2010) in: Sumários Correntes de Direito. Biblioteca do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro: Biblioteca do TJ/RJ, 1997 – Bimestral, p. 213 - 238.

²⁸ WATANABE, Kazuo. *A mentalidade e os meios de solução de conflitos no Brasil*, in: *Mediação e Gerenciamento do Processo*. Ada Pellegrini Grinover; Kazuo Watanabe e Caetano Lagrasta Neto (coord.) São Paulo: Atlas, 2007.

9.307/1996).

Especificamente, no que tange à mediação, observa-se algumas tentativas ainda em andamento, no âmbito legislativo, com a finalidade de regularizar o tema. Como destaque, temos o Projeto de Lei 94 do Senado Federal, que teve iniciativa na Câmara dos Deputados (PL nº 4.827/98), oriundo de proposta da Deputada Zulaiê.

O Projeto de Lei do Senado²⁹, inspirado no texto elaborado pelo IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual), sofreu diversas alterações em seu relatório, principalmente após a Emenda Constitucional nº 45/2004, conhecida como “Reforma do Judiciário”.

Em 14 de março de 2006, o relatório reformulado foi recebido e aprovado, na forma de seu substitutivo, pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ). Foi aprovado o Substitutivo (Emenda nº 1-CCJ), enviado à Câmara dos Deputados no dia 11 de julho. Em 1º de agosto, o projeto foi encaminhado à CCJC, que o recebeu em 07 de agosto.

O relatório da Comissão votou pela constitucionalidade do Projeto, exceto pelos artigos referentes a obrigatoriedade de Órgãos como a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Tribunais de Justiça e Defensorias Públicas a realizarem atividades que são de sua competência, observando que esses dois últimos pertencem à hierarquia administrativa de outros Poderes da República³⁰. Desde então não se teve mais notícia do referido Projeto. Uma consulta recente ao sítio da Câmara mostra que o Projeto está paralisado desde julho de 2011.

O mencionado Projeto de Lei, em sua versão final, apresentada em julho de 2006 pelo Senado Federal Brasileiro, traz o conceito de Mediação, assim disposto em seu artigo 2º: “Para fins dessa 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.”

Carlos Eduardo de Vasconcellos³¹ faz uma crítica, dizendo que a definição apresentada no Projeto estaria incompleta ao dispor que a orientação, a que se refere o artigo, deve resumir-se à transmissão das técnicas e posturas que os mediandos devem observar para garantir uma boa dinâmica. Portanto, a orientação deve limitar-se às informações a propósito do que consiste a mediação e de como deve ser a comunicação entre os mediandos.

Diante desse quadro frustrado no que tange à promulgação de uma Lei sobre Mediação, em 2009, foi proposto o Projeto de Lei do Senado nº 166/10 com o objetivo de concretizar um Novo Código de Processo Civil Brasileiro. O texto foi submetido a reiteradas consultas e audiências

²⁹ O texto final, bem como as versões anteriores, podem ser encontradas no sítio do IBDP, em <http://www.direitoprocessual.org.br>.

³⁰ Relatório disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=36CDBFE245C3DB4411A32EBF65B96563.node1?codteor=898764&filename=Tramitacao-PL+4827/1998

³¹ VASCONCELOS, Carlos de. *Mediação de conflitos e Práticas restaurativas*. Rio de Janeiro: Ed. Método, 2008.

públicas, recebeu um Substitutivo, sob a Relatoria do Sem. Valter Pereira, foi votado e enviado à Câmara, onde tomou o número 8046 e está em exame.

O projeto traz a Mediação sob o ponto de vista judicial, porém não exclui a possibilidade de Mediação prévia ou a possibilidade de utilização de outros meios de solução de conflitos. Destaca o dever de sigilo, inerentes aos conciliadores e mediadores, além de determinar que a conciliação e mediação sejam estimuladas por membros do Ministério Público, Defensoria, advogados e magistrados.

Apesar de ser uma iniciativa de bastante avanço no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no tocante à mediação, se analisado sob uma perspectiva crítica, o projeto deixa a desejar em certos pontos, na medida em que a própria disposição dos artigos a respeito de conciliação e mediação faz com que os institutos se confundam aos olhos do intérprete. O que não poderia ocorrer, na medida em que, apesar de terem seus pontos em comum, a mediação em sua essência é completamente diferente da conciliação.

Um alerta sobre a disposição destes institutos sendo tratados no mesmo capítulo e agregadas as mesmas características, exaltando seus pontos em comum poderá comprometer a prática da mediação se a mesma for vista como um procedimento conciliatório. Cada instituto, por sua peculiaridade, merecia um capítulo em separado, com a sua definição e suas características. Observa-se que o texto do Projeto não se preocupou nem mesmo em definir cada um destes institutos.

Já o Projeto de Lei do Senado nº 517/11, de 25 de agosto de 2011, de autoria do Senador Ricardo Ferraço, em tramitação perante a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, pretende instituir e disciplinar o uso da mediação como instrumento para prevenção e solução consensual de conflitos, conforme sua ementa. O projeto de lei possui 26 artigos, dentre os quais tratando da mediação judicial e da mediação extrajudicial, das possibilidades do uso da mediação de conflitos em quaisquer matérias em que a lei não proíba as partes de negociar. Define, ainda, a mediação como “um processo decisório conduzido por terceiro imparcial, com o objetivo de auxiliar as partes a identificar ou desenvolver soluções consensuais”, estabelecendo os princípios básicos do processo de mediação e as atribuições do mediador.³²

Feita a crítica é importante ressaltar que não há como prever o futuro e arriscar dizer sobre o fracasso ou êxito da previsão legal a caminho. Sem dúvidas, o ordenamento brasileiro consagrar o instituto da Mediação Judicial como alternativa às partes é um avanço considerável dentro do contexto de Acesso à Justiça. Porém é preciso que tal inserção seja realizada de forma a não descaracterizar a essência da Mediação, que é a desconstrução do conflito pelas partes, guiada por um terceiro que estimulará o diálogo e novas descobertas, antes ocultas aos olhos cegos de quem

³² Disponível em http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=82341.

conflita.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Necessário substituir a atual cultura da sentença pela cultura da pacificação através dos meios alternativos de dissolução dos conflitos. Através da mediação é possível a compreensão do conflito a partir da participação efetiva, da colaboração mútua e do diálogo esclarecido e honesto dos envolvidos.

Contudo, a mediação também tem seus obstáculos e limites, e não é eficaz em todo e qualquer conflito. Necessário que se crie um sistema de filtragem, para que a mediação não caia na vala comum de ineficácia e insucesso. Este instrumento possui características próprias e destinação adequada a certas demandas. Possui maior efetividade em litígios de relações continuadas e quando utilizada de forma prévia ao processo judicial.

Assim, conforme anteriormente mencionado, finalidade importante do acesso à Justiça, reconhecida por Cappelletti e Garth, é a de que o sistema atual deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos, além de ser igualmente acessível a todos. Nesse passo, a mediação possibilita, a definição dos papéis sociais, evitando que conflitos de caráter emocional sejam transformados em conflitos judiciais, quase sempre sem solução jurídica adequada. A compreensão dos próprios conflitos internos dos envolvidos, gerada pelo procedimento da mediação, permite identificar os “gatilhos” que geraram e podem gerar conflitos – influenciando até mesmo como forma de prevenção destes. A manutenção da voz ativa das partes, num ambiente de liberdade comunicativa³³, de diálogo e respeito, promove a construção de um consenso responsável e legitimado pelos envolvidos, fazendo com que o conflito real seja dissolvido de forma eficaz.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Tânia. “*Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas*”, in: *Mediação de conflitos*. Paulo Borba Casella e Luciane M. de Souza (coord.), Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Formas Alternativas de Solução de conflitos. Disponível em: [HTTP://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/587/Formas_Alternativas_Solu% c3a7% c3% a3o.p df?Sequence=4](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/587/Formas_Alternativas_Solu%c3a7%c3%a3o.pdf?Sequence=4). Acesso em: 28.09.12.

AZEVEDO, André Gomma (org.) *Manual de Mediação Judicial*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2009.

³³ Explica Jürgen Habermas: “*eu entendo a ‘liberdade comunicativa’ como a possibilidade – pressuposta no agir que se orienta pelo entendimento – de tomar posição frente aos proferimentos de um oponente e às pretensões de validade aí levantadas, que dependem de um reconhecimento intersubjetivo. (...) Liberdade comunicativa só existe entre atores que desejam entender-se entre si sobre algo num enfoque performativo e que contam com tomadas de posição perante pretensões de validade reciprocamente levantadas*”, in HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Vol. I. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p.155/156.

BARBOSA, Águida Arruda. *Mediação Familiar: instrumentos para a reforma do judiciário*; in: *Leituras Complementares de Direito Civil*. Marcos Ehrhardt Júnior e Leonardo Barreto Moreira Alves (Org.), Salvador: Editora Jus Podivm, 2010.

BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados especiais – a nova mediação paraprocessual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BASTOS, Eliene Ferreira. *Uma visão de mediação familiar*; in: *Família e Jurisdição*. Eliene Ferreira Bastos e Asiel Henrique de Souza (coord.) Belo Horizonte: DelRey, 2005.

BERNASCONI, Ana. *Guía Práctica Profesional: La mediación – 1ª Ed.* Buenos Aires: Estudio, 2008.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis e SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem – Alternativas à jurisdição*. 2ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BRASIL – Agência Nacional de Energia Elétrica. *Solução de Divergências: Mediação*. Brasília: ANEEL, 2008. Disponível em <http://www.aneel.gov.br/>, acesso em 19/08/2011.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

_____. *Acess to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective – a General Report*. Access to Justice: A World Survey. Milan: Dott. A. Giuffrè Editore, 1978.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Vol. I. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010;

HANSEN, Gilvan Luiz; PAUSEIRO, Sérgio G. de Mattos; SILVA, Cândido F. D. dos Santos e. *Meios alternativos a jurisdição estatal para solução de conflitos com a Administração Pública*. Artigo apresentado no II Seminário do LAFEP: Niterói, 2010.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 3.ed., ver., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional*. In: *A Constitucionalização do Direito*. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento (coord.). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de e SOARES MEIRELLES, Delton Ricardo. *Mediação judicial no Projeto do novo Código de Processo Civil (PL 8.046/2010)*, in: *Sumários Correntes de Direito*. Biblioteca do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro: Biblioteca do TJ/RJ, 1997 – Bimestral, p. 213 - 238.

MORAIS SALES, Lília Maia de. *Mediare – Um guia prático para Mediadores*. Rio de Janeiro: Ed. GZ, 2010.

MUÑOZ, Helena Soletto. *La Mediación: Método de Resolución Alternativa de Conflictos en el Proceso Civil Español*, in *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 3, vol. 3, janeiro a junho de 2009, disponível no site <http://www.redp.com.br>.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Mediação: A redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos*; in: *Acesso à Justiça e efetividade do Processo*. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado (coord.). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

_____. *Teoria Geral da Mediação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *A mediação na atualidade e no futuro do processo civil brasileiro*. 2008. Disponível em <http://www.humbertodalla.pro.br/artigos.htm>. Acesso em 05/08/2011.

_____. *A mediação no direito brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no projeto do novo código de processo civil*. 2010. Disponível em <http://www.humbertodalla.pro.br/artigos.htm>. Acesso em 05/08/2011.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma Revolução Democrática da Justiça*, São Paulo: Cortez Editora, 2007.

SARMENTO, Roselaine dos Santos. *Mediação Familiar: um meio altamente eficaz de acesso à justiça*, in: *Família e Jurisdição*. Eliene Ferreira Bastos e Asiel Henrique de Souza (coord.) Belo Horizonte: DelRey, 2005.

SILVA, Denise Maria Perssini da. *Mediação e Guarda Compartilhada: conquistas para a família*. Curitiba: Juruá, 2011.

SIX, Jean François. *Dinâmica da mediação*. Tradução: Giselle Groeninga de Almeida, Águida Arruda Barbosa & Eliana Riberti Nazareth). Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

THOMÉ, Liane Maria Busnello. *Dignidade da pessoa humana e mediação familiar*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

VASCONCELOS, Carlos de. *Mediação de conflitos e Práticas restaurativas*. Rio de Janeiro: Ed. Método, 2008.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*. In: *Participação e processo*. Ada Pellegrini Grinover, Cândico Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe (coord.). São Paulo: RT, 1988.

_____. *A mentalidade e os meios de solução de conflitos no Brasil*, in: *Mediação e Gerenciamento do Processo*. Ada Pellegrini Grinover; Kazuo Watanabe e Caetano Lagrasta Neto (coord.) São Paulo: Atlas, 2007.