

ACESSO À JUSTIÇA E MEDIAÇÃO: INSTRUMENTOS VIABILIZADOS PELA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ DE 1988

ACCESS TO JUSTICE AND MEDIATION: INSTRUMENTS ENABLED BY 1988 CITIZEN CONSTITUTION

Renata Mayumi Sanomya¹
Rozane da Rosa Cachapuz²

Resumo: O presente artigo pretende apresentar um estudo acerca dos inúmeros benefícios advindos da adequada implementação da mediação como meio alternativo de solução de conflitos no Brasil e sua relação com a Constituição Federal de 1988. Entre os meios eficazes que legitimam as garantias constitucionais dispostas na Carta Magna encontra-se a política pública da resolução dos conflitos, que consagra a participação das partes, através da manifestação de vontade, como ponto determinante no resultado de seus interesses. Considerando a ineficiência dos mecanismos judiciais disponíveis é imprescindível a abordagem do direito fundamental de acesso à justiça, na medida em que a mediação representa um instrumento efetivo desse acesso. Demonstra-se, ainda, a importância de discutir as questões éticas que permeiam o referido instituto, importando conceitos e utilidades do direito estrangeiro.

Palavras-chave: mediação; acesso à justiça; Constituição Federal de 1988; ética; direito estrangeiro.

Abstract: The present article aims to present a study about the numerous benefits arising from the appropriate implementation of mediation as an alternative resource of conflict resolution in Brazil and its relation to the 1988 Federal Constitution. Among the effective ways that legitimate constitutional guarantees is the public policy of conflict resolution, which elects the litigants participation, through the expression of will, as a decisive thing in the effects of their interests. Considering the inefficiency of the available judicial mechanisms the approach of the fundamental right of access to justice is essential, according as the mediation represents an effective instrument of such access. It is also demonstrated the importance of discussing the ethical issues that involve mediation, introducing concepts and utilities from foreign law.

Keywords: mediation; access to justice; 1988 Federal Constitution; ethics; foreign law.

1 INTRODUÇÃO

Para discorrer acerca do instituto da mediação faz-se necessária uma análise aprofundada do contexto atual em que esse meio alternativo de solução de conflitos se

¹ Mestranda em Direito Negocial com ênfase em Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina/PR.

² Doutora em Relações Internacionais com ênfase em Direito de família pela PUC/SP, mestra em Direito Negocial pela UEL/PR.

insere. A economia globalizada e a evolução da sociedade operam relevantes transformações no mundo jurídico e na maneira de enxergar o Direito.

A ideia de acesso à justiça diretamente atrelada a acesso aos tribunais não mais representa a realidade. Nos dias de hoje, esse modelo tradicional não é capaz de, por si só, efetivar a concretização da justiça. Hoje é preciso uma visão mais ampla, por meio do redimensionamento da importância da adoção dos métodos alternativos, sempre destacando a importância da relação desses instrumentos com os ditames constitucionais.

Essa nova realidade tem aumentado significativamente as discussões acerca dos mecanismos auxiliares da justiça, seus princípios informadores, finalidades e as questões éticas envolvidas, especialmente pelo fato de não haver regulamentação específica para disciplinar o instituto em pauta.

Destarte, para que essa análise possa ser feita de forma mais detalhada, cabe realizar um estudo comparado, reforçando as vantagens advindas do uso da mediação em outros países, importando as proficuidades que possam se adaptar ao ordenamento brasileiro, recorrendo especificamente às experiências da mediação inglesa.

Por tratar-se de tão interessante e extenso tema, é necessária uma estreita delimitação do objeto de pesquisa. Como exposto acima, a pesquisa limitar-se-á a realizar um estudo não exauriente acerca do direito fundamental de acesso à justiça e sua relação com os ditames constitucionais. Após transitar por esses temas, a pesquisa direcionar-se-á à análise do instituto da mediação, os benefícios advindos de sua adequada utilização e as questões éticas envolvidas. Após isto, o foco é sugerir as possíveis contribuições que possam ser importadas de legislações estrangeiras. 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 da doutrina brasileira, sendo de grande importância por realizar proposta de melhoria no que concerne à concretização da justiça e da pacificação social.

Surge assim, a necessidade de estudo teórico e prático da utilização da mediação e suas repercussões, consolidando a importância de sua implementação e da disseminação da cultura de pacificação social no Judiciário, para o fim de atender as normas e princípios constitucionais balizadores do ordenamento jurídico pátrio com a consequente consolidação dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

2 O INSTITUTO DA MEDIAÇÃO COMO MEIO ALTERNATIVO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

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).

Com a mediação busca-se a possibilidade de analisar o problema através do olhar do outro, por meio da valorização dos anseios individuais dos supostos combatentes, para que as partes encontrem soluções viáveis, tornando o conflito uma situação construtiva a ser gerenciada.

Desde que conduzido de maneira adequada e de forma construtiva, o conflito pode proporcionar o crescimento pessoal, profissional e organizacional, tornando-se um verdadeiro meio de conhecimento, amadurecimento e aproximação entre os seres humanos para 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. Elena I. Highton e Gladys Stella Álvarez (1995, p. 195) conceituam a mediação:

(...) es un procedimiento no adversarial en el que un tercero neutral, que no tiene poder sobre las partes, ayuda a éstas a que en forma cooperativa encuentren el punto de armonía en el conflicto. El mediador induce a las partes a identificar los puntos de la controversia, a acomodar sus intereses a los de la contraria, a explorar fórmulas de arreglo que trascienden el nivel de la disputa, a tener del conflicto una visión productiva para ambas.

Segundo Rozane da Rosa Cachapuz (2005, p. 28), o conceito mais usual de mediação estabelece que ela é um meio extrajudicial de resolução de conflitos, onde um terceiro é chamado para encaminhar as partes a chegarem a uma solução ou acordo.

Também Fernanda Tartuce (2008, p. 208) estabelece que a mediação consiste na atividade de facilitar a comunicação entre as partes para propiciar que estas próprias possam, visualizando melhor os meandros da situação controvertida, protagonizar uma solução consensual.

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

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 jurisdição³, 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.

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 comum⁴ e a concretização do acesso à justiça⁵.

2.1 A relação da mediação e do acesso à ordem jurídica justa com os ditames constitucionais

A atualidade encontra-se atrelada a transformações profundas e instantâneas. Neste contexto transformativo social, tem-se a percepção de que o Direito, de igual sorte, alterou-se, mas ainda clama por mudanças (PARAÍSO, 2006, p. 14). Os novos

³ 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).

⁴ 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 e GRINOVER, 2010, p. 31).

⁵ 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).

desafios de uma economia globalizada⁶ e de uma sociedade cada vez mais consciente de seus direitos (SOUZA, 2009, p. 69) enfatizam a necessidade e os benefícios advindos da utilização dos meios alternativos de solução de conflitos.

Com relação ao assunto, salienta José Eduardo Faria (2004, p. 39):

Dada a impressionante rapidez com que muitos dos conceitos e categorias fundamentais até agora prevalecentes na teoria jurídica vão sendo esvaziados e problematizados pelo fenômeno da globalização, seus códigos interpretativos, seus modelos analíticos e seus esquemas cognitivos revelam-se cada vez mais carentes de operacionalidade e funcionalidade.

Conforme já salientado, os conflitos fazem parte da vida em sociedade e permeiam todos os tipos de relações humanas. Igualmente, é inevitável admitir que os mecanismos tradicionais disponíveis se revelam insuficientes na resolução desses conflitos, seja no aspecto quantitativo e qualitativo, seja no sentido de acessibilidade do sistema à todos os titulares de direitos.

A existência de uma bagagem jurídica excessivamente formalista e desvinculada dos aspectos éticos e sociais (SOUZA, 2009, p. 60) aliada à falta de visão interdisciplinar e despreparo dos operadores do Direito, levam à compreensão dos motivos que acarretaram o aumento da utilização das formas alternativas de solução de conflitos, dando especial enfoque à mediação.

Outra questão se refere ao abarrotamento dos tribunais e o consequente acúmulo de litígios que ficam sem julgamento, o que demonstra as consequências da falta da cultura mediacional na nossa sociedade (BACELLAR, 2009, p. 86), evidenciada pela busca primária da jurisdição, antes mesmo da tentativa de solução dos litígios pelas próprias partes.

A existência dessa característica cultural aliada ao custo elevado constituem verdadeiros óbices no que diz respeito à acessibilidade do sistema a todos os titulares de direitos, sendo indiscutível a necessidade de superação desses obstáculos de ordem econômica e social que impedem a realização do efetivo acesso à justiça.⁷

⁶ ... por *globalização* se entende basicamente essa integração sistêmica da economia em nível supranacional, deflagrada pela crescente diferenciação estrutural e funcional dos sistemas produtivos e pela subsequente ampliação das redes empresariais, comerciais e financeiras em escala mundial, atuando de modo cada vez mais independente dos controles políticos e jurídicos ao nível nacional... (FARIA, 2004, p. 52).

⁷ O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12).

A promulgação do atual diploma constitucional significou a redemocratização do Estado, trazendo em sua essência os anseios dos variados segmentos do povo brasileiro e assumindo inúmeros compromissos voltados à transformação concreta da vida dos cidadãos. A Constituição atual acompanhou o fenômeno verificado mundialmente e passou a ocupar o centro do ordenamento jurídico pátrio, de forma que todos os demais atos normativos devem a ela se adequar (LEAL JUNIOR, 2012, p. 13-15).

A Constituição Federal de 1988, moderna e progressista no que concerne aos direitos fundamentais é também inovadora em muitos aspectos. Exemplo disto é o artigo 5º, §§1º e 2º da Carta Magna que veio ampliar o leque de direitos fundamentais reconhecidos aos cidadãos. As declarações fundamentais de direitos humanos garantem que todo homem faz jus a um processo justo em que a decisão ocorra em um prazo razoável, sob pena de a justiça ser considerada inacessível ao cidadão. O grande obstáculo é fazer com que se realize a promessa constitucional de que os processos terão uma duração razoável. (FUX, 2010).

Para 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.

Considerando essa gama de direitos e garantias em âmbito constitucional, e levando-se em conta a frequente existência de conflitos de interesses na sociedade e o monopólio estatal da Jurisdição, é imprescindível que o processo civil se articule de forma ágil e eficaz, a fim de proporcionar efetivo acesso à justiça aos jurisdicionados (LEAL JUNIOR, 2012, p. 18). A garantia do acesso à justiça, que se encontra disciplinada no artigo 5º, inc XXXV da Constituição Federal, é reconhecida como um direito fundamental no Estado Democrático de Direito, integrando o rol dos direitos humanos imprescindíveis ao ser humano.

Assim, segundo João Carlos Leal Junior (2012, p. 30):

Nesse panorama, o direito de acesso à justiça mostra-se importante não só pelo fato de se tratar de direito fundamental, mas, também, por determinar a existência de mecanismos para tutelar adequadamente qualquer direito que se

faça violado, ou mesmo ameaçado. Uma vez arrolado como direito fundamental, cumpre ao Estado brasileiro emprestar eficácia a ele na maior medida possível.

Ressalta-se também que a falta de um modelo capaz de garantir o devido acesso à justiça desrespeita outro importante princípio constitucional elencado no artigo 1º, inc 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 precisa desenvolver uma nova cultura social, que possibilite a compreensão e avaliação desses métodos (que na verdade são tão antigos como o início da humanidade) de forma a obter soluções mais rápidas, menos onerosas e efetivas (CACHAPUZ, 2005, p. 16).

Vê-se, portanto, a necessidade da 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.

2.2 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. Além disso, alguns princípios voltados ao ofício do mediador, como o da imparcialidade, credibilidade, competência, confidencialidade e diligência, também serão analisados.

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.

Ainda, como a prática da mediação de conflitos requer capacitação e sensibilidade para lidar com as dinâmicas do confronto na busca da melhor solução, entre as noções básicas que integram o preparo dos mediadores estão os preceitos de uma comunicação construtiva baseada na colaboração entre os mediandos.

Como decorrência do poder de decisão das partes, a imparcialidade é característica fundamental da figura do mediador, considerando seu papel de restaurador do diálogo entre os envolvidos e condutor do processo de mediação, podendo o mesmo se declarar impedido caso verifique que há riscos de parcialidade.

A credibilidade deve ser conquistada e mantida durante todo o processo da mediação, o que garantirá o êxito do procedimento e o cumprimento do compromisso firmado. Já a competência e diligência dizem respeito à efetiva capacidade para mediar a controvérsia existente e cuidado e prudência da regularidade, bem como a garantia do estrito cumprimento dos princípios fundamentais (PARAISO, 2006, p. 64).

O princípio da confidencialidade assegura aos participantes a segurança de que as informações e experiências compartilhadas não serão divulgadas, o que significa proteção da exposição do problema e sigilo dos fatos⁸.

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.

⁸ A boa-fé e a transparência entre os mediandos devem ser construídas num ambiente de confiança, que supõe o compromisso irrevogável de sigilo. O princípio da confidencialidade supõe que as revelações ocorridas durante uma mediação não podem ser utilizadas em outro ambiente, judicial ou não, sem a prévia anuência de ambos os mediandos (VASCONCELOS, 2008, p. 106).

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.

2.3 A ética na mediação

Apesar de um universo de aplicação bastante vasto e dos comprovados benefícios que o uso da mediação pode acarretar, esse instituto ainda vem sendo timidamente aplicado no Brasil, sob a proteção de dispositivos legais não específicos.

Embora inexista impedimento constitucional para o uso da mediação e o próprio Preâmbulo da Constituição Federal de 1988⁹ declare o compromisso com a solução pacífica das controvérsias, é indiscutível a necessidade da criação de normas que estabeleçam diretrizes dos comportamentos e procedimentos a serem adotados.

Também o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil (2000), em seu artigo 2º, inc. IV, parágrafo único, determina aos operadores do Direito o incentivo dos métodos extrajudiciais através do estímulo à conciliação entre as partes, evitando, sempre que possível, a instauração de litígios.

No Brasil, a aplicação da mediação não se encontra formalmente prevista, mas existe um anteprojeto de lei composto de 22 artigos e elaborado pela Escola Nacional da Magistratura juntamente com o Instituto Brasileiro de Direito Processual, que disciplina a mediação extrajudicial aplicada ao processo civil, devendo esta ser conduzida por um profissional de Direito.

Por isso, Tânia Lobo Muniz aborda a importância de se delimitar parâmetros, *standards* de comportamento e de procedimento para o instituto da mediação, além da formação e atuação dos mediadores, que proporcionarão uma maior credibilidade, aceitação e o consequente crescimento de sua utilização (MUNIZ, 2009b, p. 103).

Nesse diapasão, a relevância dos princípios já elencados, do perfil e preparo do terceiro facilitador do diálogo, e, principalmente, a necessidade de estabelecer limites e padrões de conduta alinhados com a ética e o bem comum são assuntos que merecem maior atenção para que seja admissível uma adequada aplicação da mediação.

⁹ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus a seguinte Constituição Federativa do Brasil.”

Discute-se, assim, a necessidade de criação de um Código de Ética¹⁰ e de outras formas de atuação para mediação com poder coercitivo suficiente para tutelar as relações que dela se utilizem, sem engessar a flexibilidade e informalidade, características que fazem parte do referido procedimento.

Tais documentos teriam a precípua função de proporcionar a homogeneidade e segurança necessárias ao bom andamento do processo, além de favorecer a qualidade da comunicação, gerando elevado rendimento de acordos concretizados e uma maior satisfação dos envolvidos, favorecendo a pacificação social.

Cabe, nesse momento, destacar as palavras de Tânia Lobo Muniz (2009b, p. 107):

A necessidade de criação de um regulamento ou modelo é inquestionável. Este é um ato político que define a natureza do campo da mediação, diferenciando-a de outros modelos. Deve-se tomar cuidado para não ser pretensioso e subjetivo a ponto de encorajar o estabelecimento de uma linha de batalha entre os vários métodos, técnicas, estilos e práticas da mediação, ao invés de um modelo utilizável de comportamento.

A experiência, aliada a pesquisas metodologicamente adequadas, tem demonstrado que o que torna um procedimento efetivo depende das necessidades das partes em conflito, dos valores sociais ligados às questões em debate e, principalmente da qualidade dos programas ou das instituições (AZEVEDO, 2009, p. 21).

Tem-se, portanto, que o estabelecimento dessas normas que irão traçar os padrões de comportamento a ser adotado e a criação de um regulamento que defina a forma e o campo de atuação da mediação implicarão na proteção da sociedade contra os maus profissionais e permitirão alcançar os principais escopos da mediação, quais sejam, o acesso à justiça e a pacificação social.

3 O ESTUDO COMPARADO DA MEDIAÇÃO

¹⁰ Para que um Código de Ética seja um instrumento de realização da filosofia da atividade, de sua visão, missão e valores, deve ser concebido pela própria classe e expressar a sua cultura e finalidade, orientar as ações de seus participantes e colaboradores e explicitar a postura do mediador em face dos diferentes litígios com os quais interage. É essencial que haja consistência e coerência entre o que nele está disposto e o que se vive na atividade de mediação (MUNIZ, 2009b, p. 115).

Tendo em vista que a insatisfação constitui um fator anti-social, não só no Brasil, mas em muitos outros países¹¹, busca-se a eliminação desses conflitos da vida em sociedade por meio das formas alternativas de resolução de conflitos.

Através da realização de um estudo comparado será possível analisar o grau de aplicação da mediação em países como Estados Unidos, França, Canadá, Argentina e, mais detidamente, da Inglaterra e quais as políticas de incentivo para sua utilização.

Diante desse quadro, importa reforçar as vantagens advindas do uso do instituto em questão em ordenamentos estrangeiros, os motivos que ensejaram essas modificações e as possíveis contribuições que se aplicam ao nosso país.

3.1 A experiência estrangeira da mediação

Primeiramente, os Estados Unidos merecem posição de destaque por ser o país que dispõe da maior quantidade de mecanismos de composição de controvérsias que se diferenciam em quatro modalidades: estatutária, contratual, voluntária e por determinação judicial. Com relação a esses mecanismos, explica Taritha Meda Caetano Paraiso (2006, p. 85):

A primeira delas refere-se à aplicação em razão de lei: são pouco comuns e atingem algumas situações de direito de família e trabalho. A mediação contratual ocorre quando os litigantes, geralmente na esfera empresarial, reúnem-se e chegam a um acordo sobre um contrato para resolver seu conflito. A voluntária trata da procura pelas partes de um mediador ao invés do sistema jurídico. A forma de mediação mais relevante e eficiente nos Estados Unidos decorre da determinação judicial. Pode se dar no início do processo – primeiros 90 dias – denominado avaliação inicial neutra, com mediadores nomeados ou privados. Há ainda as chamadas conferências de conciliação, que se dá quando o juiz conduz a mediação.

A existência de tão diversos e peculiares instrumentos revela a sofisticação e riqueza de opções decorrentes da vasta experiência americana no que se refere à manipulação desses mecanismos, ensejando profunda reflexão sobre em que medida o ordenamento jurídico brasileiro pode se beneficiar dessas experiências (TARTUCE, 2008, p. 185).

¹¹ A Law Society da Inglaterra e do País de Gales, em 2005, emitiu uma “sugestão de práticas” recomendadas no sentido de que os advogados devem considerar rotineiramente se as ações de seus clientes podem ser substituídas por ADR. A Comissão Européia também adotou a mediação e propôs uma diretiva sobre o assunto. (ANDREWS, 2009, p. 270).

Embora na França também não haja previsão legal que discipline o instituto da mediação, ele se desenvolveu na década de 80 e sempre foi utilizado em conjunto com o Judiciário. O desenvolvimento desse mecanismo e sua institucionalização, ainda que de forma primária, deu origem aos conciliadores e fez surgir um pensamento norteador da mediação no país. Assim, segundo Déborah Lúcia Lobo Muniz (2009a, p. 317):

Na França, já há longo tempo, a mediação é utilizada como forma de resolução de situações conflituosas, contando, inclusive, com incentivo dos tribunais. [...] Os dados colhidos através de sua utilização, os acertos e os erros proporcionaram elementos para dar à mediação um caráter instrumental, quando utilizada como meio de reinserção social, de reparação de danos, como forma de acesso mais rápido à justiça e de desobstrução da via jurisdicionada.

Já no Canadá, a mediação teve como marco inicial o ano de 1981, quando passou a integrar o Tribunal de Justiça como um serviço público gratuito. Alguns anos depois, foi criado o primeiro serviço de mediação familiar em Montreal e em 1985, a Mediação Familiar é tratada em uma lei federal.

Finalmente, no caso da Argentina, o incentivo à institucionalização da mediação partiu do próprio Poder Judiciário por meio da implementação de um Programa Nacional de Mediação. Além disso, diversas outras instituições como a Comissão de Mediação e Conciliação do Colégio de Advogados da cidade de Buenos Aires, a Fundação Libra e a Comissão de Mediação do Conselho Profissional de Ciências Econômicas foram criadas com o objetivo de difundir o tema e acompanhar o seu desenvolvimento.

3.2 O panorama da mediação inglesa

Os estudos acerca da mediação na Inglaterra e às políticas de incentivo à sua utilização merecem especial atenção devido às inovações trazidas pelas Regras de Processo Civil de 1998 (CPR). Nesse particular, a propósito, vê-se que, na atualidade, o ordenamento jurídico inglês dá prioridade absoluta para as *alternative dispute resolution* (ADR), o que faz com que haja drástica diminuição do número de processos tramitando no Poder Judiciário¹².

¹² Andrews (2009) aponta que, especialmente no que tange a conflitos de cunho empresarial, a técnica de gerenciamento do processo pelo juiz é feita na Inglaterra de forma a encorajar o uso de meios alternativos de solução de conflitos e evitar, com isso, que o processo tramite lentamente.

O novo Código alterou de forma significativa a cultura litigiosa dos tribunais ingleses, reconhecendo-se o potencial da mediação para concretização de acordos. Nesse sentido, logo no início das CPR, prevê-se, como dever do juiz, “encorajar as partes a utilizar mecanismos alternativos de solução de conflitos, se o juiz considerar isso apropriado, e facilitar o uso do respectivo meio.” (Regra nº 1.4, 2, e)¹³.

Além disso, fatores econômicos vêm influenciando o aumento considerável pela escolha das vias alternativas, transformando o processo judicial na última opção para os litígios ingleses. Essa aversão aos altos custos é sentida tanto no caso das empresas privadas como no caso do governo, que precisa conter os gastos públicos¹⁴.

Percebe-se, assim, a importância do estudo das novas regras processuais inglesas e, de maneira geral, da evolução ocorrida no direito alienígena após a adoção e incentivo dos meios alternativos de solução de controvérsias, para importar conceitos e utilidades práticas que possam aperfeiçoar o ordenamento jurídico pátrio, com o intuito de alcançar os escopos da pacificação social e a realização dos direitos materiais.

4 CONCLUSÃO

Em termos gerais, é possível então concluir, que 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 dos indivíduos, fator antissocial que prejudica significativamente o desenvolvimento da sociedade. É necessário, pois, a criação de documentos legais que disciplinem o comportamento e as condutas daqueles que gerenciam a mediação e também dos que optam por esse instrumento.

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.

¹³ O juiz inglês, nesta senda, pode proceder à suspensão do processo e direcionamento do litígio para outras formas de solução, especialmente mediação. Trata-se de mecanismo de fomento às partes à utilização (ou ao menos reflexão sobre) de um método extrajudicial para a resolução do conflito.

¹⁴ Na Inglaterra, estudo publicado na revista *Lord Chancellor* em 2001, demonstra que um conflito trabalhado pela mediação é valorado em \$550.00 *pounds*, ao invés de \$1.656.00 *pounds* nos processos judiciais (média calculada pelo *Legal Aid Fund*). (PARAISO, 2006, p. 70).

Suas vantagens, assim, se coadunam com princípios fundamentais insculpidos na Constituição Federal de 1988, como por exemplo, acesso à ordem jurídica justa 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.

O que se tentou demonstrar, portanto, é como a adoção dos métodos alternativos de solução de conflitos podem contribuir com o modelo atual de Estado, considerando as melhoras operadas em legislações alienígenas e que podem ser importadas para o ordenamento pátrio com sucesso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil – formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

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.

_____. Sustentabilidade do Poder Judiciário e a mediação na sociedade brasileira. 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.

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.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

FUX, Luiz. Entrevistado por Felipe Recondo. 2010. *"Mudança no processo civil pode reduzir em 50% o tempo de ações"*. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias>>. Acesso em: 17 de jun. 2012.

HIGHTON, Elena I.; ÁLVAREZ, Gladys Stella. *Mediación para resolver conflictos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1995.

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.

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, Déborah Lúcia Lobo. *Mediação: estudo comparativo*. In: CASELLA, P.; SOUZA, L. (Coord.). *Mediação de conflitos – novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009a.

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, 2009b.

PARAISO, Taritha Meda Caetano. *Panorama do direito civil na atualidade e a mediação de conflitos como instrumento pacificador no cenário jurídico brasileiro*. Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em Direito Negocial, 2006.

SOUZA, Luciane Moessa de. Mediação, acesso à justiça e desenvolvimento institucional. In: CASELLA, P.; SOUZA, L. (Coord.). *Mediação de conflitos – novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009.

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

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