

O INSTITUTO DA MEDIAÇÃO E SUA RELAÇÃO COM A CULTURA DA PAZ E COM AS RELAÇÕES PRIVADAS EMPRESARIAIS

THE INSTITUTE OF MEDIATION AND ITS RELATION WITH THE CULTURE OF PEACE AND THE BUSINESS PRIVATE RELATIONS

Renata Mayumi Sanomya*
Rozane da Rosa Cachapuz**

RESUMO: O presente artigo pretende apresentar um estudo acerca da conjuntura social atual, demonstrando a importância que as novas tendências do constitucionalismo latino-americano representam para o desenvolvimento da sociedade. Esse novo momento constitucional reforça a necessidade de proteção aos direitos fundamentais, principalmente do acesso à ordem jurídica justa e o da dignidade da pessoa humana, dando novo significado aos conceitos de direito e democracia. Para analisar esse movimento político-jurídico será essencial buscar respaldo nas experiências ocorridas recentemente em outros países sul-americanos, entre eles, Bolívia, Equador e Venezuela. A adoção de uma cultura da paz expressamente elencada nas constituições desses países enfatiza a importância de resgatar a relação entre Constituição e pluralismo, além de reforçar a proteção aos direitos fundamentais. Esse novo panorama que tem como principal escopo o alcance da pacificação social, lança a mediação como um importante instrumento auxiliar do Poder Judiciário. Será demonstrada, ainda, a possibilidade de utilização desse meio alternativo de solução de conflitos nas relações privadas e os benefícios advindos do seu uso, considerando, principalmente, as características específicas desse tipo de relação. Para tanto, será interessante citar alguns princípios informadores da mediação, como por exemplo, a voluntariedade, não adversariedade, informalidade e consensualismo. O estudo de todos esses elementos conjugados servirá para demonstrar que o uso da mediação, especialmente nas relações privadas, poderá trazer um novo conceito de democracia, pautado no efetivo acesso à justiça e na concretização da pacificação social.

PALAVRAS-CHAVE: neoconstitucionalismo; acesso à justiça; cultura da paz; mediação; relações privadas.

ABSTRACT: The present article aims to present a study about the current social situation, demonstrating the importance that the new tendencies of Latin American constitutionalism represent to the development of society. This new constitutional moment emphasizes the need of protection to fundamental rights, especially the access to fair legal system and the human dignity, giving new meaning to the concepts of law and democracy. To analyze this legal-political movement will be essential verify the experiences recently occurred in other South American countries, including Bolivia, Ecuador and Venezuela. The adoption of a culture of peace expressly determined in these countries constitutions emphasizes the importance of rescuing the relationship between the Constitution and pluralism, besides strengthening the protection to fundamental rights. This new scenery, whose main purpose is the achievement of social peace, inserts mediation as an important auxiliary instrument of Judiciary. It will be demonstrated, also, the possibility of using this alternative resource of conflict resolution in private relations and the benefits arising from their use, considering, mainly, the specific

* Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina – UEL, renatasanomya@yahoo.com.br

** Doutora em Relações Internacionais com ênfase em Direito de família pela PUC/SP, mestra em Direito Negocial pela UEL/PR.

characteristics of this kind of relationship. For this, it will be interesting to name a few mediation informants principles, as an example, voluntariness, not adversarial, informality and consensualism. The study of all these elements combined will demonstrate that the use of mediation, mainly in private relations, may bring a new concept of democracy, based on effective access to justice and the achievement of social peace.

KEYWORDS: neoconstitutionalism; access to justice; culture of peace; mediation, private relations.

1 INTRODUÇÃO

A economia globalizada e a evolução da sociedade operaram relevantes transformações no mundo jurídico e na maneira de enxergar o Direito. A ideia de acesso à justiça diretamente atrelada ao mero acesso aos tribunais não mais representa uma realidade satisfatória nos dias de hoje. Pelo fato desse modelo tradicional não ser capaz de, por si só, efetivar a concretização da justiça, atualmente, é preciso uma visão mais ampla, por meio do redimensionamento da importância dos direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal.

Essa nova realidade, pautada no Estado Democrático de Direito e na dignidade da pessoa humana, tem aumentado significativamente as discussões acerca do que se convencionou chamar de (neo)constitucionalismo latino-americano e pluralismo jurídico, enfatizando a postura adotada nas constituições sul-americanas e a tão almejada cultura da paz, assinalando a tendência mundial de pacificação social.

Tendo em vista que, hodiernamente, a demora na entrega do bem da vida pretendido constitui um dos maiores óbices à concretização do acesso à ordem jurídica justa, torna-se imprescindível uma mudança na postura dos legisladores e dos operadores do direito, ampliando as formas de solucionar os conflitos por meio da implementação assídua de meios alternativos, como por exemplo, a mediação.

Esse instrumento eficaz no combate à morosidade do Judiciário se insere em um modelo consensual onde não existe a característica da conflituosidade do modelo tradicional de jurisdição, permitindo a preservação e aprimoramento das relações sociais. Por representar um importante instrumento auxiliar para o Poder Judiciário, cabe destacar as características do instituto em questão, seus princípios informadores e suas finalidades.

Ainda, considerando as mudanças atinentes ao mundo empresarial e a relevância das operações empresariais na sociedade contemporânea, além do crescente número de litígios ocorridos nessa seara e das características específicas desse tipo de relacionamento, faz-se

necessário avaliar, de forma mais detalhada, a possibilidade de utilização da mediação e as proficuidades decorrentes da sua correta aplicação.

Por tratar-se de tão interessante e ampla temática, é pertinente uma estrita delimitação do objeto de pesquisa. Como acima exposto, a pesquisa limitar-se-á a realizar um estudo não exauriente acerca das tendências do (neo)constitucionalismo e do pluralismo jurídico. Após transitar por estes conceitos, a pesquisa direcionar-se-á à análise das constituições equatoriana, boliviana e venezuelana no que diz respeito à promoção da cultura da paz. Após isto, o foco é por sugerir mudanças no panorama jurídico atual, através da utilização da mediação como instrumento auxiliar na concretização do acesso à ordem jurídica justa. Finalmente, serão analisados os benefícios advindos da utilização desse instituto nas relações privadas.

Tudo isto será feito com base no método hipotético-dedutivo.

Neste sentido, justifica-se a pesquisa ora apresentada por tratar-se de tema relativamente novo no seio do ordenamento jurídico brasileiro, sendo de grande importância por realizar proposta de melhoria dos institutos apresentados e por contribuir para o debate doutrinário acerca de sua efetividade.

2 ASPECTOS RELEVANTES DO (NEO)CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E SUAS IMPLICAÇÕES NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Em um primeiro momento, nos tempos primitivos, o homem era governado por regras de ordem moral, religiosas e jurídicas elaboradas por chefes e sacerdotes. Sua primeira intuição do Direito, portanto, foi uma imagem de valor, sendo as primeiras formas de compreensão da convivência humana atribuídas a dádivas das divindades e não como produto da própria experiência histórica do ser humano.

Essa cultura mítica, muito presente entre os gregos, considerava o Direito em termos axiológicos, atribuindo esse ideal de Justiça à própria divindade. Para eles, era necessário invocar poderes supremos para assegurar o cumprimento de uma obrigação. Apenas com o passar do tempo, aos poucos, o Direito foi se desvinculando desses elementos mitológicos e se humanizando, para encontrar no próprio homem as razões de sua origem.

Em um momento posterior, os juristas romanos passaram a admitir o Direito como uma norma ordenadora da conduta (intuição normativa) e formularam a possibilidade de uma Ciência do Direito como ordem normativa, tornando Justiça e Direito elementos inseparáveis e integrantes do conjunto da experiência jurídica (REALE, 1994, p. 508).

Apenas no decorrer do século passado, o Direito passou a ser visto como fato social e histórico, alcançando *status* de objeto de ciência autônoma nos trabalhos sociológicos e históricos dos séculos XIX e XX.

Nesse período, portanto, como decorrência do fenômeno do (neo)constitucionalismo ocorre a promulgação da Constituição Federal de 1998, como forma de superação do positivismo jurídico vigente até então. Esse novo momento constitucional, caracterizado pela tentativa de diminuição da dominação das minorias¹ e pela ruptura com o eurocentrismo², reconhece o diploma vigente como um verdadeiro e efetivo instrumento de transformação social.

Cabe, nesse momento, destacar os ensinamentos de Gustavo Ferreira Santos (2006):

O termo neoconstitucionalismo é hoje utilizado para dar nome a uma postura constitucionalista forte, na qual a Constituição não se basta como parâmetro orientador da política, mas se faz efetiva, com a fiscalização de uma Jurisdição Constitucional atuante e expansiva. [...] Essa versão de constitucionalismo busca estabelecer uma nova relação entre direito e moral. A Constituição tomada como norma abarca um plexo imenso de valores, sendo referências para a solução de problemas em várias áreas.

Esse movimento de caráter transformador instaurado pelo Estado Democrático de Direito se concretiza por meio de um processo histórico que vislumbra uma nova forma de interpretar o Direito, restringindo “fortemente os poderes do Estado, ao mesmo tempo em que impõe a atuação deste para implementar o vasto rol de direitos que reconhece como fundamentais à existência humana de forma digna” (LEAL JUNIOR, 2012, p. 14).

A Constituição da República Federativa do Brasil não apenas disciplina e limita os poderes do Estado, mas tem como principal escopo reconhecer e assegurar os direitos conquistados pelos cidadãos. Nesse sentido, em seu artigo 1º, *caput*, preconiza valores pertencentes ao Estado Democrático de Direito, entre os quais: i) soberania; ii) cidadania; iii) dignidade da pessoa humana; iv) valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e v) pluralismo político.

Pelo fato de abarcar diferentes interesses materiais, tendências e fatores multiculturais, a Constituição Federal incorpora e traduz os pensamentos do Pluralismo, “enquanto conceito dinâmico que reconhece o valor da diversidade e da emancipação” (FAGUNDES, WOLKMER, 2011, p. 373).

Assim, nas palavras de Antônio Carlos Wolkmer (2001, p. 171):

Ao contrário da concepção unitária, homogênea e centralizadora denominada de “monismo”, a formulação teórica e doutrinária do “pluralismo” designa a existência de mais de uma realidade, de múltiplas formas de ação prática e da diversidade de campos sociais com particularidade própria, ou seja, envolve o conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si.

Nesse momento, para possibilitar uma melhor compreensão acerca da natureza e especificidade do pluralismo, cabe lembrar que ele se baseia em certos princípios valorativos, quais sejam: autonomia, descentralização, participação, localismo, diversidade e tolerância. De maneira sucinta, explicam Lucas Machado Fagundes e Antônio Carlos Wolkmer (2011, p. 374):

Dentre alguns de seus princípios valorativos, assinala-se: 1) a *autonomia*, poder intrínseco aos vários grupos, concebido como independente do poder central; 2) a *descentralização*, deslocamento do centro decisório para esferas locais e fragmentárias; 3) a *participação*, intervenção dos grupos, sobretudo daqueles minoritários, no processo decisório; 4) o *localismo*, privilégio que o poder local assume diante do poder central; 5) a *diversidade*, privilégio que se dá à diferença, e não à homogeneidade; e, finalmente, 6) a *tolerância*, ou seja, o estabelecimento de uma estrutura de convivência entre os vários grupos baseada em regras “pautadas pelo espírito de indulgência e pela prática da moderação”.

Portanto, considerando a conjuntura social atual que prima pela valorização de direitos fundamentais inseridos em um Estado Democrático de Direito, pautada em uma economia globalizada e dinâmica, demonstra-se a relevância que as novas tendências do (neo)constitucionalismo representam para o desenvolvimento de uma sociedade cada vez mais alinhada com a justiça e a paz social.

3 O NEO(CONSTITUCIONALISMO) E AS CONSTITUIÇÕES SUL-AMERICANAS

A Constituição de uma nação deve trazer em seu conteúdo os valores, costumes e tradições da sociedade, para que possa servir como um instrumento formal de concretização dos direitos. Nesse contexto, os movimentos político-jurídicos ocorridos nas últimas décadas nos países da América Latina merecem especial atenção, na medida em que tentam resgatar as relações entre constituição e pluralismo. Esclarecem Lucas Machado Fagundes e Antônio Carlos Wolkmer (2011, p. 377):

Os movimentos do constitucionalismo ocorrido recentemente em países sul-americanos (Bolívia, Equador e Venezuela) tentam romper com a lógica liberal-individualista das constituições políticas tradicionalmente operadas, reinventando o espaço público a partir dos interesses e necessidades das maiorias alijadas historicamente dos processos decisórios. Assim, as novas constituições surgidas no âmbito da América Latina são do ponto de vista da filosofia jurídica, uma quebra ou

ruptura com a antiga matriz eurocêntrica de pensar o Direito e o Estado para o continente, voltando-se, agora, para refundação das instituições, a transformação das ideias e dos instrumentos jurídicos em favor dos interesses e das culturas encobertas e violentamente apagadas da sua própria história; quiçá, observa-se um processo de descolonização do poder e da justiça.

A situação social hodierna, a valorização dos direitos fundamentais e a necessidade de implementação de políticas eficazes serão as ferramentas capazes de promover as novas constituições. Na opinião de Rubén Martínez Dalmau (2008, p. 22):

La evolución constitucional responde al problema de la necesidad. Los grandes cambios constitucionales se relacionan directamente con las necesidades de la sociedad, con sus circunstancias culturales, y con el grado de percepción que estas sociedades posean sobre las posibilidades del cambio de sus condiciones de vida que, en general, en América Latina no cumplen con las expectativas esperadas en los tiempos que transcurrem.

No ano de 1997, as Nações Unidas anunciaram o ano 2000 como o Ano Internacional da Cultura de Paz, assinalando o começo de uma mobilização mundial e de uma aliança global de movimentos existentes cujo objetivo era transformar os princípios norteadores da cultura de paz em ações concretas. Por meio de uma nova resolução, no ano de 1998, as Nações Unidas proclamam os anos de 2001 a 2010, como a Década Internacional da Promoção da Cultura de Paz e Não Violência em Benefício das Crianças do Mundo a fim de reforçar o movimento global formado (NOLETO, 2010, p. 10).

Sobre o assunto, expõe Marlova Jovchelovitch Noleto (2010, p. 10):

A cultura de paz está intrinsecamente relacionada à prevenção e à resolução não violenta dos conflitos. É uma cultura baseada em tolerância e solidariedade, uma cultura que respeita todos os direitos individuais, que assegura e sustenta a liberdade de opinião e que se empenha em prevenir conflitos, resolvendo-os em suas fontes, que englobam novas ameaças não militares para a paz e para a segurança, como a exclusão, a pobreza extrema e a degradação ambiental. A cultura de paz procura resolver os problemas por meio do diálogo, da negociação e da mediação, de forma a tornar a guerra e a violência inviáveis.

Pelo fato de serem os representantes dessa nova visão constitucional, entre as inovações trazidas nos diplomas constitucionais da Bolívia, Equador e Venezuela cabe destacar a preocupação em assegurar essa “cultura da paz”, representada pela totalidade de valores, costumes, tradições, condutas e estilos de vida fundamentados no respeito à vida, aos direitos humanos, na democracia, na diversidade cultural e no compromisso com a solução pacífica dos conflitos por meio do diálogo e da cooperação.

Por se tratar de um processo constante e demorado, é essencial a participação de todos os cidadãos para que seja possível a adequada promoção e administração dessa cultura de paz. Assim, na tentativa de transformá-la em uma realidade sólida e duradoura, adaptada ao tempo presente, o artigo 3º, 8 da Constituição do Equador elenca como deveres primordiais do Estado “*garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción*”.

Também a Constituição da Venezuela determina em seu artigo 3º:

*El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución.*³

Seguindo essa mesma linha de pensamento, a Constituição da Bolívia, em seu artigo 10, I dispõe:

*Bolivia es un Estado pacifista, que promueve la cultura de la paz y el derecho a la paz, así como la cooperación entre los pueblos de la región y del mundo, a fin de contribuir al conocimiento mutuo, al desarrollo equitativo y a la promoción de la interculturalidad, con pleno respeto a la soberanía de los Estados.*⁴

Inserido nesse contexto de cultura da paz, a manutenção de um diálogo entre os diferentes povos e culturas, portanto, tem como missão aperfeiçoar a convivência humana, permitindo a coexistência das tradições culturais, históricas e espirituais. Nesse sentido, as palavras de Marlova Jovchelovitch Noleto (2010, p. 37):

Promover uma cultura de paz demanda um amplo esforço de mobilização e cooperação em todos os setores da sociedade: precisamos estabelecer parcerias capazes de articular um movimento que possa se sobrepor à violência em todas as suas manifestações – física, sexual, psicológica, econômica, social – e, sobretudo, àquela praticada contra os grupos mais desprovidos e vulneráveis – as crianças, os adolescentes, os jovens, os grupos minoritários.

Esse movimento mundial deve então visar à disseminação de uma cultura de paz, com foco na “promoção da cidadania e do desenvolvimento humano e social” (NOLETO, 2010, p. 17). Com isso, será possível vislumbrar uma realidade menos violenta e pautada nos princípios democráticos, melhorando a qualidade de vida e contribuindo para a formação de uma sociedade justa e pacífica.

4 O DIREITO AO ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA

Considerando a necessidade de alteração na maneira de se interpretar o Direito, os direitos fundamentais passam a merecer lugar de destaque no ordenamento jurídico, por serem elementos inalienáveis e inerentes à condição humana cuja finalidade é proteger a dignidade humana em todas as suas dimensões (LEAL JUNIOR, 2012, p. 27).

A evolução da sociedade fez com que a doutrina, ao longo da história, os classificasse em gerações, sendo que a essência dos direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações correspondem ao lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.

Os direitos de primeira geração surgiram no final do século XVIII e realçam o princípio da liberdade. São os direitos civis e políticos que nasceram como uma resposta do Estado liberal ao Estado absoluto. São exemplos o direito à vida, à propriedade e à liberdade, entre outros. Os direitos de segunda geração ressaltam o princípio da igualdade entre os homens. São os direitos sociais, econômicos e culturais que surgiram das transformações trazidas pela Revolução Industrial. Já os de terceira geração, também conhecidos como transindividuais, consagram os princípios da fraternidade e da solidariedade. Exemplos dessa categoria são o direito à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente sadio, dentre outros.

Após a análise do novo momento constitucional contemporâneo, que ainda se encontra em processo de aprimoramento e constantes mudanças, resta inegável a importância de reforçar e realizar de forma concreta os valores insculpidos na Constituição Federal, entre os quais merecem estudo mais aprofundado o direito ao efetivo acesso à justiça.

O denominado direito de acesso à justiça foi primeiramente reconhecido apenas como direito de acesso ao Poder Judiciário, ou seja, mero direito de ação, bastando oportunizar às pessoas que tivessem suas pretensões examinadas pelo Estado-juiz para que o aludido direito já fosse tido por satisfeito. No entanto, seria insatisfatório e reducionista considerar o direito em apreço nestes moldes. (LEAL JUNIOR, 2012, p. 31).

Ocorre que, “a problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata de apenas possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa”. (WATANABE, 1988, p.128). O Estado possui o dever de prestar uma tutela jurisdicional apropriada ao cidadão, proporcionando efetividade aos anseios dos demandantes, demonstrando aos jurisdicionados que possui condições de oferecer uma resposta adequada,

em um espaço de tempo razoável, incentivando-os a buscar a resolução do conflito por meio do Poder Judiciário. (KLIPPEL, 2008, p. 58).

Trata-se da garantia de que o sistema jurídico, além de dever/ser igualmente acessível a todos, também possui a obrigação de produzir resultados justos, assim compreendidos como aqueles substancialmente eficazes. O acesso à justiça pode ser encarado “como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 68).

Acerca do assunto, Kazuo Watanabe (2011, p. 385) assevera que:

O princípio de acesso à justiça, inscrito no n. XXXV do art. 5º, da Constituição Federal, não assegura apenas acesso formal aos órgãos judiciários, e sim um acesso qualificado que propicie aos indivíduos o acesso à ordem jurídica justa, no sentido de que cabe a todos que tenham qualquer problema jurídico, não necessariamente um conflito de interesses, uma atenção por parte do Poder Público, em especial do Poder Judiciário.

A expressão acesso à ordem jurídica justa deve ser interpretada extensivamente, compreendendo: a) o ingresso em juízo; b) a observância das garantias compreendidas na cláusula do devido processo legal; c) a participação dialética na formação do convencimento do juiz, que irá julgar a causa (efetividade do contraditório); d) a adequada e tempestiva análise, pelo juiz, natural e imparcial, das questões discutidas no processo (decisão justa e motivada); e) a construção de técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos materiais (instrumentalidade do processo e efetividade dos direitos). (CAMBI, 2007, p. 24-25.)

O acesso à justiça está disponível a toda sociedade e, em razão disso, cediço que na atualidade a principal preocupação dos legisladores e estudiosos do direito é o alcance entre o equilíbrio da duração do processo e da eficiência na prestação da tutela jurisdicional. Importante destacar que a expressão “acesso à justiça significa ainda, acesso à informação e à orientação jurídicas e a todos os meios alternativos de composição de conflitos.” (MARINONI, 1999, p. 28).

Assim, visando legitimar o exercício da jurisdição, realizar corretamente o Direito e efetivar a democracia sem impor sacrifícios injustificados para as partes é preciso assegurar que o processo tenha duração suficiente apenas para a prática dos atos necessários. O direito à duração razoável, a celeridade e a eficiência na prestação da tutela jurisdicional são, pois, direitos fundamentais, implícitos em todo Estado Democrático de Direito e que, atualmente, não são alcançados pela realidade da justiça brasileira.

Dessa forma, torna-se imprescindível a criação de instrumentos e o aperfeiçoamento daqueles já existentes, para que a tutela jurisdicional seja efetiva e o processo cumpra sua missão de pacificação dos conflitos, tornando a prestação judicial mais célere, justa e adequada. (MARINONI; MITIDIERO, 2010, p. 22). Ressurge então, a ideia de um sistema judicial expandido pela introdução de inúmeros programas para resolver as disputas por meios de métodos alternativos de pacificação social, meios auxiliares à cultura tradicional da litigiosidade, pregando o que gostaríamos de chamar de cultura conciliatória.

A busca por meios alternativos de solução de conflitos atende, sobretudo, a um ditame democrático, caracterizado pela necessidade de dar efetividade aos direitos fundamentais e de prover a sociedade de um aparato administrativo mais célere e menos burocrático, mais dirigido a satisfazer o interesse público que a desvirtuá-lo em nome da lei e, especialmente, de torná-lo mais aberto à participação popular.

5 A RELEVÂNCIA DO INSTITUTO DA MEDIAÇÃO

Conflitos são decorrências naturais da condição humana que enfatizam a tendência à posição unilateral e estimulam a polarização das posições. São, portanto, fruto de percepções e posições divergentes quanto a fatos e condutas que envolvem expectativas, valores ou interesses comuns. (VASCONCELOS, 2008, p. 19).

A mediação torna possível a análise do problema por meio da ótica valorativa do outro, ou seja, através da valorização dos anseios individuais dos supostos combatentes, de modo que as próprias partes envolvidas encontrem soluções viáveis para seus problemas, tornando o conflito uma situação construtiva a ser gerenciada.

Desde que conduzido da maneira adequada, o conflito pode proporcionar o crescimento pessoal, profissional e organizacional dos litigantes, tornando-se um verdadeiro meio de conhecimento, amadurecimento e aproximação entre indivíduos de forma a impulsionar relevantes alterações quanto à ética e à responsabilidade profissional (AZEVEDO, 2009, p. 28).

Nesse sentido, o instituto da mediação se apresenta como um importante instrumento de solução de disputas, capaz de promover o diálogo entre as partes e a consequente resolução consensual, sendo seu principal objetivo a pacificação social.

De acordo com os ensinamentos de Eliane Aparecida Stahl (2000, p. 19):

A mediação pode ser definida como um sistema de negociação assistida mediante o qual as partes envolvidas em um conflito tentam resolvê-lo por si mesma, com a

ajuda de um terceiro imparcial, o mediador, que atua como um condutor da sessão, ajudando as pessoas que participam da mediação a encontrar uma solução que seja satisfatória para ambas as partes.

Assim, compete ao mediador conduzir as partes em conflito, por meio de um viés dialógico, à busca da melhor solução, sem que nenhum dos envolvidos se considere perdedor. A qualidade direcional do processo depende da aptidão técnica do mediador para diminuir as resistências entre os mediandos, promovendo uma comunicação cooperativa e, via de consequência, aumentando as possibilidades de cumprimento dos compromissos assumidos ao longo do processo da mediação.

Desta forma, a mediação representa um meio alternativo de solução de controvérsias na medida em que se insere em um modelo consensual onde não existe a característica de conflituosidade do modelo tradicional de jurisdição⁵, permitindo a preservação e o aperfeiçoamento das relações sociais.

Entre as inúmeras vantagens decorrentes do uso da mediação, merecem destaque: a resolução de disputas de forma construtiva, o fortalecimento das relações sociais, a promoção de relacionamentos cooperativos, a exploração de estratégias que possam prevenir ou resolver futuras controvérsias (AZEVEDO, 2009, p. 20), a humanização das disputas, entre outras.

Considera-se, assim, que a grande expansão do instituto aconteceu nos últimos trinta anos, e, de acordo com os ensinamentos de Eliane Aparecida Stahl (2000, p. 24) se deve aos seguintes aspectos:

a) o reconhecimento dos direitos humanos e da dignidade dos indivíduos; b) a participação democrática em todos os níveis sociais e políticos; c) a legitimidade reconhecida ao indivíduo de participar e de ter controle das decisões que afetam sua vida diretamente; d) a necessidade de um suporte ético aos acordos particulares; e) uma maior tolerância à diversidade possibilitando um diálogo mais aberto; f) a crescente insatisfação com o processo autoritário de tomada de decisão; g) o descompasso entre os interesses genuínos das partes e os acordos impostos; h) o alto custo dos processos adversariais.

Contudo, cabe lembrar que esse mecanismo não pode ser encarado como uma solução milagrosa para enfrentar os problemas do Poder Judiciário, mas sim, como um reforço capaz de complementar os mecanismos judiciais já existentes, tendo como finalidade a busca pelo bem comum⁶ e a concretização do acesso à justiça⁷.

Importa ressaltar ainda, que a falta de um modelo capaz de garantir o devido acesso à justiça desrespeita outro importante princípio constitucional elencado no artigo 1º, inciso III, o qual estabelece a proteção à dignidade da pessoa humana. Assim, a valorização da pessoa e

a promoção da sua dignidade constituem valores fundamentais norteadores do Direito e das relações jurídicas.

Nesse sentido, os ensinamentos de Fernanda Tartuce (2008, p. 211):

A mediação enquanto método que concebe o mediando como protagonista de suas próprias decisões e responsável por seu próprio destino, está fundamentada na dignidade humana em seu sentido mais amplo. Afinal, permite que o indivíduo decida os rumos da controvérsia, resgate sua responsabilidade e protagonize uma saída consensual para o conflito, o que o inclui como importante ator na configuração da solução da lide, valorizando sua percepção e considerando seu senso de justiça.

Enfim, para que a sociedade possa utilizar e se beneficiar dos meios extrajudiciais de resolução de conflitos é imprescindível o desenvolvimento de uma nova cultura social que possibilite a compreensão e avaliação desses métodos, de forma a obter soluções mais rápidas, menos onerosas e efetivas. (CACHAPUZ, 2005, p. 16).

Vê-se, portanto, a necessidade de superação desses obstáculos que impedem a pacificação social e o efetivo acesso à ordem jurídica justa por meio da utilização adequada do instituto complementar da mediação, inspirado por um Direito mais humanizado e que se aproxime das necessidades cotidianas.

5.1 Princípios informadores e finalidades da mediação

A mediação, como instituto baseado em um acordo de vontades e no reconhecimento dos direitos humanos, encontra respaldo em determinados princípios formadores de suas diretrizes básicas, entre os quais merecem enfoque, o da voluntariedade, não adversariedade, informalidade e o consensualismo.

Dessa forma, admite-se que tais princípios tenham como base:

O reconhecimento dos direitos humanos e da dignidade dos indivíduos, a consciência da necessidade de participação democrática em todos os níveis sociais e políticos, a crença de que o indivíduo tem o direito de participar e ter controle das decisões que afetam a própria vida, os valores éticos que devem nortear os acordos particulares e, finalmente, a tendência a uma maior tolerância às diversidades que caracterizam toda cultura no mundo moderno-contemporâneo (MENDONÇA, 2004, p. 145).

Como na mediação não existe a imposição de uma decisão e as partes devem chegar a um acordo que seja considerado satisfatório, sem o princípio da voluntariedade esse processo torna-se inviável. Tal princípio, portanto, coloca o mediando como protagonista das

suas decisões, permitindo que ele decida o destino do conflito de forma pacífica, evitando um confronto judicial desnecessário e desgastante.

Pelo fato de não haver a presença do binômio ganha/perde quando da utilização desse meio alternativo de solução de conflitos, o princípio da não adversariedade deve ser respeitado para que se alcance o êxito, obtido pela efetivação do acordo vantajoso para os mediandos. Como decorrência desse princípio, também “é inaceitável a ameaça numa reunião de mediação. Ao ameaçar você está induzindo a outra parte a provar que é mais poderosa. Em vez de uma solução de ganhos mútuos (ganha-ganha), fica-se restrito a um jogo de ganha-perde ou de perde-perde.” (VASCONCELOS, 2008, p. 71).

O instituto da mediação pressupõe o caráter da informalidade, considerando sua característica de flexibilidade em função da vontade das partes. Assim, por favorecer a comunicação, essa inexistência de regras pré-fixadas na condução do procedimento permite a resolução da controvérsia de maneira mais concreta e satisfatória. Para melhor esclarecer o assunto, explica Fernanda Tartuce (2008, p. 213):

No tratamento do conflito, importa adotar a via mais adequada ao desiderato maior de pacificação com justiça. A mediação, enquanto prática para a facilitação do diálogo entre as partes, não tem regras fixas [...]. Tratando-se de técnica em que se busca o restabelecimento da comunicação, muitas vezes o encaminhamento da controvérsia deverá ser conduzido segundo as situações pessoais dos envolvidos e as condições concretas de sua relação.

Já o princípio do consensualismo encontra-se presente na própria relação entre as partes envolvidas, tendo em vista que alguns dos pilares do instituto da mediação são a liberdade e o poder de decisão atribuído às partes. Nas palavras de Rozane da Rosa Cachapuz (2005, p. 40):

A mediação é consensual, uma vez que nasce do consenso entre as partes envolvidas, sendo a manifestação da vontade o princípio embasador do instituto. [...] Por isso a importância de a solução ser bem observada pelas partes, para que tenham absoluta certeza de que a decisão e a responsabilidade são somente delas.

No que concerne às finalidades, entre os principais objetivos da mediação estão o restabelecimento da comunicação entre as partes, a preservação dos relacionamentos, a prevenção de conflitos, a busca por alternativas de solução e finalmente, a pacificação social.

Conforme Roberto Portugal Bacellar (1999, p. 130):

A verdadeira Justiça só se alcança quando os casos se solucionam mediante consenso que resolva não só a parte do problema em discussão, mas também todas as questões que envolvam o relacionamento entre os interessados. Com a

implementação de um “modelo mediacional” de resolução dos conflitos, o Estado estará mais próximo da conquista da pacificação social e da harmonia entre as pessoas.

Assim sendo, a mediação tem em vista o acordo pela liberdade da escolha e consensualidade, possibilitando, dessa maneira, a pacificação social e a continuidade de relacionamentos futuros por meio da prevenção de possíveis controvérsias.

5.2 Os benefícios advindos do uso da mediação nas relações privadas

Com relação as mudanças ocorridas no Estado contemporâneo, uma das mais relevantes se refere ao Direito Negocial⁸, pois o aumento das relações de trabalho aliado ao crescimento e desenvolvimento econômico ampliou consideravelmente o número de conflitos, enfatizando a necessidade de meios capazes de assegurar o acesso à ordem jurídica justa e a manutenção da função social da empresa.

A crescente utilização da prática da negociação na resolução dos conflitos modifica um quadro histórico do Estado paternalista, que retirava do indivíduo seu poder de “auto resolução”, demonstrando a tendência mundial de participação dos cidadãos na administração da justiça através dos meios alternativos de solução dos conflitos.

Pelo fato dessas relações empresariais terem como característica relacionamentos prolongados e complexos, mecanismos de interferência apaziguadora como a mediação constituem os métodos mais apropriados na medida em que permitem a cooperação entre os empresários e o consequente cumprimento espontâneo das obrigações assumidas.

Nesse sentido, “o grande mérito da mediação está em propiciar a aproximação das partes para que juntas possam buscar uma solução para o conflito, concretizando acordos satisfatórios, redundando na continuidade das relações” (STAHL, 2000, p. 17).

Certas peculiaridades das operações empresariais como a influência da dinamicidade da economia e a necessidade de elaborações de novos contratos sociais acarretam questionamentos no sentido de estabelecer limites na adoção da mediação para não se incorrer no erro de, no intuito de alcançar rapidamente a solução dos conflitos, acabar desprestigiando os padrões éticos essenciais.

Por outro lado, corre-se o risco de se ater com muito afinco aos limites éticos, num esforço de garantir a confiabilidade do instituto e perder-se o senso do que é necessário para uma prática competente, e arrisca-se, ainda, alcançar um resultado que na prática pode ser visto como bem intencionado, mas irregular, diferente e antiético (MUNIZ, 2009, p. 107).

Ademais, as reflexões acerca do uso da mediação para a defesa de direitos individuais e transindividuais no mundo empresarial merecem especial enfoque devido ao considerável aumento da importância e da quantidade de litígios nessa seara e tratamento diferenciado devido às suas características específicas (BRAGA NETO, 2009, p. 131).

A mediação empresarial parte do pressuposto de que é fundamental, ao aportar o questionamento da inter-relação existente entre os empresários, oferecer elementos de reflexão baseados em fatos daquela relação no passado e no presente, com vistas a construir um futuro, seja com a continuidade daquela relação, seja com o fim, que resulte em um modo mais pacífico em sua relação. (BRAGA NETO, 2009, p. 133).

Nesse sentido, a problemática fundamental consiste na possibilidade de aplicação da mediação no segmento empresarial e suas principais implicações quando se trata da solução de pendências entre empresas ou grupos de empresas, sempre destacando a proteção aos direitos individuais e transindividuais.

Um exemplo interessante são as franquias, em que os dois polos da relação possuem papéis de extrema relevância. Nesse tipo de operação empresarial, exige-se um relacionamento de parceria pautado na ética, no respeito mútuo e confiança. Essa interação ativa e constante é imprescindível para garantir o sucesso do negócio, mas pode ocasionar o surgimento de controvérsias.

Os contratos que, em determinado momento, atendiam a expectativas e interesses específicos, já não se mostram adequados à conjuntura atual. A dinamicidade da economia e a influência que ela exerce ocasionam controvérsias que podem gerar, muitas vezes, o descumprimento das cláusulas contratuais.

Com relação ao assunto, leciona Adolfo Braga Neto (2009, p. 134):

Além disso, há que se destacar ainda que franquia é uma atividade empresarial que envolve relacionamento de parceria complexa entre franqueador e franqueado, em um contrato que estabelece regras de conduta de ambas as partes [...]. Em outras palavras, é um contrato de complementariedade ímpar, talvez até de maneira audaciosa poder-se-ia afirmar que constitui um contrato de cumplicidade no sentido positivo do termo, no qual os dois lados possuem papéis específicos, que interagem de forma muito dinâmica e constante ao longo de toda a vigência daquele contrato, o que é essencial para a continuidade e sucesso de todas as operações inerentes ao negócio.

Nestes casos, portanto, o uso da mediação se mostra um instrumento eficaz na resolução de controvérsias, evitando intermináveis processos judiciais que demandam tempo, despesas, preocupação, além do desgaste do relacionamento franqueador/franqueado e até da impossibilidade de continuação do negócio.

Enfim, a mediação realizada através da intervenção de um terceiro que facilite a negociação e estabeleça a cooperação, pode determinar a continuidade da relação ou o surgimento de um novo contrato que atenda às perspectivas das partes de acordo com os fatores mutáveis da economia.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto da mediação como meio alternativo de solução de controvérsias representa um importante instrumento auxiliar do Judiciário, na medida em que sua finalidade é a pacificação social por meio de decisões céleres e justas que satisfaçam as pretensões das partes.

É entendimento pacífico que a demora na entrega da prestação jurisdicional pelo Poder Judiciário acarreta a insatisfação, fator antissocial que prejudica significativamente o desenvolvimento da sociedade. É necessário, pois, a valorização e incentivo para adoção de uma cultura da paz, em consonância com os princípios e valores insculpidos na Constituição Federal.

Como consequência, exige-se, paralelamente, uma mudança na tradição da busca primária pela jurisdição, por meio do aprimoramento dos diálogos e pela inserção da cultura mediacional como fonte primária de solução dos conflitos tendo como alicerce a segurança e a efetividade desse mecanismo.

Suas vantagens, assim, se coadunam com princípios fundamentais inseridos na Constituição Federal, como por exemplo, acesso à justiça e dignidade da pessoa humana. Sua relevância se justifica pelo fato do instituto se encaixar perfeitamente no contexto social atual, estando em perfeita harmonia com as exigências de uma sociedade moderna e globalizada.

De sorte que, empresas estão adotando cada vez mais os meios alternativos de solução de controvérsias para economizar tempo, dinheiro e evitar desgastes desnecessários e prolongados com intermináveis discussões judiciais, onde uma das partes sempre sai perdedora.

O que se tentou demonstrar, portanto, é como a adoção desse importante instrumento alternativo de solução de controvérsias pode contribuir com o modelo atual de Estado, considerando as transformações operadas com o (neo)constitucionalismo e as tendências inovadoras encontradas nas constituições sul-americanas.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, André Gomma de. Fatores de efetividade de processos de resolução de disputas: uma análise sob a perspectiva construtivista. In: CASELLA, P.; SOUZA, L. (Coord.). *Mediação de conflitos – novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009.

BACELLAR, Roberto Portugal. *A mediação no contexto dos modelos consensuais de resolução de conflitos*. Revista de Processo, Londrina, n. 95, p. 122-134, jul/set 1999.

BOLÍVIA. Constitución política del estado (2007). Disponível em <http://www.elpais.com/elpaismedia/diario/media/200711/29/internacional/20071129elpepiint_1_Pes_PDF.pdf>. Acesso em 22 agosto 2012.

BRAGA NETO, Adolfo. A mediação de conflitos no contexto empresarial. In: CASELLA, P.; SOUZA, L. (Coord.). *Mediação de conflitos – novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos conflitos & direito de família*. Curitiba: Juruá, 2005.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>> Acesso em 25 maio 2012.

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

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 26ª Ed. revista e atualizada. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010.

EQUADOR. Constitución del Ecuador (2008). Disponível em <http://www.presidencia.gob.ec/index.php?option=com_remository&Itemid=90&func=fileinfo&id=2>. Acesso em 13 agosto 2012.

FAGUNDES, Lucas Machado; WOLKMER, Antônio Carlos. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. *Pensar*, Fortaleza, v.16, n.2, jul.-dez. 2011.

KLIPPEL, Bruno Ávila Guedes. *Os meios de impugnação às decisões judiciais e o processo justo*. Revista de Processo, ano 33, n. 155, p. 58. Jan. 2008.

LEAL JUNIOR, João Carlos. *O direito à razoável duração do processo e os impactos econômicos da morosidade processual nos negócios empresariais*. Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em Direito Negocial, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el proyecto de Constitución del Ecuador de 2008. *Alter Justicia: Estudios sobre teoría y justicia constitucional*, ano 2, n.1, p. 13-28, oct. 2008.

MENDONÇA, Angela Hara Buonomo. A reinvenção da tradição do uso da mediação. *Revista de Arbitragem e mediação*. São Paulo: RT, ano 1, n.3, set.-dez. 2004.

MUNIZ, Tânia Lobo. A ética na mediação. In: CASELLA, P.; SOUZA, L. (Coord.). *Mediação de conflitos – novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009.

_____. Prefácio. In: KEMPFER, M.; BELLINETTI, L. (Org.). *Estudos em direito negocial*. Curitiba: Ed. CRV, 2011.

NOLETO, Marlova Jovchelovitch. *A construção da cultura de paz: dez anos de história*. In: *Cultura de paz: da reflexão à ação; balanço da Década Internacional da Promoção da Cultura de Paz e Não Violência em Benefício das Crianças do Mundo*. – Brasília: UNESCO; São Paulo: Associação Palas Athena, 2010. Disponível em <<http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001899/189919por.pdf>>. Acesso em 26 agosto 2012.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SANTOS, Gustavo Ferreira. Neoconstitucionalismo e democracia. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 43, n.172, out./dez. 2006.

STAHL, Eliane Aparecida. *A mediação como meio transformador das relações conflituosas no contexto atual brasileiro: uma alternativa ao Judiciário*. Monografia apresentada no Curso de Especialização em Direito Empresarial, 2000.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Método, 2008.

VENEZUELA. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999). Disponível em <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Venezuela/ven1999.html>>. Acesso em 26 agosto 2012.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover (Coord.). et al. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p.128-135.

_____. *Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses*. Revista de Processo (RePro), São Paulo, ano 136, v. 195, p. 381-390, maio 2011.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Ed. Alfa Ômega, 2001.

¹ Poucas vezes, na história da região, as constituições liberais e a doutrina clássica do constitucionalismo político reproduziram, rigorosamente, as necessidades de seus segmentos sociais majoritários, como as nações indígenas, as populações afro-americanas, as massas de camponeses agrários e os múltiplos movimentos urbanos. (FAGUNDES; WOLKMER, 2011, p. 377).

² Essa colonização e dependência da cultura jurídica latino-americana da época ao modelo hegemônico eurocêntrico de matriz romano-germânica não se realizaram somente no âmbito geral das “ideias jurídicas”, mas, igualmente, em nível de construções formais de Direito público, particularmente da positividade constitucional. (FAGUNDES; WOLKMER, 2011, p. 375).

³ Constituição da Venezuela. Disponível no site <http://www.tsj.gov.ve/legislacion/constitucion1999.htm> Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

⁴ Constituição da Bolívia. Disponível no site http://www.elpais.com/elpaismedia/diario/media/200711/29/internacional/20071129elpiint_1_Pes_PDF.pdf

⁵ É costume arraigado da sociedade brasileira tratar das controvérsias como uma disputa entre partes em busca de uma decisão (modelo conflitual - ganha/perde), mesmo que gere prejuízo aos laços fundamentais e eventualmente afetivos existentes entre elas (BACELLAR, 1999, p. 128)

⁶ Afirma-se que o objetivo-síntese do Estado contemporâneo é o *bem comum* e, quando se passa ao estudo da jurisdição, é lícito dizer que a projeção particularizada do bem-comum nessa área é a *pacificação com justiça*. (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2010, p. 31).

⁷ E, se é verdade que a igualdade de todos perante a lei, igualdade efetiva – não apenas formal – é o ideal básico de nossa época, o enfoque de acesso à justiça só poderá conduzir a um produto jurídico de muito maior “beleza” – ou melhor qualidade – do que aquele de que dispomos atualmente. (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p. 165).

⁸ Tânia Lobo Muniz conceitua Direito Negocial como “o conjunto de proposições que descrevem (interpretam) o Direito Positivo em que estão as proposições que prescrevem as condutas permitidas, proibidas e obrigatórias dirigidas aos negócios jurídicos [...], considerados espécies do gênero Fato Jurídico, ao qual se tem vinculado relações jurídicas em que os sujeitos integrantes têm autonomia para autorregular seus direitos e deveres em face de condutas de ação ou omissão.” (MUNIZ, 2011, p. 11).