

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO NORTE PAULISTA

ANDREZA RODRIGUES DE CAMPOS

MEDIAÇÃO COMO FERRAMENTA PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS

SÃO JOSÉ DO RIO PRETO
2014

ANDREZA RODRIGUES DE CAMPOS

MEDIAÇÃO COMO FERRAMENTA PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Monografia apresentada à Faculdade de Direito do Centro Universitário do Norte Paulista – UNORP, para obtenção do Título de Bacharel em Direito, sob Orientação: Professora Patrícia Rodrigues Thomé Ribeiro.

SÃO JOSÉ DO RIO PRETO
2014

Á Deus, pois Ele foi nestes cinco anos
meu refúgio e fortaleza.

Salmo 46:

Senhor, minha força e minha fortaleza,
meu abrigo seguro na hora da
adversidade.

AGRADECIMENTOS

A Deus porque me concedeu paciência, persistência e ânimo para continuar na caminhada.

A meu companheiro Jair Antonio Gorgulho Junior, que além de arcar com as despesas do curso, me sustentou, alimentou, amparou e me desafiou a terminá-lo.

A minha professora e orientadora Patrícia Rodrigues Thomé Ribeiro, pela paciência, confiança, credibilidade que depositou em mim, quando eu ainda nem sabia qual tema escolher (ainda que, acredito, tenha sofrido).

A professora e coordenadora do curso Rosimeire Ravazi Ayer, pelo apoio, ajuda e incentivo, acreditando em mim, mais do que eu mesma.

A Lívia Maria de Brito Ferreira, colega de curso, formanda como eu, amiga, companheira, confidente e principalmente positiva, pois por várias vezes me disse: vai dar certo.

A psicóloga Maria Amélia Mussi, que sem saber, abriu-me um horizonte de conhecimento e possibilidades quando tive oportunidade de participar de seu curso de mediação.

RESUMO

O presente trabalho objetiva demonstrar a possibilidade do uso de meios diversos da ação judicial como forma de solução de conflitos interpessoais. Para tanto, utilizaremos breve introdução sobre a evolução histórica da sociedade, bem como os meios utilizados por esta sociedade para solução de seus conflitos. Pretendemos demonstrar com isto a existência desde os primórdios de maneiras diversas de solução amigável e consensual para solução de diversos problemas existentes no âmbito: familiar, trabalhista e negociais. Para tanto analisaremos as áreas que podem servir de alvo para a aplicabilidade desta nova forma e seus resultados. Analisaremos também, os requisitos legais para sua aplicação. Finalmente, pretendemos demonstrar qual o impacto efetivo que o uso destas ferramentas promove no judiciário de nosso país.

Palavras-chave: mediação, conciliação, solução de conflitos.

ABSTRACT

This paper aims to demonstrate the feasibility of using various means of legal action as a way of resolving interpersonal conflicts. For so much, brief introduction to the historical development of society as well as the means used by that company to solve their conflicts. We intend to demonstrate that the existence since the dawn of several ways friendly and consensual solution to solving various issues under: family, labor and business. To analyze both to areas that may be targeted to the applicability of this new form and its results. Also analyze the legal requirements for your application. Finally, we intend to demonstrate that the actual impact that the use of these tools promotes the justice of our country.

Keywords: mediation, conciliation, conflict resolution.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. A SOCIEDADE.....	8
2. DIREITO.....	11
3. ACESSO EFETIVO A JUSTIÇA.....	14
3.1 Dificuldades ao efetivo acesso a Justiça.....	16
3.1.2 Custas Processuais.....	17
3.1.3 Possibilidade das partes.....	18
3.1.3.1 Recursos Financeiros.....	18
3.1.3.2 Aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou sua defesa.....	19
3.1.3.3 Litigantes eventuais e litigantes habituais.....	20
3.1.4 Problemas dos interesses Difusos.....	22
3.1.5 Os prejudicados e beneficiados pelos obstáculos de acesso à justiça.....	23
4. MEDIDAS GOVERNAMENTAIS PARA O ACESSO EFETIVO À JUSTIÇA..	25
4.1 Defensoria Pública.....	25
4.2 Juizados Especiais.....	26
4.3 Conselho Nacional de Justiça – CNJ.....	27
4.4 Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSC.....	28
5. CONFLITO.....	32
6. FORMAS EXTRAJUDICIAIS PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS.....	35
6.1 Arbitragem.....	35
6.2 Conciliação.....	39
6.2.1 A conciliação na justiça do trabalho.....	41
6.2.2 A conciliação no direito de família.....	44
7. MEDIAÇÃO.....	46
7.1 Origem Histórica.....	47
7.2 Modelos de Mediação.....	56
7.2.1 Mediação satisfativa ou linear (Harvard).....	56
7.2.2 Mediação circular-narrativo ou transformativo (Sara Cobb).....	57
8. A MEDIAÇÃO NA SOCIEDADE.....	59
8.1 Direito de família sob a ótica do Código Civil de 1916.....	60
8.2 Direito de família no Código de 2002.....	61
8.3 A mediação no âmbito familiar.....	63
8.4 A mediação no âmbito trabalhista.....	66
8.5 A mediação na comunidade.....	67
8.6 A mediação na educação.....	68
9. MEDIADOR.....	70
9.1 O mediador familiar.....	71
9.2 O mediador, profissão: advogado.....	72
CONCLUSÃO.....	75
REFERÊNCIA.....	77

ANEXOS

ANEXO A – Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais

ANEXO B – Lei 9.037 de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem

ANEXO C – Lei 9.958 de 12 de janeiro de 2000. Dispõe sobre as Comissões de Conciliação Prévia

ANEXO D – Resolução 125 de 29 de novembro de 2010 do CNJ – Conselho Nacional de Justiça. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa demonstrar a possibilidade do uso de outra forma de solução de conflitos que não a busca pela jurisdição. Para tanto, analisaremos as inovações trazidas pelas leis e resoluções, que disciplinam e conceitua a mediação no âmbito jurisdicional, objetivando o “desafogamento” do judiciário, bem como a celeridade processual, algo ansiosamente buscado por todos os que necessitam da “mão do Estado” para solução de causas processuais.

Desde a antiguidade, a sociedade, se é que podemos utilizar este termo, já se utilizava de meios que pudessem solucionar conflitos familiares, negociais e até mesmo trabalhistas.

Com o projeto de Lei nº 4.827/98 de autoria da Deputada Paulista Zulaiê Cobra, buscou-se atender a esta demanda de forma simples, conceituando mediação, definindo quem poderia vir a ser mediador, definindo as formas de mediação judicial e extrajudiciais, obrigando os magistrados a incentivarem o acordo, além de permitir a homologação do acordo extrajudicial em juízo, ainda que a demanda não tenha sido matéria de processo. Estabelecia ainda, que a parte pudesse requerer ao magistrado a intimação da parte contrária para comparecimento em audiência de conciliação ou mediação antes de ajuizar sua demanda, infelizmente, este projeto aguarda votação pelo Legislativo.

O objetivo deste projeto é estudar como chegar à solução de conflitos, ainda que de aspecto financeiro e/ou empresarial, não somente familiar e emocional, sem que se busque como fonte única e exclusivamente o poder judiciário.

Como, o acesso dos conflitantes a esta forma, diversa do pleito judicial, pode levar a solução de seus conflitos, considerando a capacidade que cada indivíduo possui de solucionar seus próprios problemas.

1. A SOCIEDADE

Assim como o homem é educado para cuidar e preservar aquilo que considera seu, também é natural do ser humano a dificuldade em se comunicar.

Desta dificuldade nasce grande parte dos conflitos gerados em núcleos familiares e em suas relações sociais.

Não seria um erro afirmar que os conflitos familiares ocorrem desde a criação do homem; podemos citar algumas passagens bíblicas que confirmam nossa afirmação. Como quando Jacó após ter deixado a propriedade de seu sogro Labão, levando consigo seus bens e sua família, vê-se perseguido por este que o acusa de ter levado consigo bens que não lhe pertenciam. Ciente de sua inocência, Jacó então pede que seus parentes “julguem” entre um e outro.

Jacó ficou irado e queixou-se a Labão: “Qual foi meu crime? Que pecado cometi para que você me persiga furiosamente? Você já vasculhou tudo o que me pertence. Encontrou algo que lhe pertença? Então coloque tudo aqui na frente dos meus parentes e dos seus, e que eles julguem entre nós dois¹.

Até mesmo antes, no livro de Gênesis 4:8-9, podemos verificar a dificuldade do homem em dialogar sobre suas atitudes.

8 Disse, porém, Caim a seu irmão Abel: "Vamos para o campo." Quando estavam lá, Caim atacou seu irmão Abel e o matou.

9 Então o SENHOR perguntou a Caim: "Onde está seu irmão Abel?" "Respondeu ele. "Não sei; sou eu o responsável por meu irmão?"².

A indignação quanto à pergunta de Deus sobre a localização de seu irmão Abel, demonstra a característica do ser humano em se esquivar às suas responsabilidades ou mesmo admitir suas atitudes.

Preferimos não tocar no assunto, “deixar pra lá” o que nos aborrece é mais fácil do que entrarmos em discussão tentando convencer á nós e á terceiros de nosso ponto de vista.

Partiu então o homem com seus bens e família para terras distantes; gerações e mais gerações, que trazem consigo a idéia de poder e a negligência ao diálogo.

¹ BIBLIA. Genesis, 31:36-37, NVI (Nova Versão Internacional)

² BIBLIA. Genesis, 4:8-9, NVI (Nova Versão Internacional)

A partir daí vislumbramos o que ocorreu desde a antiguidade, até os dias atuais; os conflitos, na era de Jacó a disputa por pastagens e água aos rebanhos. Na antiguidade a busca pelo homem para aumentar seu poderio; aliás, a busca pelo poder é de longe um dos motivos mais relevante e pertinente à existência humana, já que o homem desde sempre busca ascensão social, intensificam ainda mais a necessidade do homem de se organizar de modo a tornar o convívio com as demais pessoas suportável. “Querer resolver seus conflitos pela força faz parte da natureza egoísta do ser humano, mas é também inerente a essa natureza a vontade de viver em paz com seus semelhantes, buscando resolver pacificamente seus conflitos”.³

Esta busca traz vantagens e desvantagens ao homem; permite-lhe aumentar sua propriedade, mas causa-lhe transtornos com o vizinho, seja pela colocação da cerca alguns centímetros adentrando a propriedade alheia, ou, pela parte que lhe toca do riacho que abastece com água doce e fresca a propriedade.

Desta maneira, o homem foi possuindo mais e mais terras, bens, patrimônios, se enriquecendo cada vez mais.

Juntamente com os bens, crescia a necessidade de mantê-los, conseqüentemente, as disputas e conflitos aumentavam com a mesma velocidade que seu patrimônio. “Os seres humanos foram se multiplicando cada vez mais e os bens ficando limitados, vindo o fato gerar conflitos que ocasionavam extermínios, guerras, mortes”.⁴

Apesar do grande número de conflitos, é impossível ao homem viver sozinho, pois a necessidade de partilhar sua vida está intrínseca em seu ser.

O ser criado não conseguiu viver só, pois tinha emoções que necessitavam mais do que da riqueza do Éden... Deus em sua soberania traz à existência a mulher, a fim de suprir mutuamente suas necessidades e iniciar seu plano de povoamento deste planeta.⁵

Certo é que, o homem ao conscientizar-se de sua incapacidade para a vida solitária, passou então, a desenvolver e buscar formas que lhe permitissem solucionar os conflitos advindos de suas relações.

³ SPENGLER NETO, Theobaldo, SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei. 1ª edição, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010, p. 10.

⁴ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Mediação nos conflitos e direito de família. 1ª edição, Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 15

⁵ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Mediação nos conflitos e direito de família. 1ª edição, Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 13

Daí a idéia de implantação da lei como forma de delimitar as relações sociais da sociedade no campo dos negócios da família e do indivíduo com terceiros, primeiramente baseada na religião, como vemos na obra *Cidade Antiga*.

— O fundador as instituía, ao mesmo tempo em que instituía a religião. Mas ainda não podemos afirmar que ele as imaginasse por si mesmo. Qual é, portanto, o verdadeiro autor das leis? Quando falamos acima da organização da família, e das leis gregas ou romanas que regulamentavam a propriedade, a sucessão, o testamento, a adoção, observamos como essas leis correspondiam exatamente às crenças das gerações antigas.⁶

Em razão da religiosidade e obrigatoriedade de se prestar culto obedecendo aos rituais, nasceu à idéia de direito que nos baseamos hoje.

O homem não esteve a estudar sua consciência dizendo: Isto é justo, isto não. Não foi assim que apareceu o direito antigo. Mas o homem acreditava que o lar sagrado, em virtude da lei religiosa, passava de pai para filho; daí resultou que a casa se tornou bem hereditário. O homem que havia sepultado o pai em seu campo acreditava que o espírito do morto tomava posse perpétua do mesmo, e exigia de sua posteridade um culto perpétuo; daí resultou que o campo, domínio do morto e lugar dos sacrifícios, tornou-se propriedade inalienável da família. A religião dizia: O filho, e não a filha, é o continuador do culto; e a lei diz, conformando-se à religião: O filho herda, a filha não; o sobrinho pela linha masculina herda; o sobrinho pela linha feminina, não. Eis como se fez a lei; ela se apresentou por si mesma, sem que a precisassem procurar. A lei era consequência direta e necessária da crença; era a própria religião aplicando-se às relações dos homens entre si.⁷

O homem desde cedo, aprendeu a respeitar regras de convívio e obedecer à ordem dos cultos, independentemente de sua vontade ou disposição, talvez por este motivo, tenha aceitado as normas de comportamento da sociedade que aos poucos foram sendo introduzidas em seu cotidiano.

⁶ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Editora das Américas S.A. EDAMERIS, 2006, p. 292

⁷ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Editora das Américas S.A. EDAMERIS, 2006, p. 293

2. DIREITO

A palavra direito vem do latim *directum*, que significa aquilo que é reto. *Directum*, por sua vez, vem do particípio passado do verbo *dirigere* que significa dirigir, alinhar.

O termo direito foi introduzido, com esse sentido, já na Idade Média, aproximadamente no século IV. A palavra usada pelos romanos era *ius*⁸.

Sílvio Rodrigues conceitua direito como: "... a norma das ações humanas na vida social, estabelecida por uma organização soberana e imposta coativamente à observância de todos"⁹.

Historicamente, ao homem é impossível viver só; e, para viver em sociedade, teve que adaptar-se, enquadrar-se de forma a construir com seu esforço e desempenho a convivência que lhe é indispensável. "A primeira idéia que devemos trabalhar é a de adaptação, adaptação do homem a si próprio e ao meio em que vive. O ser humano, a fim de realizar seus ideais tem que se adaptar à natureza"¹⁰.

Essa adaptação passa por transformações necessárias a uma vida melhor em sociedade, de maneira que ao enquadrar-se, se torna ao homem menos penoso abrir mão de determinadas concepções que lhe eram importantes.

Por outro lado, não se pode conceber a vida social sem se pressupor a existência de certo número de normas reguladoras das relações entre os homens, por estes mesmos julgadas obrigatórias. Tais normas determinam, de modo mais ou menos intenso, o comportamento do homem no grupo social¹¹.

Essa disponibilidade, só foi possível, porque no decorrer da sociedade, o homem adaptou-se às novas condições da vida social, entendendo que para viver em sociedade é necessário alterar seu modo de vida pessoal e social.

Para responder essa pergunta, carece analisar a relação humana com a sociedade em seu duplo aspecto de adaptação: de um lado, o Direito ajuda o homem a se adaptar às condições do meio; de outro, é o homem que deve adaptar-se ao Direito, preestabelecido segundo suas próprias aspirações.

A vida em sociedade só é possível com organização, daí a necessidade do Direito. A sociedade cria o Direito para formular as bases da justiça e segurança. Mas o Direito não gera o bem-estar social sozinho. Seus valores não são inventados pelo legislador, sendo, ao contrário, expressão da vontade social¹².

⁸ FIUZA, César. Curso completo de direito civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 36

⁹ RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil. Parte geral. São Paulo: Saraiva, p.6

¹⁰ FIUZA, César. Curso completo de direito civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 33

¹¹ RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil. Parte geral. São Paulo: Saraiva, p.4

¹² FIUZA, César. Curso completo de direito civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 33

Ainda que todos os membros da sociedade estejam de acordo quanto à necessidade de viver em sociedade, algumas condições de convívio devem ser estabelecidas, pois não pode o homem definir regras somente para si, ou para determinado grupo. Por este motivo, nasce o direito, com objetivo de proporcionar segurança aos membros da sociedade, garantindo a todos a convivência pacífica.

Para o indivíduo e para a sociedade, o Direito não constitui fim em si mesmo, mas apenas meio para tornar possível a convivência e o progresso social.

Nesse sentido, o Direito deve estar sempre se refazendo, de acordo com a mobilidade social, pois só assim será instrumento eficaz na garantia do equilíbrio e da harmonia social.

Mas é por intermédio de normas jurídicas que o Direito promove seus objetivos. Normas são modelos de comportamento que fixam limites à liberdade humana, impondo determinadas condutas e sanções àqueles que as violarem.

É lógico que o Direito não pode e não deve absorver todos os atos e manifestações humanos. Seu escopo é apenas o de zelar e promover a segurança e justiça nas relações sociais¹³.

O direito não é algo de fácil interpretação, tampouco de simples entendimento, pois nasce com o indivíduo, sendo alguns resguardados antes mesmo de seu nascimento, como o direito do nascituro.

Estes direitos nascem a partir da concepção de direito objetivo, constituindo por normas estabelecidas pelo Estado, através da Constituição Federal, no caso, a Brasileira, que se dirige a todos os membros da sociedade vinculando-os mutuamente, de forma seu descumprimento é imposto de forma coercitiva pelo Estado, através das sanções.

De sorte que, entre as várias normas vigentes numa sociedade determinada, algumas vêm acompanhadas de uma sanção oriunda do Poder Público, e estas são as normas de direito, ou, mais precisamente, de direito positivo¹⁴.

Em contraponto ao direito objetivo, surge o direito subjetivo, o qual gera ao indivíduo o direito de cobrar do Estado a efetiva proteção de seu direito estabelecido pelo direito objetivo.

Na realidade, direito subjetivo e direito objetivo são aspectos da mesma realidade, que pode ser encarada de uma ou de outra forma. Direito subjetivo é a expressão da vontade individual e direito objetivo a expressão da vontade geral. Não somente à vontade, ou apenas o

¹³ FIUZA, César. Curso completo de direito civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 34

¹⁴ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Parte geral. São Paulo: Saraiva, p.5

interesse, configura o direito subjetivo. Trata-se de um poder atribuído à vontade do indivíduo, para a satisfação dos seus próprios interesses protegidos pela lei, ou seja, pelo direito objetivo¹⁵.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, determina em seu Art. 1º, inciso III, a dignidade da “pessoa humana”, dando aos integrantes da sociedade brasileira, Direitos e Garantias Fundamentais. Em seu Art. 5º, inciso XXXV traz o texto legal: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Desta forma, o Estado está obrigado a solucionar todo e qualquer litígio levado ao seu conhecimento por qualquer cidadão, independentemente de sua cor, raça, posição política, situação econômica e/ou social, bem como, independentemente de qualquer forma de litígio.

Para que este direito subjetivo possa ser resguardado faz-se necessário que o Estado garanta a sociedade, de forma geral o acesso à justiça, de maneira que se assegure não só o acesso ao Judiciário, mas também a igualdade entre as partes no processo, a imparcialidade do juiz e o direito a defesa, como veremos a seguir.

¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil: parte geral. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.5

3. ACESSO EFETIVO A JUSTIÇA

A concepção do direito como fenômeno natural, partindo da idéia de que este nasce com o homem, remonta ao século dezoito e dezenove, onde, apesar de natural, a solução dos litígios era realizada de forma individual.

Assim, o direito formal do indivíduo era tão somente o de propor ou contestar ação pleiteada por outrem. Não sendo necessária a atuação do Estado para garantir e/ou preservar o direito natural.

Nos estados liberais “burgueses” dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigorante. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar ação. A teoria era de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um “direito natural” os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção.¹⁶

O efetivo acesso à justiça somente era possível a pessoas que pudessem arcar com os custos da demanda, já bastante elevados para a época.

Os que não possuíssem recursos para arcarem com os custos tinham acesso à justiça formal, não se levando em conta peculiaridades e/ou necessidades inerentes à pessoa. Era-lhe, portanto, dispensado o tratamento “comum” àqueles que não possuíssem condições para se manter na demanda.

A justiça, como outros bens; no sistema do “laissez faire” só podia ser obtida por aqueles que pudessem arcar com seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram condenados responsáveis por sua própria sorte o acesso formal, mas não efetiva justiça, correspondia à igualdade, apenas forma, não material.¹⁷

Além da questão econômica, outras situações não eram abrangidas pela justiça, como por exemplo, a hipossuficiência, seja de conhecimento sobre seus direitos e/ou quanto à maneira de se participar no processo que por ventura uma das partes tivesse, não era levando em conta.

Portanto, só tinha acesso à Justiça quem podia financiá-la, de tal forma que os que não eram agraciados financeiramente eram largados à própria sorte,

¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 4

¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 4

sem obter a proteção do Estado, e, conseqüentemente, a proteção de seus direitos¹⁸.

A justiça tornara-se para a maioria da população formal e distante das necessidades e anseios daqueles que dela dependiam.

Mesmo recentemente, com raras exceções, o estudo jurídico também se manteve indiferente às realidades do sistema judiciário. “Fatores como diferença entre litigantes em potencial no acesso à disponibilidade de recursos para litigar não eram sequer percebidos como problema. O estudo era tipicamente formalista, dogmático e indiferente aos problemas reais do foro cível. Sua preocupação era frequentemente de mera exegese ou construção abstrata de sistemas, e mesmo, quando ia além dela, seu método consistia em julgar as normas de procedimento à base de sua validade histórica e de sua operacionalidade em situação hipotéticas. As reformas eram sugeridas com base nessa teoria do procedimento, mas não experiência da realidade. Os estudiosos do direito, como o próprio sistema judiciário, encontravam-se afastados das preocupações reais da maioria da população.”¹⁹

A importância das necessidades ou anseios dos indivíduos, não era vislumbrada pelo sistema judiciário, tampouco, a maneira com que estes resolviam seus problemas mais corriqueiros. Priorizava-se o direito a propriedade em detrimento de seu direito pessoal, ainda que um fosse conseqüência do outro.

A visão mais “humanitária” da justiça ao indivíduo passa a ser observada de maneira mais prioritária e a ganhar importância com as Constituições Federais que priorizam os direitos humanos de forma coletividade e não tão somente o indivíduo.

Com as transformações da sociedade, houve também a mudança paradigmática do acesso à Justiça, havendo necessidade de tornar efetiva a acessibilidade dos direitos proclamados a todos, o que ocorreu com a valorização do caráter coletivo em detrimento do caráter individualista antes sistematizado. O marco desse acontecimento deu-se com a Declaração de Direitos Humanos²⁰.

Não poderia ser de outra forma já que a sociedade era cada vez mais populosa, os negócios deixavam de ser realizados somente nos seios familiares e passava a ser realizado de maneira coletiva, não se podia vislumbrar o indivíduo como ser único e sim a coletividade com todas as suas diferenças culturais, comportamentais, porém uníssona.

¹⁸ SILVA, Adriana dos Santos. Acesso à justiça e arbitragem: um caminho para a crise do judiciário. Barueri: Editora Manole, 2005, p. 96

¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 4

²⁰ SILVA, Adriana dos Santos. Acesso à justiça e arbitragem: um caminho para a crise do judiciário. Barueri: Editora Manole, 2005, p. 96

À medida que as sociedades do laissez-faire cresceram em tamanho e complexidade, o conceito de direitos humanos começou a sofrer uma transformação radical. A partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletida nas “declarações de direitos” típicas do século dezoito e dezenove. O movimento fez-se no sentido de reconhecer os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, indivíduos. Esses novos direitos humanos, exemplificados pelo preâmbulo da Constituição Francesa de 1946, são, antes de tudo, os necessários para tornar efetivos, quer dizer, realmente acessíveis a todos, os direitos antes proclamados. Entre esses direitos garantidos nas modernas constituições, estão os direitos ao trabalho, à saúde, à segurança material e à educação.²¹

Possuir o direito não significa estar totalmente seguro quanto à tentativa de terceiros em se opor ao seu exercício. Por este motivo, ter o direito não significa pacificação.

Daí a problemática, o direito, seja ele garantido pelo Estado ou por uma relação particular, não está livre de entraves, portanto, a exigibilidade ou proteção deste direito deverá ser, quando usurpado, resgatado na justiça, a qual é o Estado detentor da prioridade de salvaguardá-lo.

Quando se fala em acesso à Justiça, o objetivo direto é tornar efetivo um dos principais e fundamentais direitos do cidadão: o de garantir seus direitos e não apenas garantir sua propositura. Com relação à investidura do acesso à Justiça muito já foi feito, mas sobre sua concretização ainda há muito o que se fazer²².

O cidadão, ainda hoje, se depara com algumas situações que dificultam o acesso irrestrito à tutela jurisdicional, em sentido amplo, ou seja, não somente no acesso ao judiciário em de poder ingressar com a pretensão, mas também a de assegurar ao cidadão uma justa composição na lide.

3.1 Dificuldades ao efetivo acesso a Justiça

Sabemos que somente possuir o direito não torna garantia de sua segurança, de maneira, que quando em situação de eminente perda ou prejuízo á este direito,

²¹ CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 4

²² SILVA, Adriana dos Santos. Acesso à justiça e arbitragem: um caminho para a crise do judiciário. Barueri: Editora Manole, 2005, p. 96

devemos procurar a tutela jurisdicional do Estado para que este nos restitua ou impeça o prejuízo.

Entretanto, ainda hoje, apesar das iniciativas governamentais e institucionais, o acesso à justiça não é tão fácil quanto deveria ser.

Ainda existem obstáculos que devem ser ultrapassados para que possamos ter acesso à justiça de forma efetiva e indiscriminada.

Transpor os obstáculos não é tarefa fácil, porém é imperioso trabalhar para se alcançar o objetivo.

Considerando o entendimento de Mauro Cappelletti, trataremos a seguir de alguns obstáculos que impedem o acesso efetivo à justiça de forma célere, indiscriminada e eficaz a todos e qualquer indivíduo da sociedade.

3.1.2 Custas processuais

Cappelletti leciona que um dos obstáculos que mais impedem o acesso à justiça é a custa processual. Segundo o autor, o próprio sistema judicial em si, já é bastante oneroso, se computados os gastos com funcionalismo, manutenção predial e/ou aluguel, dentre outros.

Caberá aos litigantes assumirem a custa com os honorários advocatícios e judiciais. Para o autor, neste sentido, o Sistema Americano, mostra-se um pouco menos dispendioso, já que nele, o vencido não é obrigado a arcar com as despesas do vencedor, cada qual assume suas despesas.

Já no Brasil, a obrigatoriedade do pagamento, por parte do vencido dos chamados honorários sucumbenciais, onera ainda mais o litigante. Para o autor, seria mais seguro a litigância judicial se a parte tivesse certeza de sair-se vencedor da demanda; o que é algo extremamente raro.

Neste caso, a menos que o litigante em potencial esteja certo de vencer o que é de fato extremamente raro dado as normais incertezas do processo – ele deve enfrentar um risco maior do que o verificado nos Estados Unidos. A penalidade para o vencido em países que adotam o princípio da sucumbência é aproximadamente duas vezes maior – ele pagará os custos de ambas às partes.²³

²³ CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 6

O litigante não deve avaliar somente as suas chances de vitória, deve também preocupar-se com a derrota, já que perdendo, deverá arcar com a sucumbência, entretanto, não é só o que deve pesar em sua avaliação, deve o litigante calcular o custo da prestação do serviço advocatício, já que possuindo o litigante chance de ganhar ou não, deverá arcar com o custo do advogado, segundo o autor um advogado custa muito caro, e por vezes o litigante não possui condições de arcar com essa despesa.

De qualquer forma, torna-se claro que os altos custos, na medida em que uma ou ambas as partes devam suportá-los, constituem uma importante barreira ao acesso à justiça.

A mais importante despesa individual para os litigantes consiste, naturalmente, nos honorários advocatícios.(...). Qualquer tentativa realística de enfrentar os problemas de acesso deve começar por reconhecer esta situação: os advogados e seus serviços são caros.²⁴

3.1.3 Possibilidade das partes

Outro obstáculo que dificulta o acesso à justiça é a vantagem que alguns litigantes possuem quando da demanda, seja pela impossibilidade de acesso à justiça gratuita ou por possuir vantagens estratégicas em relação à parte contrária como, por exemplo:

3.1.3.1 Recursos Financeiros

Como já citado anteriormente, uma das causas de dificuldade ao acesso à justiça que o litigante se depara é a custa judicial, alta e sem qualquer garantia de retorno.

Considerando que os recursos financeiros, de certa maneira, favorecem os mais abastados e prejudica aqueles que não gozam de tantos recursos, uma situação financeira confortável acaba por favorecer o litigante que possui condições de arcar com os custos de uma demanda longa, ou que possa suportar seu custo com recursos próprios, sem que isso lhe traga prejuízo com seus compromissos diários.

²⁴CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça. Porto Alegre:Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 7

Pessoas ou organizações que possuam recursos financeiros consideráveis a serem utilizados têm vantagens óbvias ao propor ou defender demandas. Em primeiro lugar, elas podem pagar para litigar. Podem, além disto, suportar as delongas do litígio. Cada uma dessas capacidades, em mãos de uma única das partes, pode ser uma arma poderosa; a ameaça de litígio torna-se tanto plausível quanto efetiva. De modo similar, uma das partes pode ser capaz de fazer gastos maiores que a outra e, como resultado, apresentar seus argumentos de maneira mais eficiente. Julgadores passivos, apesar de suas outras, e mais admiráveis características, exacerbam claramente estes problemas, por deixarem às partes a tarefa de obter e apresentar provas, desenvolver e discutir a causa dentro de “um prazo razoável” é para muitas pessoas uma Justiça acessível.²⁵

3.1.3.2 Aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou sua defesa

A aptidão a que se refere o autor diz respeito ao conhecimento e acesso às informações que algumas pessoas possuem e outras não fazem idéia de que exista. Assim, uma pessoa que tenha um nível escolar maior que outra terá maior facilidade em expor os fatos, bem como saberá onde e de que forma procurar o auxílio que eventualmente necessite, seja para se defender em processo ou defender seu direito.

É certo que alguns direitos são largamente divulgados e difundidos pela mídia, ou até mesmo por parcela da população que tenha maior necessidade ou familiaridade com o bem material protegido. Entretanto, para que se busque apoio e orientação profissional é necessário que se tenha um nível médio de entendimento quanto às questões da vida cotidiana.

A “capacidade jurídica” pessoal, se relaciona com as vantagens de recursos financeiros e diferenças de educação, meio e status social, é um conceito muito mais rico, e de crucial importância na determinação da acessibilidade da justiça.²⁶

A educação é um, mas não único fator que colabora com a acessibilidade à justiça, ou a falta de acessibilidade.

Outros fatores também são relevantes, como por exemplo, a capacidade de reconhecer a lesão a um direito que pode ser pleiteado judicialmente, ou a falta de

²⁵ CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p.8

²⁶ CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p.8

conhecimento quanto às maneiras e procedimentos de se ajuizar uma ação, e por último a disposição das pessoas em recorrer ao sistema judiciário para garantir e/ou assegurar um direito.

Ressalte-se que envolver-se em uma demanda judicial em nosso país, demanda, tempo, dinheiro, disposição física, psicológica e mental e principalmente coragem. Coragem para enfrentar a lentidão judiciária. Dinheiro para arcar com as despesas, conforme já examinado em item anterior. Disposição física para procurar os melhores profissionais ao menor custo, mas que lhe proporcione um mínimo grau de confiabilidade. Psicológica porque as etapas do processo são desgastantes e angustiantes. E mental, porque a depender da demanda o prejuízo patrimonial acaba refletindo-se na vida profissional e pessoal do litigante. Daí dizermos que encabeçar um processo judicial é muito mais que o simples fato de protocolar uma petição inicial no cartório distribuidor.

Além dessa declarada desconfiança nos advogados, especialmente comum nas classes menos favorecidas, existem outras razões óbvias por que os litígios formais são considerados tão pouco atraentes. Procedimentos complicados, formalismo, ambientes que intimidam, como o dos tribunais, juízes e advogados, figuras tidas como opressoras, fazem com que o litigante se sinta perdido, um prisioneiro num mundo estranho.²⁷

3.1.3.3 Litigantes eventuais e litigantes habituais

CAPPELLETTI, citando GALLANTER, diz haver em nosso sistema judiciário, dois tipos de litigantes: os que são considerados eventuais, compreendendo aqueles que não estão no judiciário de forma contínua, a entender os indivíduos normais da sociedade; e os habituais, estes compreendidos pelas grandes empresas e organizações, geralmente estas, demandando contra os litigantes eventuais.

Para o autor, grandes problemas surgem quando estão nos pólos estes litigantes, em primeiro lugar porque é desproporcional a balança, já que os litigantes habituais possuem maior experiência no ambiente judiciário, estão familiarizados com as formalidades e procedimentos complicados da demanda; conseguem racionalizar os custos das demandas, pois geralmente possuem profissionais contratos de forma mensal, não sendo cada processo custeado de maneira

²⁷ CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p.9

autônoma; também nesta premissa, é possível para estes litigantes dividirem créditos e débitos nas várias demandas que possuem; além de proporcionar a vantagem de trabalhar com várias estratégias processuais, adequando futuramente a melhor a cada caso; a constantes idas e vindas aos fóruns, proporciona á estes litigantes a possibilidade de conhecer e manter uma relação mais próxima daqueles que proferem as sentenças;

O professor Galanter desenvolveu uma distinção entre o que ele chama de litigantes “eventuais” e “habituais”, baseado na freqüência de encontros com o sistema judicial. Ele sugeriu que esta distinção corresponde em larga escala, à que se verifica entre indivíduos que costumam ter contatos isolados e pouco freqüentes com o sistema judicial e entidades desenvolvidas, com experiência judicial mais extensa. As vantagens dos litigantes “habituais”, de acordo com Galanter, são numerosas: 1) maior experiência com o Direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio; 2) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos; 3) o litigante habitual tem oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instância decisória; 4) ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos; e 5) pode testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros. Parece que, em função dessas vantagens, os litigantes organizacionais são, sem dúvida, mais eficientes que os indivíduos. Há menos problemas em mobilizar as empresas no sentido de tirarem vantagens de seus direitos, o que com freqüência, se dá exatamente contra aquelas pessoas comuns que, em condição de consumidores, por exemplo, são as mais relutantes em buscar o amparo do sistema.²⁸

O processo pode ser penoso para ambas as partes, mas especialmente degradante para o indivíduo, membro da sociedade, que não possui meio, nem conhecimento para se defender em ações, cujos autores possuem larga escala de experiência processual e alta capacidade financeira e gerencial.

É desigual, sem sombra de dúvida, e talvez por este motivo, tenha nosso legislador, muito sabiamente, conferido á esta parcela da sociedade a característica de hipossuficiência no âmbito do direito do consumidor, transferindo, inclusive o ônus da prova.

É válido, porém, ainda há muito que se trabalhar para um acesso justo e eficiente no âmbito judicial desta parcela populacional.

²⁸ CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça. Porto Alegre:Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p.9

3.1.4 Problemas dos interesses Difusos

Direitos difusos ou coletivos são os interesses que transcendem ao próprio indivíduo de forma a atender a coletividade e não apenas o interesse individual, como: o direito a educação, a saúde, ao trabalho, a segurança, dentre outros. Estes direitos estão descritos nos artigos 5º e 6º da Constituição Federal.

A maior dificuldade no acesso à justiça nos casos de interesses difusos é o fato da demanda, por vezes, ter na outra extremidade interesses de pessoas e/ou agentes de grande influência social, política e econômica, o que dificulta, e muito a atuação de apenas um indivíduo, ainda que pleiteando direito da coletividade.

Outro problema está relacionado à própria demanda judicial, demandar em favor de direito coletivo é complicado e demanda conhecimento técnico bastante elevado.

Outro fator complicador é que em muitos casos, o causador da lesão ao direito não é punido na medida em que se espera, sendo por vezes condenado a pagamento de indenização aos prejuízos sofridos pela parcela da coletividade, sem, entretanto, deixar de realizar seu objetivo.

Além dos problemas enfrentados com a demanda judicial, há de se somar a dificuldade e por vezes impossibilidade de juntar todos os interessados para juntos fazerem parte da demanda, esta dificuldade, impossibilita a configuração do interesse unificado e expresso da coletividade.

Interesses “difusos” são interesses fragmentados ou coletivos, tais como o direito ao meio ambiente saudável, ou à proteção ao consumidor. O problema básico que eles apresentam – a razão da sua natureza difusa – é que, ou ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a propor uma ação.

Um indivíduo, além disso, poderá receber apenas indenização de seus próprios prejuízos, porém não dos efetivamente causados pelo infrator à comunidade. Consequentemente, a demanda individual pode ser de todo ineficiente para obter o cumprimento da lei; o infrator pode não ser dissuadido de prosseguir em sua conduta.

Outra barreira se relaciona precisamente com a questão da reunião. As várias partes interessadas, mesmo quando lhes seja possível organizar-se e demandar, podem estar dispersas, carecer de necessária informação ou simplesmente ser incapazes de combinar uma estratégia comum.²⁹

²⁹ CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p.10

3.1.5 Os prejudicados e beneficiados pelos obstáculos de acesso à justiça

Os obstáculos que dificultam o acesso à justiça são mais visíveis nas demandas de pequenas causas, geralmente propostas por autores individuais, pessoas pobres que necessitam do poder judiciário para lhes garantir direitos básicos como: medicamentos, vagas em creche, recebimento da pensão alimentícia, inventário, dentre outros.

Em contraponto, os que mais se beneficiam destas dificuldades são as organizações e empresas que contam a seu favor a situação financeira favorável, o conhecimento vasto do campo judicial, o terreno das demandas lhe são extremamente familiar.

Cappelletti sugere como solução aos menos afortunados, a exclusão da necessidade de representação por advogado em determinadas demandas; para o autor, a própria parte poderia se auto-representar na demanda que fosse necessária.

Entretanto, o mesmo autor considera tal solução temerária, pois para que não aconteçam injustiças, seria necessária atuação efetiva e ativa do juiz no processo.

Outra solução indicada pelo autor é a ampliação de formas de assistência mais efetivas e funcionais.

Um exame dessas barreiras ao acesso, como se vê, revelou um padrão: os obstáculos criados por nossos sistemas jurídicos são mais pronunciados para as pequenas causas e para os autores individuais, especialmente os pobres; ao mesmo tempo, as vantagens pertencem de modo especial aos litigantes organizacionais, adeptos do uso do sistema judicial para obterem seus próprios interesses. (...) Por exemplo, uma tentativa de reduzir custos é simplesmente eliminar a representação por advogado em certos procedimentos. Com certeza, no entanto, uma vez que litigantes de baixo nível econômico e educacional provavelmente não terão a capacidade de apresentar seus próprios casos, de modo eficiente, eles serão mais prejudicados que beneficiados por tal "reforma". Sem alguns fatores de compensação, tais como um juiz ativo ou outras formas de assistência jurídica, os autores ou indigentes poderiam agora intentar uma demanda, mas lhes faltaria uma espécie de auxílio que lhes pode ser essencial para que sejam bem sucedidos.³⁰

³⁰ CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p.10

A tutela jurisdicional, é a primeira ferramenta a qual se lança mão quando o indivíduo se vê às voltas com um conflito, seja por concepção cultural ou por simples despreparo emocional para resolver o problema.

Ainda que seja dispendioso, cansativo, moroso e para alguns, pouco eficaz, a busca pela tutela jurisdicional do Estado como meio para solução de conflitos, aumentou significativamente com as medidas adotadas para maior acesso à Justiça.

Com isso, observa-se um aumento significativo e até gigantesco nas demandas judiciais, o que acarretou novo problema: o sistema judiciário atual, não possui capacidade profissional, recursal e tampouco organizacional de dar ao cidadão uma tutela jurisdicional satisfatória.

4 MEDIDAS GOVERNAMENTAIS PARA O ACESSO EFETIVO À JUSTIÇA

Vimos no capítulo anterior que o acesso à justiça, ainda que de forma restrita, se deu com a concepção do indivíduo como um todo, como uma coletividade, e que, esta concepção foi totalmente aceita pela Constituição Federal de 1988, tendo o texto legal trazido, de forma expressa, o direito ao acesso à justiça em seu Artigo 5º, XXXV, que trata Dos Direitos e Garantias Fundamentais: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

4.1 Defensoria Pública

Para assegurar esta garantia, o Artigo 21, XIII da Constituição Federal, trata da obrigatoriedade da União em: organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios.

Nesse sentido, foi promulgada em 05 de fevereiro de 1950, a Lei Federal nº 1.060, cujo texto legal estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, objetivando amparar os cidadãos de menor poder aquisitivo nas causas judiciais.

Através desta Lei Federal nº 1.060/1950, os poderes público federal e estadual ficam obrigados a concederem assistência judiciária aos necessitados.

Art. 1º. Os poderes público federal e estadual, independente da colaboração que possam receber dos municípios e da Ordem dos Advogados do Brasil, - OAB, concederão assistência judiciária aos necessitados nos termos da presente Lei³¹.

A Defensoria Pública é a mais antiga das assistências judiciais gratuitas existentes no país. Porém sua implantação nos estados federados começou de maneira lenta e morosa, entretanto, conforme dados do IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, esta realidade tem apresentado mudanças de forma positiva.

O país tem hoje 2.680 comarcas, das quais apenas 754 (ou seja, 28%) são atendidas pela Defensoria Pública. A grande inovação desta pesquisa é o recorte específico na atuação territorial da Defensoria Pública, que permite

³¹ Lei Federal nº 1.060/1950, artigo 1º.

conhecer melhor a realidade dessas comarcas – atendidas e não atendidas –, identifica exatamente onde estão os defensores públicos, em que áreas eles atuam, se o número deles na comarca é razoável, e até mesmo verifica qual a realidade por trás das atuações itinerantes, ou seja, se é uma opção por racionalidade da demanda ou uma imposição decorrente do baixo número de profissionais³².

A Defensoria Pública prioriza a prática da conciliação como alternativa para resolução de conflitos.

Conta atualmente com quadro de profissionais das mais diversas áreas para prestar atendimento à população de maneira eficaz e principalmente, humanitária.

Nessa esteira, a própria Lei Complementar criou o CAM, o Centro de Atendimento Multidisciplinar, “visando ao assessoramento técnico e interdisciplinar para o desempenho das atribuições da instituição” (artigo 48). Na Defensoria Pública do Estado de São Paulo, o CAM está presente em todas as suas Regionais. Ele é composto por Agentes de Defensoria, com formação em Psicologia ou Serviço Social, e um Defensor Público Coordenador. Dentre as atribuições desenvolvidas pelos Agentes está o apoio ao serviço de atendimento especializado, com a prestação de suporte psicossocial às demandas jurídicas atendidas, e a atuação enquanto facilitadores de acordos, fomentando a resolução dos conflitos por meio de métodos alternativos, ou seja, a mediação e a conciliação³³.

4.2 Juizados Especiais

Ainda visando prestar atendimento ao maior número possível de cidadãos, o Governo Federal através da Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995, criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais em todo o território nacional.

Os Juizados têm como finalidade atender à população em causas cíveis, sem a obrigatoriedade de ser representado por advogado, em causas relacionadas ao direito civil, que não superem o valor de 20 (vinte) salários mínimos e de até 40 (quarenta) salários mínimos através da contratação de advogado.

Trata-se dos Juizados Especiais (Lei 9.099, de 1995), cujos valores das discussões se encontram limitados a determinada quantia e cujas partes, num momento inicial, não precisam da interferência ou acompanhamento de advogados. Assim, os JECs, como são chamados os Juizados Especiais Cíveis, demonstraram a preocupação do Estado com o serviço da justiça por

³² IPEA, Instituto de pesquisa econômica aplicada. Mapa da Defensoria Pública no Brasil. 1ª edição, Brasília: Editora dos Autores, 2013, p. 9

³³EDEPE. Escola da Defensoria Pública do Estado. Boletim da Escola da Defensoria Pública, N. 4 – jan/dez 2012 ISSN 1984-4875

ele oferecido. No entanto, existem diversas restrições ao uso deste tipo de procedimento, como o da inexistência de qualquer possibilidade de perícia e o de o processo ser conduzido, por vezes, por pessoas com pouca experiência processual.³⁴

O processo no Juizado Especial segue o rito sumaríssimo, baseado nos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, necessários e indispensáveis para uma Justiça mais rápida e confiável.

O pleiteante passa a ter duas opções judiciais para solução de sua demanda, a Justiça comum, onde seu pedido seguirá o rito ordinário, ou pelo Juizado Especial Cível (desde que seguido os requisitos), que seguirá pelo procedimento sumaríssimo, atualmente mais célere por primar pelos princípios acima mencionados.

4.3 Conselho Nacional de Justiça- CNJ

Apercebendo-se o legislador da grande demanda gerada, mui bravamente, buscou amparo e solução na legislação vigente, com intuito de atender aos anseios da sociedade, atribuiu á alguns órgãos, competência para utilizar-se de procedimentos que pudessem dar solução aos conflitos, antes de se tornarem demandas judiciais.

Os conflitos que por alguma resistência das partes não encontrem solução prévia por negociação direta podem, e até recomenda-se que devam, ser submetidos a outros métodos extrajudiciais (alternativos). Quando ainda assim a questão não for resolvida, é que se impõe a atuação do Poder Judiciário de forma (adjudicada) para dizer a quem cabe o direito.³⁵

Nesta premissa, O Conselho Nacional de Justiça – CNJ, utilizando-se dos poderes a ele concedidos instituiu em 18 de março de 2009 a elaboração e implantação do Planejamento e da Gestão Estratégica:

Art. 1º Fica instituído o Planejamento Estratégico do Poder Judiciário, consolidado no Plano Estratégico Nacional consoante do Anexo.
I - desta Resolução, sintetizado nos seguintes componentes:
I - Missão: realizar justiça.
II - Visão: ser reconhecido pela Sociedade como instrumento efetivo de justiça, equidade e paz social.

³⁴ SILVA, Tania Moura da. Mediação e arbitragem: A decisão por especialistas da contabilidade. Porto Alegre: Conselho Regional de Contabilidade do Rio Grande do Sul, 2005. p. 9

³⁵ BACELLAR, Roberto Portugal. Mediação e arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 19

III - Atributos de Valor Judiciário para a Sociedade:

- a) credibilidade;
- b) acessibilidade;
- c) celeridade;
- d) ética;
- e) imparcialidade;
- f) modernidade;
- g) probidade;
- h) responsabilidade Social e Ambiental;
- i) transparência³⁶.

4.4 Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSC

Como consequência em 29 de outubro de 2010, o Conselho emitiu a Resolução de nº 125, onde implantou a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, onde considerou ser a conciliação e a mediação ferramentas úteis à solução de conflitos.

Considerando que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido à excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças³⁷;

A Resolução 125/10 do Conselho Nacional de Justiça estabelece em seu Art. 1º a responsabilidade dos órgãos judiciais de oferecer mecanismos de solução de controvérsias, o que efetivamente, significa dizer que em cada Tribunal de Justiça do Estado Brasileiro, o cidadão deve ter acesso á alguma forma de solução de litígio consensual, antes de se propor uma ação, e, até mesmo, no decorrer do trâmite processual.

Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe oferecer mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão. Nas hipóteses em que este atendimento de cidadania não for imediatamente implantado, esses serviços devem ser gradativamente ofertados no prazo de 12 (doze) meses³⁸.

Ocorre que o sistema judiciário como visto anteriormente, não dispõe de recursos humanos, profissionais e estruturais para atender a crescente demanda e

³⁶ Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, parágrafo 1º

³⁷ Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça

³⁸ Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, parágrafo único do artigo 1º.

ainda disponibilizar o serviço determinado pelo Conselho; daí a criação pela mesma Resolução 125/10 dos chamados CEJUSC – Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, estes centros, funcionam como uma “extensão” do judiciário.

Art. 8º Para atender aos Juízos, Juizados ou Varas com competência nas áreas cível, fazendária, previdenciária, de família ou dos Juizados Especiais Cíveis, Criminais e Fazendários, os Tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania ("Centros"), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão³⁹.

Os Centros Judiciários de Solução de Conflitos foram instalados em várias cidades, possuem profissionais de diversas áreas como: psicólogos, sociólogas e profissionais da área de direito.

Em algumas cidades, onde há instituições de ensino com cursos de Direito regularmente inscritos no MEC – Ministério de Educação e Cultura, os núcleos jurídicos destas instituições firmam parcerias com o Tribunal de Justiça para prestarem a assistência à população.

São unidades do Poder Judiciário que podem ser instaladas através de parcerias com entidades públicas e privadas que oferecem a conciliação e a mediação aos cidadãos como forma de resolução de seus conflitos, em prédios particulares ou no prédio do fórum. Os CEJUSCS podem ainda auxiliar os Juizados ou Varas na realização de audiências de conciliação ou mediação processuais⁴⁰.

Ponto importante a ser ressaltado, é que, diferentemente da Defensoria Pública, onde há necessidade de comprovação de renda para atendimento, esta obrigatoriedade não existe nos Centros Judiciários, o que aumenta em muito a parcela da população que pode ser atendida.

O Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc) atende demandas pré-processuais (casos que ainda não chegaram ao Poder Judiciário) e também processuais (que já têm ações em andamento) das áreas Cível e de Família. São demandas relacionadas à regularização de divórcio, investigação de paternidade, pensão alimentícia, renegociação de

³⁹ Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, artigo 8º.

⁴⁰ SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos. Centro de Treinamento e apoio aos servidores. Curso prático Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSCS. 2013

dívida, relações de consumo, brigas entre vizinhos, entre outros. Não há limite de valor da causa.

O TJSP conta com 58 Cejuscs instalados. O da capital, de novembro de 2011, foi o primeiro do Estado. De lá para cá, já entraram em funcionamento mais um na capital e 56 no interior e litoral⁴¹.

Outro diferencial dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania é que sua atuação pode ocorrer tanto em processo já em andamento, como também em causas que ainda não foram á litígio, o que a princípio, reduz o número de demandas no judiciário, contribuindo, portanto, com o objetivo de “desafogar” os tribunais.

Sabemos que o sistema judiciário encontra-se atolado em mais processos do que sua capacidade de processar e julgar. Boa parte deste problema pode estar na estrutura de nosso Código de Processo Civil que possibilita que um processo se arraste por anos e anos.

Na tentativa de solução para este problema encontra-se no Senado projeto para alteração de nosso Código objetivando que o processo se torne mais célere através de várias alterações.

É evidente que a classe judiciária aguarda ansiosa pelas mudanças, entretanto, o sistema de votação também é lento e sofre diversas intempéries para sua concretização.

Paralelo ao trabalho legislativo tem a sociedade se mobilizado no sentido de ampliar sua percepção, aprimorando-se no sentido de ela própria solucionar os conflitos que lhe são pertinentes, daí a busca por novas maneiras que tragam às partes o amparo da Justiça.

O novo enfoque de tratamento da resolução desses conflitos advém do contexto no qual se observa que a via tradicional de solução da litigiosidade não tem se manifestado como a melhor forma de se satisfazer tais pretensões, viabilizando, com isso, o aparecimento de um novo conceito de Justiça, que, no atual momento, denomina-se Justiça coexistencial ou conciliatória⁴².

Exemplo disto é a atuação do estado de São Paulo, através da Secretaria Estadual da Educação, com a elaboração e aplicação do Curso de Atualização Mediação Escolar e Comunitária.

⁴¹ <http://www.aojesp.org.br/artigos.php?tipo=1&id=2076> – Fonte: Associação dos Oficiais de Justiça do Estado de São Paulo, visualizado em 30.10.14

⁴² SILVA, Adriana dos Santos. Acesso à justiça e arbitragem: um caminho para a crise do judiciário. Barueri: Editora Manole, 2005, p. 88

Este trabalho visa capacitar professores mediadores, para que juntamente com a comunidade, a administração escolar e o corpo docente, possam trabalhar de maneira a conduzir de forma mais amigável conflitos existentes nas escolas estaduais, promovendo a democracia de forma ampliada.

O Professor Mediador Escolar e Comunitário (PMEC) é um educador de proximidade dedicado à promoção da proteção escolar. Ele soma esforços à equipe gestora e a toda a equipe docente para lidar com as questões que se manifestam no ambiente escolar e produzem reflexos na convivência que se estabelece dentro da escola, contemplando as relações interpessoais de todas as pessoas que a frequentam: alunos, professores, funcionários e pais⁴³.

Busca-se com este projeto, promover práticas alternativas de resolução de conflito, bem como apresentar à parcela da população que se encontra ainda no âmbito escolar o respeito e interesse pela diversidade de gêneros, conceitos e idéias estas que o indivíduo trará do ambiente escolar para a sociedade.

⁴³ <http://www.rededosaber.sp.gov.br/portais/Default.aspx?tabid=3079>. Fonte: Governo do Estado de São Paulo

5 CONFLITO

O conflito surge a partir da negativa da outra parte em fazer aquilo que a primeira acredita estar correta de acordo com suas convicções, cultura e/ou educação. Assim, aquilo que para um parece insignificante ou de pouca importância, para o outro é totalmente relevante e indispensável, desta forma, algo corriqueiro torna-se insuportável dando abertura a consequências extremas, por vezes indesejáveis.

Porém, quando esses problemas começam se avolumar, o nosso desgaste psicológico é maior e justamente quando deveríamos estar com mais forças para enfrentá-los, é quando nos sentimos cansados demais e parece que tudo o que conseguimos é “vegetar” ao invés de curtir ao máximo nossa vida.⁴⁴

Desde muito cedo o ser humano é educado para preservar o que é seu: seu brinquedo, seu quarto, seus pais, seus amigos, etc. este dever de guarda e preservação é exercido automaticamente, assim, quando lhe é negado à premissa de “propriedade”, se sente lesado, dando início a conflitos que vão além do simples fato; tornando a relação engessada, gerando a competitividade entre as partes que passam de entes queridos a rivais.

Essa “rivalidade” dificulta o falar e ouvir, mas este, que aquele, torna indisponível a prática do entender e se colocar no lugar do outro, chegando ao ponto de não conseguirem, as partes, solucionarem o conflito sozinhas.

Esta negativa em fazer ou deixar de fazer algo, gera o conflito e afeta o indivíduo de tal forma, que para ele é psicologicamente impossível abrir mão de algo que lhe pareça sobremaneira importante, mas que verdadeiramente não possui valor algum.

No desiderato de assegurar acesso à justiça, quando houver descumprimento da lei, abuso, desrespeito a convenções e quebra de princípios, terá o Poder Judiciário de promover o ajuste de interesses com a resolução da lide sempre descrita como – um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida ou insatisfeita.⁴⁵

⁴⁴ MILRED, Maria Cristina. A força dos sentimentos. sem editora. 2009, p. 13

⁴⁵ BACELLAR, Roberto Portugal. Mediação e arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 21

Por vezes a impossibilidade de solucionar o conflito de forma pacífica é tão grande, que chegam os conflitantes a usar de meios violentos para fazerem valer suas vontades.

A violência pertence à antropologia humana fundamental, no sentido de que ela ocupa o primeiro plano da humanidade, desde sempre. Basta reler os livros antigos, os textos sacros de várias religiões, particularmente a *Bíblia*, para dar-se conta de que a violência é uma das dimensões constitutivas da relação humana desde a origem do laço social.⁴⁶

Geralmente, quando falamos em conflitos, logo imaginamos discórdia, raiva, desapontamento principalmente entre um indivíduo e o outro, conseqüentemente, imaginamos que em um conflito, uma das partes irá “perder” ou sofrer prejuízo.

Em regra, intuitivamente se aborda o conflito como um fenômeno negativo nas relações sociais que proporciona perdas para, ao menos, uma das partes envolvidas⁴⁷.

Chegado a esta etapa do conflito, infelizmente, não haverá alternativa a uma das partes a não ser recorrer á terceiro para tentar solucionar o impasse havido, já que as partes não conseguiram solução para o mesmo.

É neste momento que se busca a tutela do Estado, para que este intervenha.

Ainda que uma das partes tenha procurado o Estado para solucionar o conflito existente, há de se ressaltar que nem sempre a parte busca e/ou almeja o fim que o Estado dará ao problema, se não, vejamos, não teríamos grande número de cidadãos descontentes com sua sentença ou relutantes em cumprir a sentença proferida por este “ente jurisdicional”.

Em muitos casos, os conflitos de interesses entre pessoas são de tal forma insuperáveis que se busca o Judiciário para solucionar o problema. Ocorre que o processo judicial, em muitos casos, acaba por não satisfazer de forma plena os interesses de qualquer das partes, visto que o Judiciário se vale de uma ferramenta legal para condução de seu processo, ou seja, a condução do processo é feita com base numa lei processual, que prioriza o entendimento de vencedor e vencido.⁴⁸

⁴⁶ SALLES, Leila Maria Ferreira, SILVA, Joyce Mary Adam de Paula e (orgs). Jovens, violência e escola: um desafio contemporâneo. São Paulo: Editora Unesp, Cultura Acadêmica, 2010, p. 07

⁴⁷ AZEVEDO, André Gomma (org.). Manual de Mediação Judicial. Brasília: Ministério da Justiça, 2012 p. 27

⁴⁸ SILVA, Tania Moura da. Mediação e arbitragem: A decisão por especialistas da contabilidade. Porto Alegre: Conselho Regional de Contabilidade do Rio Grande do Sul, 2005. p. 9

O intuito, por vezes, da parte que busca o auxílio do Estado está na possibilidade de abrir-se novamente a discussão, o entendimento, uma oportunidade para se começar do zero, ainda que judicialmente. “A importância do monopólio jurisdicional é fato incontestável e assegura aos cidadãos a tranqüilidade de não precisar se armar para a luta ou fazer valer seus direitos por meio do exercício da força”.⁴⁹

Alguns doutrinadores preferem diferenciar, conflitos de disputas alegam que a disputa acontece quando a pretensão do indivíduo é rejeitada de forma integral ou parcial pelo outro, daí tornando-se uma lide (disputa), existindo somente após ocorrer à demanda judicial.

Outros entendem que o conflito surge sem que exista uma disputa.

Independentemente de qual posição é adotada, o fato é que tanto conflito, quanto disputa traz às partes sentimentos e conseqüências indesejadas, o que de alguma forma, invariavelmente, se tornará uma demanda judicial.

E não há correspondência necessária, entre conflito e disputa processual, pelo singelo motivo de que não há coincidência fenomênica entre eles. Conflito e processo são fenômenos de predicções distintas; ainda que se reconheça que o processo judicial foi originariamente criado com a ambição de ser o continente do conflito⁵⁰.

⁴⁹ BACELLAR, Roberto Portugal. Mediação e arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 19

⁵⁰ SÃO PAULO, Associação dos Advogados de. Revista do Advogado. Mediação e conciliação. São Paulo, Ano XXXIV, n. 123, Agosto, 2014

6 FORMAS EXTRAJUDICIAIS PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Temos por objetivo o estudo sobre mediação, entretanto, para melhor entendermos o tema, se faz necessário observarmos que a mediação é “uma”, porém, não única, forma de resolução de conflitos na esfera extrajudicial.

A nosso dispor ainda temos as ferramentas da arbitragem, conciliação e cláusulas escalonadas. Veremos adiante pequeno resumo sobre o conceito de cada ferramenta, bem como, a possibilidade do uso de cada uma delas.

6.1 Arbitragem

Sancionada pela Lei 9.307 em 23 de Setembro de 1996, ou Lei Marco Maciel, a arbitragem foi aguardada por muitos como uma solução para o acúmulo de processos na justiça, e pelos profissionais de diversas áreas, como novo campo de atuação, entretanto, a arbitragem no Brasil não reduziu, como se esperava, as demandas judiciais, tampouco, tornou-se um campo fértil para profissionais.

Há seis anos, a aprovação da Lei 9.307/96 prenunciava o início de uma nova era para a solução de conflitos no Brasil. Entre acadêmicos veio acompanhada de muito entusiasmo. Nos anos seguintes, muitos cursos foram lançados para preparar profissionais para esta matéria; proliferaram as câmaras de arbitragem, que, em muitos casos, intitularam-se “tribunais” e “cortes”; muitos acharam que enriqueceriam com os métodos alternativos de solução de conflitos.

Se o tempo é o senhor da razão, os últimos anos foram impiedosos em dar aos entusiastas da arbitragem uma lição de realismo. E isso porque a arbitragem não se multiplicou, no Brasil, de forma geométrica, como alguns chegaram a imaginar.⁵¹

A Lei 9.307/96, que institui o juízo arbitral, aprovado por unanimidade pelo Senado Federal e por ampla maioria na Câmara dos Deputados, significa um novo campo de trabalho para a sociedade.

A arbitragem pode contribuir para a redução do trabalho dos juízes togados, ao mesmo tempo que gera emprego para os árbitros.⁵²

⁵¹ SILVA, Adriana dos Santos. Acesso à justiça e arbitragem: um caminho para a crise do judiciário. Barueri: Editora Manole, 2005, p. XIII.

⁵² LIMA, Alex Oliveira Rodrigues de. Arbitragem um novo campo de trabalho. 2ª edição. São Paulo: Iglu, 2000, p. 86

A Lei 9.037/96 estabelece quais pessoas podem buscar a arbitragem para solução dos conflitos: “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.⁵³

Desta forma, a arbitragem é restrita às pessoas jurídicas ou físicas, titulares de direitos que contraem direitos e obrigações através da constituição de negócios.

Ainda são poucos os negócios jurídicos brasileiros que privilegiam a possibilidade do uso da arbitragem como mecanismo para solução de conflitos, seja por falta de conhecimento sobre sua utilização e/ou insegurança jurídica, entretanto, com a globalização, o Brasil têm realizado vários negócios em âmbito internacional.

Internacionalmente, o uso da arbitragem é forma constantemente utilizada para solução de conflito, daí algumas esferas da sociedade estar se mobilizando para atender á esta necessidade do empresário brasileiro.

Isto não significa, entretanto, que a aceitação social da arbitragem não tenha se modificado desde 1997. Ao contrário, essa aceitação é visível no número crescente de casos, na inclusão da cláusula compromissória nos contratos e no interesse pelo estudo da matéria no meio acadêmico. Sobretudo no que se refere ao comércio exterior e aos contratos internacionais, ganha unanimidade a opinião favorável ao uso da arbitragem.⁵⁴

A arbitragem é uma forma de solução de conflito privada, indicada para a solução de conflitos decorrente de negócios jurídicos que envolvam grandes valores, por ser alvo de negócios específicos, é necessária a participação de pessoa especializada no negócio objeto do contrato, por este motivo, é mais utilizada na esfera comercial. Tanto assim, que o Código Comercial Brasileiro de 1850, já previa a utilização desta ferramenta:

O Código Comercial de 1850, ainda hoje em vigor, estabelece o arbitramento obrigatório no art. 294, nas causas entre sócios de sociedades comerciais, durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha; regra também estatuída no art. 348.⁵⁵

⁵³ LEI 9.307 de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem

⁵⁴ SILVA, Adriana dos Santos. Acesso à justiça e arbitragem: um caminho para a crise do judiciário. Barueri: Editora Manole Ltda, 2005, p. XIV.

⁵⁵ LIMA, Alex Oliveira Rodrigues de. Arbitragem um novo campo de trabalho. 2ª edição. São Paulo: Iglu, 2000, p. 89

O uso da arbitragem só será admitido, se os conflitantes, previamente, através da existência de cláusula compromissória no contrato, pactuar o uso desta ferramenta como forma para solução de conflitos advindos do negócio.

“Deve-se fazer constar dos contratos, obrigatoriamente, uma cláusula compromissória, a qual, assinada pelas partes, indica que estas abdicam do poder jurisdicional para solução de suas controvérsias, optando tão somente pela arbitragem.”⁵⁶

As partes devem, de forma voluntária, fazerem constar no contrato a prevalência da arbitragem como forma de solução de conflitos oriundos do negócio. “A arbitragem tem natureza contratual, e as partes de comum acordo optam por ela, não podendo desistir do que foi pactuado”.⁵⁷

Na arbitragem, um terceiro, previamente contratado, porém, neutro e imparcial, chamado de árbitro, faz uso das prerrogativas do direito, para que, em audiência com as partes litigantes possa chegar à solução do conflito.

Este árbitro poderá ser qualquer pessoa, desde que capaz para os atos civis e de confiança das partes, conforme art. 13 da Lei 9.307/96: “Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes”.⁵⁸

Desta forma, a arbitragem constitui-se em um grande campo de atuação para vários profissionais de diversas áreas como: humanas, exatas, etc., porém imprescindível ser de confiança das partes. “O árbitro não precisa ser um profissional habilitado, um advogado, médico, engenheiro ou contador – poderá ser qualquer pessoa capaz e de confiança das partes, mesmo que não tenha profissão alguma”.⁵⁹

A Lei 9.307/96 confere ao árbitro, personificação de juiz de fato e de direito, tanto assim, que o árbitro está sujeito aos mesmos deveres e responsabilidades que devem responder os juízes no Poder Judiciário.

Art. 14. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de

⁵⁶ LIMA, Alex Oliveira Rodrigues de. Arbitragem um novo campo de trabalho. 2ª edição. São Paulo: Iglu, 2000, p. 19

⁵⁷ LIMA, Alex Oliveira Rodrigues de. Arbitragem um novo campo de trabalho. 2ª edição. São Paulo: Iglu, 2000, p. 88

⁵⁸ LEI 9.307 de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem.

⁵⁹ LIMA, Alex Oliveira Rodrigues de. Arbitragem um novo campo de trabalho. 2ª edição. São Paulo: Iglu, 2000, p. 88

juízes, aplicando-se lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.⁶⁰

O resultado da audiência se reverte em sentença dada pelo árbitro, a qual é considerada título executivo judicial, contra ela, não cabe recurso, tampouco necessita de homologação pelo Poder Judiciário, conforme disposto na lei 9.307/96 em seu artigo 31 e 18 respectivamente: “Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”.⁶¹ e “Art.18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”.⁶²

A arbitragem também pode ser utilizada para a solução de conflitos que se relacionam com direitos indisponíveis, ou seja, direitos privados, geralmente os advindos do campo comercial, de contratos de prestação de serviços, locação, compra e venda desde que não tenham interesse, o Município, Estado ou a União.

O uso da arbitragem não é novidade em nosso ordenamento jurídico; a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 4º já determina que as relações internacionais de nosso país sejam regidas por dez princípios, dentre eles a solução pacífica dos conflitos: “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...)VII. solução pacífica dos conflitos; (...)”.⁶³

Contempla também nossa Constituição a possibilidade do uso da arbitragem nas relações trabalhistas, como competência da Justiça do Trabalho: “Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (...) § 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros”.⁶⁴

Com a eleição do ministro Ricardo Lewandowski para presidente do STF em 13.08.2014, a arbitragem volta a tomar ares de importância, carregada de uma expectativa por sua maior incidência como ferramenta hábil na solução de conflitos.

Em seu discurso de posse, o presidente deixou claro sua intenção de deixar a cargo da sociedade a solução de conflitos considerados por ele “menores”:

⁶⁰ LEI 9.307 de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem.

⁶¹ LEI 9.307 de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem

⁶² LEI 9.307 de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem.

⁶³ MORAES, Alexandre de. Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2009. p. 3

⁶⁴ MORAES, Alexandre de. Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2009. p. 135

“Quando falo de formas alternativas me refiro à conciliação, mediação e arbitragem de modo que os conflitos menores não sejam necessariamente levados ao Judiciário e sejam resolvidos pela própria sociedade”.⁶⁵

Esta iniciativa estimulou os ânimos dos profissionais de todo o país com a esperança de que novos contratos sejam concretizados sob a ótica da solução de conflitos fora do mundo dispendioso e moroso do judiciário.

6.2 Conciliação

Conciliação: ato ou efeito de conciliar, ato de harmonizar.

A conciliação é também ferramenta utilizada para resolução de conflitos de maneira extrajudicial.

Para alguns doutrinadores, a conciliação obtém maior eficácia nas relações cotidianas e negociais, onde não há relacionamento afetivo e/ou envolvimento emocional, pois a conciliação é um método mais rápido para solução de conflitos.

Alguns doutrinadores entendem que para casos em que exista um relacionamento de cunho afetivo, a mediação seja a ferramenta mais apropriada.

A conciliação é um modelo de mediação focada no acordo. É apropriada para lidar com relações eventuais de consumo e outras relações casuais em que não prevalece o interesse comum de manter um relacionamento, mas apenas o objetivo de equacionar interesses materiais. Muito utilizada, tradicionalmente, junto ao Poder Judiciário, embora quase sempre de modo apenas intuitivo. Como procedimento, a conciliação é mais rápida do que uma mediação transformativa: porém muito menos eficaz⁶⁶.

A conciliação por vezes pode ser confundida com a mediação, ou termos a impressão de que se trata do mesmo, falando diferente. Entretanto, a conciliação se difere da mediação no que diz respeito a sua concepção.

Na conciliação, um terceiro, indiferente ao conflito, não necessariamente de confiança das partes (diferentemente da arbitragem), sugere alternativas para a solução do conflito.

Algumas vezes, a depender de sua posição, pode ele orientar às partes quanto às conseqüências jurídicas e de direito a que podem levar suas atitudes.

⁶⁵ <http://g1.globo.com/jornal-nacional/videos/t/edicoes/v/ministro-ricardo-lewandowski-e-eleito-como-presidente-do-supremo-tribunal-federal/3562331/>- Fonte: Valor Econômico

⁶⁶ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Mediação de conflitos e práticas restaurativas. São Paulo: Método, 2008, p. 38

Portanto, a conciliação é uma atividade mediadora focada no acordo, qual seja, tem por objetivo central a obtenção de um acordo, com a particularidade de que o conciliador exerce uma atividade hierárquica, toma iniciativas, faz recomendações, advertências e apresenta sugestões, com vistas à conciliação.⁶⁷

Na mediação as próprias partes é que chegam ao acordo, sendo que o terceiro apenas auxilia na tarefa de restabelecer o diálogo entre as partes, utilizando-se de métodos elaborados pelos modelos de mediação.

Importa inicialmente estabelecer a diferença entre conciliação e mediação. Na conciliação, um terceiro se envolve no litígio, sugerindo propostas, apresentando alternativas, agindo de forma que as partes consigam compor a sua discussão.⁶⁸

Sabemos, portanto, que mediação e conciliação, apesar de utilizar-se de um terceiro, são métodos extrajudiciais de resolução de conflitos com objetivos diferentes.

O mediador, que tem um tratamento muito mais vinculado com a parte do que com o conflito em si, age no sentido de apresentar às partes as alternativas de solução do impasse. Importa dizer que o mediador não decidirá a controvérsia. Ou seja, esgotada a tentativa de se estabelecer uma composição do impasse, o mediador não promoverá uma decisão acerca do conflito, seu papel é restrito à busca da aproximação das partes.⁶⁹

O Estado têm se preocupado com o crescente número de processos que chegam ao judiciário, atravancando cada vez mais os trabalhos de magistrados e operadores do direito.

Diante desta problemática, têm o Estado admitido ser a conciliação uma ferramenta útil e que deve ser disponibilizada de maneira gratuita para a população, buscando assim, a redução do número de demandas judiciais.

Daí a idéia da criação das Comissões de Conciliações Prévias, pra tratar de algumas matérias como as de direito trabalhista, empresarial, de família, dentre outras diversas áreas.

⁶⁷ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Mediação de conflitos e práticas restaurativas. São Paulo: Método, 2008, p. 3

⁶⁸ SILVA, Tania Moura da. Mediação e arbitragem: A decisão por especialistas da contabilidade. Porto Alegre: Conselho Regional de Contabilidade do Rio Grande do Sul, 2005. p. 13

⁶⁹ SILVA, Tania Moura da. Mediação e arbitragem: A decisão por especialistas da contabilidade. Porto Alegre: Conselho Regional de Contabilidade do Rio Grande do Sul, 2005. p. 13

A conciliação pode ocorrer em duas ocasiões: antes do ajuizamento da ação no judiciário, chamada de conciliação pré-processual; e, após o ajuizamento da ação, sendo que esta ocorrerá dentro do processo, tendo como conciliador o juiz.

A conciliação pré-processual é realizada por terceiro, em órgão da jurisdição como as Defensorias Públicas Estaduais e/ou os Centros Judiciários de Solução de Conflitos, popularmente chamados de CEJUSC.

Nestes órgãos, a parte e/ou as partes terão o conciliador capacitado para a conciliação, podendo o mesmo auxiliá-los orientando-os quanto às conseqüências de seu acordo.

Ressalte-se que os acordos firmados através da conciliação possuem validade jurídica, portanto, o descumprimento do acordo por qualquer uma das partes, poderá ser objeto de denúncia á Justiça, cabendo para tanto pedido de cumprimento de sentença. Desta forma, o acordo firmado para fixação de valor de pensão alimentícia realizada através de acordo em conciliação, por exemplo, gera o título extrajudicial, sendo totalmente possível e válida sua cobrança por ação de execução de alimentos, podendo, caso surja à inadimplência, acarretar a prisão civil do devedor.

Desta forma, não há perda de direito às partes que procuram e solucionam seus conflitos na conciliação, sendo totalmente seguro juridicamente o acordo firmado.

6.2.1 A conciliação na justiça do trabalho

Nessa premissa a Lei 9.958 de 12 de Janeiro de 2000, veio para alterar e acrescentar alguns artigos à Consolidação das Leis do Trabalho-CLT, regulamentando a atuação das Comissões de Conciliações Prévias na área trabalhista:

Art. 625-A. As empresas e os sindicatos podem instituir Comissões de Conciliação Prévia, de composição paritária, com representantes dos empregados e dos empregadores, com a atribuição de tentar conciliar os conflitos individuais do trabalho.

Parágrafo único. As Comissões referidas no *caput* deste artigo poderão ser constituídas por grupos de empresas ou ter caráter intersindical.⁷⁰

⁷⁰ LEI 9.958 de 12 de Janeiro de 2000. Altera e acrescenta artigos à Consolidação das Leis do Trabalho - CLT

As Comissões de Conciliações Prévias objetivam desafogar o Tribunal Trabalhista, pois há grande demanda de ações nesta área, de forma que antes de se ajuizar a ação, o empregado deveria ser atendido por estas Câmaras de Conciliações, a princípio formada por representantes dos empregadores e dos empregados. Entretanto, tamanha abrangência não foi possível, já que alguns sindicatos não aderiram no sentido de compor e manter as Câmaras de Conciliações devido ao seu alto custo.

Ocorre que o procedimento das Comissões de Conciliação Prévia acabou por não ser implementado por todos os sindicatos, uma vez que, em regra, o procedimento deveria ser sustentado pelas próprias entidades, as quais, detendo já poucos recursos financeiros para sua própria manutenção, não têm condições de manter uma estrutura de conciliação.⁷¹

A regulamentação da Lei 9.958 de 12 de Janeiro de 2000, não pacificou o uso dos trabalhos das Comissões de Conciliação na Justiça Trabalhista, alguns doutrinadores consideram que os direitos trabalhistas, não podem ser objeto de conciliação, pois estariam dispostos no rol de direitos indisponíveis:

Primeira, a *indisponibilidade* de direitos trabalhistas, o que quer dizer que, se o trabalhador não pode dispor, por sua vontade, de alguns dos seus direitos, por consequência esses direitos não poderiam ser conciliáveis, porque nesse caso estaria ocorrendo a violação do princípio da indisponibilidade.⁷²

Além da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, haveria, no uso das Comissões de Conciliações Prévias, a subtração do direito de ação do trabalhador, garantido por nossa Constituição:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (“...”).⁷³

Segundo, o princípio constitucional do direito de acesso ao Poder Judiciário, para alguns feridos com a obrigatoriedade da tentativa de conciliação

⁷¹ SILVA, Tania Moura da. Mediação e arbitragem: A decisão por especialistas da contabilidade. Porto Alegre: Conselho Regional de Contabilidade do Rio Grande do Sul, 2005. p. 16

⁷² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho: História e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho. 26ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1433

⁷³ MORAES, Alexandre de. Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2009. p. 12

prévia, para outros não afetado, por se tratar de mera condição da ação, como nos parece ser.⁷⁴

Pesaria ainda, contra a utilização das Comissões de Conciliações Prévias o atentado ao direito de ação do trabalhador na Justiça Trabalhista, pois a obrigatoriedade de participação na conciliação seria pré-requisito para o autor pleitear sua ação judicial.

No entanto, o Judiciário trabalhista, apesar de algumas divergências contundentes com relação à constitucionalidade das referidas Comissões de Conciliação firmadas por representantes dos sindicatos, tem acolhido a sua legitimidade e o seu grau de jurisdição.⁷⁵

A Justiça Trabalhista têm aceitado e exercitado a conciliação. Tanto assim, que a Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT determina a realização da conciliação em duas fases do processo: antes do recebimento da defesa e após o recebimento das razões finais:

A Justiça do Trabalho prestigia a conciliação como forma primordial de solução do conflito trabalhista (art. 764, da CLT), a ponto de obrigar o Juiz a propor a conciliação em diversos estágios do processo, quais sejam: quando aberta a audiência, antes da apresentação da contestação (art. 846, da CLT) e após as razões finais das partes (art. 850, da CLT).⁷⁶

Art. 846 - Aberta a audiência, o juiz ou presidente proporá a conciliação.

Art. 850 - Terminada a instrução, poderão as partes aduzir razões finais, em prazo não excedente de 10 (dez) minutos para cada uma. Em seguida, o juiz ou presidente renovará a proposta de conciliação, e não se realizando esta, será proferida a decisão.⁷⁷

Para Mauro Schiavi, a conciliação é a melhor forma de resolução de conflitos, já que somente as partes conseguem avaliar o prejuízo, bem como as condições efetivas de cada um; somente as partes podem determinar o que é razoável e bom:

Sem dúvida, a conciliação é a melhor forma de resolução do conflito trabalhista, pois é a solução oriunda das próprias partes que sabem a real dimensão do conflito, suas necessidades e possibilidades para melhor solução. Muitas vezes, a sentença desagrada uma das partes e até mesmo as duas partes.⁷⁸

⁷⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho: História e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho. 26ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1433

⁷⁵ SILVA, Tania Moura da. Mediação e arbitragem: A decisão por especialistas da contabilidade. Porto Alegre: Conselho Regional de Contabilidade do Rio Grande do Sul, 2005. p. 16

⁷⁶ SCHIAVI, Mauro. Manual de Direito do Trabalho. 2ª edição. São Paulo: LTR, 2009. p. 34

⁷⁷ CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO-CLT.

⁷⁸ SCHIAVI, Mauro. Manual de Direito do Trabalho. 2ª edição. São Paulo: LTR, 2009. p. 34

Basile confirma o uso da conciliação como ferramenta disponível à Justiça do Trabalho com finalidade pacificadora de conflitos:

Embora nenhuma lesão ou ameaça a direito possa ser excluída da apreciação do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV), os conflitos trabalhistas poderão ser pacificados sem o uso da jurisdição, o que se fará mediante autocomposição (solução da controvérsia sem intervenção de terceiros — autonomia privada), mediação (terceiro oferecendo proposta de paz aos envolvidos) ou conciliação (por intermédio de uma comissão de conciliação prévia).⁷⁹

6.2.2 A conciliação no direito de família

O direito de família é sem dúvida um dos maiores campos de atuação da conciliação.

É no seio da família que nasce e se ramificam os piores conflitos. Nasce porque muitas vezes a relação desgastada pelo tempo não suporta as dificuldades diárias e constantes. Ramificam-se porque os filhos desta relação levarão para suas famílias o comportamento que os acompanharam durante toda a infância e juventude. “A parte de herança que recebemos de nossos pais, e que eles por sua vez receberam de seus ascendentes, é a mesma – melhorada ou piorada – que legaremos a nossos filhos, e eles a seus filhos, até o final dos tempos”.⁸⁰

Não exageramos quando dizemos que a área do direito de família é uma das maiores, ou talvez a maior cliente do judiciário brasileiro e também o melhor ramo de atuação para o advogado.

Entretanto, também é a área do direito que mais exigirá do profissional paciência, direção, foco, objetividade e principalmente, humanidade.

No direito de família o conciliador (advogado ou não), deve estar pronto para receber pessoas com problemas iguais aos seus, ou maiores, ou problemas iguais aos de um parente, um amigo; o conciliador receberá pessoas com as quais se identifica, pessoas que já estão esgotadas, exauridas, sem fé na justiça, sem fé no ser humano.

Por este motivo, o conciliador deve abster-se de tentar uma aproximação maior com a parte, pois ele não será capaz de solucionar todos os problemas, ele

⁷⁹ BASILE, Cesar Reinaldo Ojja. Processo do Trabalho. Coleção Sinopses Jurídicas. Vol. 31.2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 20

⁸⁰ PECOTCHE, Carlos Bernardo González. A herança de si mesmo. 8ª edição. São Paulo: Logosófica, 2012, p.13

está capacitado e preparado para intermediar as partes a chegarem á um acordo, e não para solucionar seus problemas, sejam eles quais forem.

Para explicar melhor, devemos novamente fazer um paralelo com a mediação.

A mediação é um método onde o mediador irá buscar a raiz do problema, a sua origem, e a partir daí dar início ao trabalho de mediar o diálogo entre as partes, de forma que eles tenham uma visão ampla do problema, capacitando-os a avaliar seu comportamento e do outro, para daí chegarem á uma solução para o conflito.

Este trabalho demanda tempo e disposição, desprendimento e boa vontade de todas as partes. “O mediador não pode ter pressa e mesmo que esteja com pressa não pode demonstrar. Não temos certeza de que a pressa é inimiga da perfeição, mas podemos certamente afirmar que a pressa é inimiga da mediação”.⁸¹

Na conciliação, o conciliador manterá o foco no problema, o conciliador não fará o papel de mediador no que diz respeito á encontrar a raiz do problema. Pelo contrário ele se atentará ao problema apresentado, suas possibilidades e conseqüências jurídicas, de maneira a instruir os conflitantes quanto à legalidade do pedido que almejem.

O CNJ – Conselho Nacional de Justiça propôs A Política Pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses e a criação da Comissão dos Juizados Especiais, que objetiva inculcar nos operadores de direito a rotina da conciliação, ou seja, deixar que as partes cheguem a um acordo razoável sobre o conflito, sem lhes desamparar na esfera judicial.

⁸¹ BACELLAR, Roberto Portugal. Juizados Especiais: a nova mediação para processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

7 MEDIAÇÃO

Mediação é uma das formas disponíveis para resolução de conflitos de maneira extrajudicial, que busca auxiliar os conflitantes a chegarem a um acordo que seja para ambas as partes vantajoso e o menos agressivo possível. “Mediação vem do latim *mediare* e significa dividir ao meio, repartir em duas partes iguais. Ficar no meio de dois pontos. Mediar como ação, como verbo, sempre deu a idéia de que quem o fazia dividia em partes iguais ganhos e perdas”.⁸²

Ao contrário do que possa parecer, a mediação é realizada tendo como ponto de partida o fato que originou o conflito, e não, o conflito em si.

Na mediação os mediandos não atuam como adversários, mas como co-responsáveis pela solução da disputa, contando com a colaboração do mediador. Daí porque se dizer que a facilitação, a mediação e a conciliação são procedimentos não adversariais de solução de disputas, diferentemente dos processos adversariais, que são aqueles em que um terceiro decide quem está certo, a exemplo dos processos administrativos, judiciais ou arbitrais.⁸³

Outra característica da mediação é que ainda que a princípio, as partes não se dêem conta, a solução e o posterior acordo firmado entre os conflitantes são alcançados com a disposição e trabalho dos próprios conflitantes, e não pela pessoa que no momento exerce a função de mediador. “A mediação, meio extrajudicial de resolução de conflitos, tem por finalidade a busca da fonte causadora que originou o problema, para juntamente com os envolvidos, encontrar a solução”.⁸⁴

Encontrado o caminho para o acordo e dele saindo satisfeitas as partes, não há arrependimentos posteriores, tampouco o sentimento de haver sido ludibriado ou agido de forma que não se desejasse.

Quando surge o procedimento de resolução pacífica de conflitos, não se pode ter em mente que haverá vencedores e vencidos, mas, sim, partes que, junto com um especialista no assunto, buscam uma alternativa conjunta, melhor para ambos os lados, com vistas a compor o litígio de forma razoável e eficaz para os envolvidos.⁸⁵

⁸² CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Mediação nos conflitos e direito de família. 1ª edição, Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 22

⁸³ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Mediação de conflitos e práticas restaurativas. São Paulo: Método, 2008, p. 36

⁸⁴ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Mediação nos conflitos e direito de família. 1ª edição, Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 11

⁸⁵ SILVA, Tania Moura da. Mediação e arbitragem: A decisão por especialistas da contabilidade. Porto Alegre: Conselho Regional de Contabilidade do Rio Grande do Sul, 2005. p. 9

Alguns estudiosos afirmam que este é um dos principais motivos que tornam o cumprimento do acordo possível, já que os conflitantes, ao final, percebem que de alguma forma, ainda que tenham contato com apoio de um terceiro, a solução foi por eles buscada e alcançada, e não imposto por iniciativa de um “ser” desconhecido e sem conhecimento profundo das emoções e sentimentos intrínsecos ao conflito por eles vivenciado.

De salientar que, sendo o pano de fundo a discórdia, o terceiro não pronuncia sentença, interpõe-se entre as duas partes, sem se confundir com nenhuma delas. O crédito que tem perante ambas é que o qualifica para as unir. O seu papel é instaurar a razoabilidade nas exigências a fim de que a paz seja conseguida.⁸⁶

7.1 Origem Histórica

O modelo de cuidado jurisdicional que conhecemos, onde o Estado é detentor do poder de “punir” e instituição responsável por criar normas de conduta sociais nem sempre existiu.

Houve um tempo que o homem era responsável por solucionar seus problemas, sem intervenção de terceiro; nesta época histórica, houve excessos, bem como, a parte menos favorecida na disputa era quem mais sofria.

Primitivamente, o Estado só definia os direitos, mas não se comprometia a solucionar os conflitos que surgissem do relacionamento entre as pessoas. Com a evolução dos tempos e para evitar a prevalência da “lei do mais forte”, o Estado assumiu o encargo e a missão de aplicar a lei diante dos casos litigiosos.⁸⁷

Para a solução dos conflitos da época, a mediação era ferramenta utilizada de maneira habitual e contumaz com o objetivo de solucionar os conflitos das sociedades existentes, de forma a respeitar a cultura de cada povo. Às vezes, lançavam mão da experiência dos árbitros, conforme já analisado no item referente ao tema arbitragem.

Aliás, é de importante lembrança que a jurisdição, como atualmente conhecida e experimentada no atual contexto histórico-social vivenciado

⁸⁶ DOMINGUES, José António. O paradigma mediológico. Série estudos em comunicação. Covilhã: Livros LabCom, 2010, p. 8

⁸⁷ BACELLAR, Roberto Portugal. Mediação e arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 18

pela sociedade, é fruto de uma longa e importante mudança cultural e histórica. Inexistia no passado o monopólio da tutela jurisdicional, no qual o Estado intervinha nas relações interpessoais privadas, a fim de restabelecer a paz social e dizer o direito. Se hodiernamente a função jurisdicional é responsabilidade do Estado, que a exerce em caráter exclusivo e indelegável, no passado a resolução dos conflitos era distribuída de forma nada unânime, de acordo com a cultura local e de suas tradições, através de intervenção de mediadores ou árbitros.⁸⁸

Desta forma, culturas diversas se utilizavam desta ferramenta, adaptando-a aos seus usos e costumes, deixando-a praticável dentro de seus conceitos e convicções.

Indubitavelmente, a presença da mediação mostrava-se no seio de quase todas as culturas mundiais, sendo legitimada pelas respectivas comunidades locais como forma eficaz e preponderante na resolução dos conflitos.⁸⁹

Historicamente, segundo Christopher Moore, a mediação era utilizada de forma ordinária e corriqueira: “culturas judaicas, cristãs, islâmicas, hinduístas, budistas, confucionistas e muitas culturas indígenas têm longa e efetiva tradição na prática da mediação”.⁸⁹

Nos Estados Unidos em 1913, a Secretaria de Trabalho, nomeava entre algumas classes de profissionais mediadores.

Estes profissionais tinham como objetivo trabalhar como “comissários de conciliação” este trabalho obteve sucesso, tendo em 1946, sido criado o Serviço Federal de Mediação e Conciliação (Federal Mediation and Conciliation Service – FMCS), este serviço atendia principalmente às demandas trabalhistas.

Nos Estados Unidos, já em 1913 foram nomeados alguns profissionais mediadores nomeados na Secretaria de Trabalho para preencher a posição de “comissários de Conciliação”. O emprego de mediadores só tomou impulso com a criação do Serviço Federal de Mediação e Conciliação (Federal Mediation and Conciliation Service-FMCS), em 1946, cujo objetivo principal era resolver conflitos trabalhistas.⁹⁰

⁸⁸ SPENGLER NETO, Theobaldo, SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei. 1ª edição, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010, p. 18

⁸⁹ MOORE, Christopher W. O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 32

⁹⁰ SÃO PAULO. CEBRAME – Centro Brasileiro de Mediação.

<http://www.centrobrasileirodemediacao.com.br/umpou.html>. Acesso em 30 out. 2014

Apesar do sucesso, somente em 1970, é que a mediação passou a ser utilizada como ferramenta de solução de conflitos no sistema judiciário.

Já a visão do profissional do direito que se utilizava desta ferramenta, por vezes consistia na idéia de que o mesmo objetivava tão somente a redução do litígio ou de longas demandas judiciais; enquanto que para o judiciário, a mediação era considerada eficaz, pois atingia o objetivo sem o desgaste do processo judicial.

Na década de 1970, o desenvolvimento da mediação se dividiu em duas direções distintas. Uma direção baseada na noção de que a mediação é uma extensão do sistema jurídico. Em vista desta situação, muitos advogados ainda vêem a mediação tão somente como um meio eficaz de reduzir problemas de litígio nos tribunais. A outra direção é desassociada do sistema jurídico, e oferece a mediação como um processo que poderia produzir melhores resultados daqueles do sistema contraditório apenas por ser separada da burocracia legal.⁹¹

Em 1976, através da Conferência de Roscoe Pound, acadêmicos de direito se reuniram para discutir melhorias e buscar soluções para os problemas enfrentados no sistema jurídico americano, nesta oportunidade, modificaram o artigo 16 do Regimento Federal de Processo Civil, reconhecendo a mediação como uma prática valiosa e indispensável para a solução de litígios.

Ironicamente, estas duas abordagens divergentes de mediação emanam da mesma origem histórica, ou seja, a famosa Conferência de Roscoe Pound, de 1976, onde acadêmicos de direito se uniram para discutirem opções e buscar possíveis melhorias para o sistema legal americano pela necessidade urgente de achar alternativas ao contencioso. Desta conferência nasceu a primeira modificação do artigo 16 do Regimento Federal de Processo Civil, que alterou para sempre concepções de justiça legal ao reconhecer a mediação como uma prática valiosa.⁹²

Os Estados Unidos foi o primeiro país a utilizar a mediação como ferramenta para solução de conflitos na esfera judicial baseada em prévia disposição legal, o que levou a sociedade americana a aceitar de maneira ampla a mediação como forma de solução de conflitos.

Ocupando os Estados Unidos a posição de principal propulsor da inserção da mediação em vários outros países.

Os Estados Unidos são o primeiro país a estruturar a mediação como uma forma alternativa de resolução de conflitos, a fim de evitar a burocracia

⁹¹ SÃO PAULO. CEBRAME – Centro Brasileiro de Mediação.
<http://www.centrobrasileirodemediacao.com.br/umpou.html>. Acesso em 30 out. 2014

⁹² SÃO PAULO. CEBRAME – Centro Brasileiro de Mediação.
<http://www.centrobrasileirodemediacao.com.br/umpou.html>. Acesso em 30 out. 2014

forense, a morosidade processual, os altos custos judiciais, etc. (...) Dessa forma, não demorou muito em surgir leis que regulamentavam a mediação em diversos setores da sociedade norte-americana, inserindo, definitivamente, a mediação como forma de tratamentos de conflitos familiares, criminais, disputas entre vizinhos, etc. A partir de então, a mediação tem sido inserida em vários países, principalmente da Europa e em países desenvolvidos.⁹³

No Reino Unido, a mediação era utilizada nos conflitos de ordem familiar, com o objetivo de melhorar a comunicação no seio familiar. “Exemplificativamente, a Grã-Bretanha conta com o serviço da mediação desde 1978, quando foi fundado o serviço de Mediação Familiar no país”.⁹⁴

A mediação no Reino Unido, por ser utilizada no âmbito familiar, possui características idênticas as utilizada na mediação atual, sendo que, outros princípios foram agregados, dando maior segurança aos optantes da mediação, sem deixar de se considerar a base para uma mediação frutífera que já estava estruturada como: a imparcialidade do mediador, a busca pela mediação de forma voluntária pelas partes, a busca pelo aumento da comunicação entre o casal de forma permanente e gradativa.

NO REINO UNIDO - O primeiro serviço de Mediação Familiar foi estabelecido em Bristol em 1976. E já tinha o objetivo de ajudar o casal a reduzir as tensões e a raiva, especialmente quando houvesse crianças a serem educadas pelos pais. Este serviço tinha certas características como:

- O processo era voluntário
- Objetivava aumentar a comunicação do casal
- O casal continuava no controle do resultado
- As soluções não eram impostas
- O mediador era imparcial.⁹⁵

No Brasil, não há legislação específica para o uso da mediação, entretanto, o Projeto de Lei nº 4.827/1998 de 19 de junho de 2013 de autoria da deputada Zulaiê Cobra, que institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos no âmbito processual civil, obteve parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania quanto a sua constitucionalidade.

⁹³ SPENGLER NETO, Theobaldo, SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei. 1ª edição, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010, p. 19

⁹⁴ SPENGLER NETO, Theobaldo, SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei. 1ª edição, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010, p. 19

⁹⁵ SÃO PAULO. CEBRAME – Centro Brasileiro de Mediação.

<http://www.centrobrasileirodemediacao.com.br/umpou.html>. Acesso em 30 out. 2014

Tramita ainda junto a Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei de autoria da Comissão de Legislação Participativa de nº 7.006 de 2006 propondo alterações no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, no Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, e na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que faculta o uso de procedimentos de Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais. Em 04 de junho de 2014, o projeto obteve parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, aguardando apreciação pelo plenário da casa.

A Lei 9.099 de 1995 criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, a estes órgãos da Justiça Ordinária compete à conciliação, o processo, o julgamento e a execução de causas de menor complexidade, compreendendo como causas de menor complexidade as que não excedam o valor de quarenta salários mínimos; estas enumeradas no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil como: ações de despejo (desde que para uso próprio), ações possessórias de bens imóveis, cujo valor não exceda quarenta salários mínimos; competente ainda aos Juizados Especiais, a propositura de ações de execução de seus julgados e de títulos executivos extrajudiciais no valor de até quarenta vezes o salário mínimo, observadas o disposto no art. 8º, § 1º da Lei.

O CNJ – Conselho Nacional de Justiça, através da Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010, instituiu dentro do poder judiciário nacional a Política Judiciária Nacional de tratamento de conflitos, objetivando assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade, o que significa que os órgãos judiciários do país ficam obrigados a oferecerem condições para realização de mediação e conciliação ao caso concreto, bem como, orientação à população sobre estes mecanismos de solução de conflitos, chamados consensuais.

Dentro deste conceito, o CNJ – Conselho Nacional de Justiça é responsável pela implantação de programas que visem o incentivo à prática da resolução de conflitos consensuais, promovendo a pacificação social através da conciliação e mediação, sendo que sua aplicação poderá dar-se junto os órgãos do Poder Judiciário, por entidades públicas e/ou privadas, bem como com a participação de universidades e instituições de ensino.

Cumprindo o determinado pela Resolução 125 de 29 de novembro de 2010, foi implantado junto os Tribunais de Justiça dos Estados, os CEJUSC – Centros

Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania são unidades do Poder Judiciário que oferecem os serviços de conciliação e mediação à toda população de forma gratuita.

Os CEJUSCS – Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania podem ser instalados em unidades de ensino, ou até mesmo no fórum da comarca, são locais de fácil acesso à população. Estes centros contam com o setor de conciliação processual na fase pré-processual, que se destinam a atender demandas que não foram ajuizadas judicialmente nas áreas cíveis, de família e/ou quaisquer outros conflitos em que seja possível a conciliação, e setor de cidadania.

O setor de conciliação pré-processual dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania atende conflitos que inda não foram ajuizados na forma de processos perante o Poder Judiciário.⁹⁶

Podem ser objeto de conciliação ou mediação pré-processual as causas cíveis em geral (acidentes de trânsito, cobranças, dívidas bancárias, conflitos de vizinhança) e causas de família, tais como divórcio, pedido de pensão alimentícia, guarda de filhos, regulamentação de visitas entre outras.

Se for obtido um acordo, será homologado pelo Juiz e terá eficácia de título executivo judicial.⁹⁷

Atualmente, os Estados da Federação têm implantado projetos e programas que atendam de maneira mais efetiva a população vítima de conflitos relacionados à área de família como: a criminalidade, a vida escolar, a violência contra gênero, dentre outros.

O Estado de São Paulo, através da Resolução SE 19/2010 institui o Sistema de Proteção Escolar na rede estadual de ensino do Estado.

Através desta Resolução as Unidades Escolares do Estado ficam incumbidas da execução das diretrizes do programa nas escolas de forma diária e demais ações que forem implementadas pelo Sistema, um dos objetivos é o uso da mediação como método resolutivo para solução de conflitos no ambiente escolar.

Art. 1º - Fica instituído o Sistema de Proteção Escolar, que coordenará o planejamento e a execução de ações destinadas à prevenção, mediação e resolução de conflitos no ambiente escolar, com o objetivo de proteger a integridade física e patrimonial de alunos, funcionários e servidores, assim

⁹⁶ SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos. Centro de Treinamento e apoio aos servidores. Curso prático Centro Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSCS. 2013

⁹⁷ SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos. Centro de Treinamento e apoio aos servidores. Curso prático Centro Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSCS. 2013

como dos equipamentos e mobiliários que integram a rede estadual de ensino, além da divulgação do conhecimento de técnicas de Defesa Civil para proteção da comunidade escolar.⁹⁸

Esta Resolução atribui aos docentes escolhidos para o cargo de professor mediador escolar comunitário, outras atribuições além do ensino pedagógico, como por exemplo, a utilização da prática da mediação para solução de conflitos no âmbito escolar, bem como, a prática de orientar a família, pais e/ou representantes do menor quanto à importância da educação familiar ao jovem.

Art. 7º - para implementar ações específicas do Sistema de Proteção Escolar, a unidade escolar poderá contar com até 2 docentes, aos quais serão atribuídas 24 (vinte e quatro) horas semanais, mantida para o readaptado a carga horária que já possui, para o desempenho das atribuições de Professor Mediador Escolar e Comunitário, que deverá, precipuamente:

- I - adotar práticas de mediação de conflitos no ambiente escolar e apoiar o desenvolvimento de ações e programas de Justiça Restaurativa;
- II - orientar os pais ou responsáveis dos alunos sobre o papel da família no processo educativo;
- III - analisar os fatores de vulnerabilidade e de risco a que possa estar exposto o aluno;
- IV - orientar a família ou os responsáveis quanto à procura de serviços de proteção social;
- V - identificar e sugerir atividades pedagógicas complementares, a serem realizadas pelos alunos fora do período letivo;
- VI - orientar e apoiar os alunos na prática de seus estudos.⁹⁹

A Prefeitura de Recife, em parceria com o GAJOP – Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares implantou em 2002 o Projeto Justiça Cidadã; este projeto objetiva oferecer à população recifense, que se encontra em situação de risco, ou em vulnerabilidade social, acesso à justiça e a meios consensuais de resolução de conflitos.

Criado em 2002 como uma iniciativa da Prefeitura do Recife em parceria com o Gajop, o Projeto Justiça Cidadã busca favorecer o exercício da cidadania (individual e coletiva) através de ações de educação em direitos que garantam às pessoas em situação de risco e vulnerabilidade social oportunidades de acesso ao direito e à justiça.¹⁰⁰

⁹⁸ http://siau.edunet.sp.gov.br/ItemLise/arquivos/19_10.HTM?Time=14/08/2014%2002:05:11

⁹⁹ SÃO PAULO, Resolução SE 19/2010. Institui o Sistema de Proteção Escolar na rede estadual de ensino de São Paulo e dá providências correlatas. Disponível em:

http://siau.edunet.sp.gov.br/ItemLise/arquivos/19_10.HTM?Time=14/08/2014%2002:05:11 Acesso em: 03 set. 2014

¹⁰⁰ MONTEIRO, Valdênia Brito. Justiça cidadã. Uma experiência de mediação de conflitos em direitos humanos. Recife: Editora, 2009, p. 5

Ressalte-se que a Prefeitura do município de Recife, já prestava assistência jurídica de forma gratuita à população. Por este motivo, o Projeto Justiça Cidadã além de dar continuidade á este serviço, ampliou-o no sentido de garantir a aplicação dos direitos humanos e prevenir a violência social.

O projeto foi inicialmente criado como uma Assistência Jurídica gratuita aos cidadãos. Buscando melhorar a qualidade do serviço que já era oferecido pela Prefeitura nos anos anteriores, assim como facilitar o acesso da população a tal. Núcleos foram criados de forma descentralizada e com um novo enfoque: priorizar a defesa e garantia dos direitos humanos e a prevenção da violência.¹⁰¹

O Estado de Minas Gerais, através da Secretaria de Estado de Defesa Social, por meio da Coordenadoria Especial de Prevenção à Criminalidade, em parceria com a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público e Instituto ELO - associação privada sem fins lucrativos, esta última responsável pela contratação de profissionais de diversas áreas, como Direito, Psicologia, Serviço Social, Sociologia, Pedagogia e História, criou no ano de 2005 o Núcleo de Resolução Pacífica de Conflitos.

Possui o Núcleo de Resolução Pacífica de Conflitos abrangência em 25 (vinte e cinco) regiões do Estado, regiões estas, que detém índices elevados de criminalidade, com o objetivo de utilizar a mediação como ferramenta para a solução de conflitos oriundos das relações sociais e familiares que possam levar à violência.

Os resultados obtidos são publicados ano a ano, o que possibilita uma análise crítica e objetiva do trabalho realizado pelos Núcleos de Resolução Pacífica de Conflitos.

Objetiva empreender ações de mediações de conflitos, orientações sócio jurídicas, articulação e fomento à organização em comunidade e institucional a partir de pessoas, famílias, grupos, comunidades e entidades comunitárias. O programa agrega valores ao capital social e possibilita a administração de conflitos potenciais e concretos, evitando que eles sejam propulsores de situações violentas e delituosas.¹⁰²

Ainda no âmbito estadual, o Estado de São Paulo, através da Lei Complementar Estadual nº 988/06, atribuiu à Defensoria Pública do Estado a

¹⁰¹ MONTEIRO, Valdênia Brito. Justiça cidadã. Uma experiência de mediação de conflitos em direitos humanos. Recife: Editora, 2009, p. 5

¹⁰² SEDS, Secretaria de Estado de Defesa Social. Governo de Minas Gerais. Programa Mediação de Conflitos. https://www.seds.mg.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=285&Itemid=119. Acesso em 30 de out. 2014

prestação de atendimento interdisciplinar e promoção de orientação jurídica, bem como, informações de direitos humanos e de cidadania.

Para a prestação efetiva e eficiente a estes atendimentos foi criado o Centro de Atendimento Multidisciplinar – CAM, em cada regional da Defensoria Pública do Estado.

O Centro de Atendimento Multidisciplinar – CAM, conta com profissionais formados nas áreas de Psicologia e Serviço Social, além de suporte jurídico do Defensor Público Coordenador da regional.

O Centro de Atendimento Multidisciplinar – CAM, objetiva apoiar a prestação de serviço de atendimento, além de dar suporte psicossocial às partes quando da demanda judicial a ser pretendida.

Na Defensoria Pública do Estado de São Paulo, o CAM está presente em todas as suas Regionais. Ele é composto por Agentes de Defensoria, com formação em Psicologia ou Serviço Social, e um Defensor Público Coordenador. Dentre as atribuições desenvolvidas pelos Agentes está o apoio ao serviço de atendimento especializado, com a prestação de suporte psicossocial às demandas jurídicas atendidas, e a atuação enquanto facilitadores de acordos, fomentando a resolução dos conflitos por meio de métodos alternativos, ou seja, a mediação e a conciliação.¹⁰³

Apesar de não haver no Brasil legislação específica sobre a utilização e aplicação da mediação como forma de resolução consensual de conflitos, existe empenho, disposição e desejo de todos os órgãos governamentais, estaduais, bem como dos operadores do direito, no sentido de compactuar para a utilização efetiva, eficaz e continuada desta ferramenta, almejando, não somente a diminuição de demandas nas esferas judiciais, mas principalmente uma mudança significativa na cultura de nossa sociedade, admitindo e aceitando a mediação como resolução capaz de por fim ao conflito de maneira justa e líquida.

É certo que o caminho é longo, entretanto, existem medidas eficazes e de fácil acesso à população que vêm contribuindo para a transformação da sociedade brasileira, no que diz respeito à busca pela justiça paralelamente à forma judicializada que conhecemos e fazemos uso na atualidade.

¹⁰³ SÃO PAULO, Defensoria Pública do Estado. Boletim da Defensoria Pública. Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 3

7.2 Modelos de Mediação

Para Vasconcelos, existem dois tipos de mediação: a mediação focada em acordos, que são: conciliação e mediação satisfativa;

E a mediação circular-narrativo e transformativo, que priorizam a mudança do indivíduo e não tão somente a solução do conflito apresentado.

Há modelos focados no acordo e modelos focados na relação. Os modelos focados no acordo (mediação satisfativa e conciliação) priorizam o problema concreto e buscam acordo. Os modelos focados na relação (circular-narrativo e transformativo) priorizam a transformação do padrão relacional, por meio da comunicação, da apropriação do reconhecimento. Embora os vários modelos de mediação acolham os princípios da autonomia da vontade, da confidencialidade, e da inexistência de hierarquia, a conciliação – que nem por isto deixa de ser um modelo de mediação – adota o princípio da hierarquia e limita a confidencialidade e a autonomia da vontade¹⁰⁴.

Para melhor compreensão quanto a distinção entre uma e outra, faremos breve análise entre as duas modalidades de mediação.

7.2.1 Mediação satisfativa ou linear (Harvard)

Este método de mediação tem como princípios: separar as pessoas dos problemas; focar nos interesses e não na posição que cada conflitante ocupa na relação; criar opções que beneficiem ambas as partes.

Têm como objetivo obter um acordo; diminuir as diferenças existentes entre as partes e aumentar de forma significativa as semelhanças entre elas.

É necessário primeiramente e primordialmente, para a realização deste modelo de mediação, “separar as pessoas do problema, desta forma o mediador estará conciliando o interesse dos conflitantes e não suas posições no conflito”¹⁰⁵.

Mediação da escola de Harvard, também denominada mediação linear ou mediação tradicional/clássica. Segundo essa linha, a mediação é um desdobramento da negociação baseada em princípios, tem um processo estruturado linearmente em fases bem definidas e tem por propósito o de reestabelecer a comunicação entre as partes para identificar os interesses encobertos pelas posições para com isso alcançar um acordo¹⁰⁶.

¹⁰⁴ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Mediação de conflitos e práticas restaurativas. São Paulo: Método, 2008, p. 36

¹⁰⁵ CEMEAR – Centro de Mediação e Arbitragem. Curso básico para capacitação em mediação. São José do Rio Preto.

¹⁰⁶ BACELLAR, Roberto Portugal. Mediação e arbitragem (Coleções saberes do direito). São Paulo: Saraiva, 2012. p. 111

Neste método de mediação, o mediador desempenha a função de facilitador, facilitando a comunicação entre as partes, levando em conta o contexto conflituoso, e não a relação e/ou possível relacionamento entre os conflitantes. “Portanto, estruture o jogo da negociação de maneira a separar o problema substantivo do problema relacional e a proteger o ego (das pessoas) do envolvimento com as discussões substantivas”¹⁰⁷.

As perspectivas de um acordo se tornam mais reais quando o foco é o problema gerado e não os geradores do problema.

7.2.2 Mediação circular-narrativo ou transformativo (Sara Cobb)

O modelo de mediação circular-narrativo, foi desenvolvido pela mediadora americana Sara Cobb, por este motivo, leva seu nome.

Este método de mediação prioriza a comunicação através de perguntas circulares, ou seja, pergunta-se ao outro como se sente em relação a algo que tenha sido dito pela outra parte. O objetivo é fazer com que os conflitantes façam uma análise retroativa do que culminou no desentendimento, para que consigam ver pela ótica do outro a versão da mesma história.

Por este motivo, é importante que o mediador seja criativo, capaz de identificar o ponto chave que levará a construção do acordo, utilizando a história real, do ponto de vista de cada parte, e ainda, construindo uma visão imparcial do fato.

Este modelo de mediação é também conhecido como transformativo, porque se percebe uma “transformação” nos conflitantes de maneira geral e positiva. Geralmente, passam os conflitantes a conhecerem suas reais necessidades, suas possibilidades e valorizarem as diferenças, principalmente reconhecerem em cada um suas qualidades.

A sua natureza transformativa supõe uma mudança de atitude em relação ao conflito. Em vez de se acomodar a contradição para a obtenção de um acordo, busca-se capacitar os mediandos em suas narrativas, identificar as

¹⁰⁷ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Mediação de conflitos e práticas restaurativas. São Paulo: Método, 2008, p. 75

expectativas, os reais interesses, necessidades, construir o reconhecimento, verificar as opções e levantar os dados de realidade, com vistas, primeiramente à transformação do conflito ou restauração da relação e, só depois, à construção de algum acordo¹⁰⁸.

Por trazer à tona situações íntimas e sentimentais, este método é satisfatório nos conflitos entre pessoas que possuam relacionamento, ou que irão continuar de alguma forma a se relacionarem.

Conflitos familiares, comunitários, escolares e corporativos, entre pessoas que habitam, convivem, estudam ou trabalham nas mesmas residências, ruas, praças, clubes, associações, igrejas, bares, escolas, empresas, etc. Mediação familiar, para os conflitos domésticos ou no âmbito da família; mediação comunitária, para conflitos de vizinhança; mediação escolar, no ambiente das instituições de educação, inclusive quando praticada pelos próprios alunos em relação a seus conflitos recíprocos; mediação corporativa, para os conflitos no ambiente empresarial¹⁰⁹.

Com o método circular-narrativo é possível atender a um número gigantesco de conflitos e conflitantes, o que transforma a mediação em uma ferramenta capaz de ser utilizada por todos os segmentos da sociedade.

Independentemente de qual método seja utilizado para chegar-se ao acordo, é importantíssimo que este acordo seja visto pelos conflitantes como alcançado por ambos. Pois disto dependerá o cumprimento e respeito ao acordo consumado.

¹⁰⁸ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Mediação de conflitos e práticas restaurativas. São Paulo: Método, 2008, p. 36

¹⁰⁹ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Mediação de conflitos e práticas restaurativas. São Paulo: Método, 2008, p. 37

8 A MEDIAÇÃO NA SOCIEDADE

O uso de ferramentas diversas do litígio jurídico para solução de conflitos, apesar de pouco utilizado na cultura brasileira, já é conhecida, apreciada e incentivada há algum tempo por nossos meios sociais e judiciais de atuação.

A sociedade brasileira vive no caos; a violência, o desrespeito, a desestruturação familiar e a certeza da impunidade existentes em nosso país, aliada à morosidade de nossa justiça faz com que cada vez mais pessoas busquem meios alternativos para solucionar suas questões com eficiência, comprometimento e principalmente seriedade.

Nesta premissa, a mediação tem se mostrado como uma ferramenta salutar na tentativa de resolução de conflitos originados na sociedade seja no âmbito familiar, de vizinhança, trabalhista e até mesmo escolar, ainda que de maneira despretensiosa.

O uso da mediação se dá antes mesmo do surgimento do Estado como um agente público para a solução de conflitos e único autorizado a tal ato. “Inexistia no passado o monopólio da tutela jurisdicional, no qual o Estado intervinha nas relações interpessoais privadas, a fim de restabelecer a paz social e dizer o direito”.¹¹⁰

Acredita-se que o uso da ferramenta da mediação remonta aos idos de 3.000 A.C., sendo esta ferramenta aceita de maneira predominante e considerada eficaz junto às comunidades como efetiva solução de conflitos;

Seu aparecimento remonta às primeiras sociedades existentes e se encontra como uma das primeiras formas hábeis de resolver os conflitos, muito antes do surgimento do Estado como um ente politicamente organizado e monopolizador da tutela jurisdicional.¹¹¹

Algumas culturas, já faziam uso da mediação muito antes de termos sequer conhecimento desta alternativa, aplicando-a de maneira efetiva; uma delas é a cultura indígena, que teve seu berço no Brasil de forma ampla.

Como dito anteriormente, a mediação é uma das formas de resolução de conflitos utilizadas com o intuito de solucionar conflitos existentes em vários ramos

¹¹⁰ SPENGLER NETO, Theobaldo, SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei. 1ª edição, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010, p. 18

¹¹¹ SPENGLER NETO, Theobaldo, SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei. 1ª edição, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010, p. 17

do direito como: direito de família, direito empresarial e/ou comercial, direito trabalhista, direito civil e direito criminal.

Apesar de sua grande abrangência, não podemos generalizar e pensarmos ser possível o uso da mediação em todos os conflitos, exemplo disto é o uso da mediação no direito criminal; nem todos os crimes podem ser objetos de mediação.

Entretanto, se percebe que a área onde a mediação tem sido por vezes utilizada de maneira eficaz, é a área do direito de família, e, por este motivo, se faz conveniente, abordarmos o direito de família de forma mais pormenorizada.

8.1 Direito de família sob a ótica do Código Civil de 1916

Nosso primeiro Código Civil data do ano de 1916.

Elaborado no fim do século XIX pelo jurista Clóvis Beviláqua, tinha como pilares a proteção exagerada ao direito de propriedade, a família e a liberdade de contratar.

É necessário que lembremo-nos que à época a população de nosso país era basicamente alocada na área rural, nossa economia girava em torno da agricultura; a população dividia-se em escravos e suas famílias, índios, fazendeiros e proprietários de engenhos.

O primeiro e tão esperado ordenamento civil, substituto das Ordenações Portuguesas, deixa transparecer o espírito que norteava seu redator, Clóvis Beviláqua, integrante da Escola do Recife e com pendores naturais pela recepção do Direito alemão. O Código Civil, em que pesem seus reconhecidos méritos de rigor metodológico, sistematização técnico-formal e avanços sobre a obsoleta legislação portuguesa anterior, era avesso às grandes inovações sociais que já se infiltravam na legislação dos países mais avançados do Ocidente, refletindo a mentalidade patriarcal, individualista e machista de uma sociedade agrária preconceituosa, presa aos interesses dos grandes fazendeiros de café, dos proprietários de terra e de uma gananciosa burguesia mercantil.¹¹²

Por este motivo, era imperiosa a proteção das grandes áreas de terra, de onde o país tirava sua subsistência e poderio político.

Em verdade, a Codificação Civil enquanto uma das primeiras grandes realizações da jovem República traduzia, em seus avanços relativos, sem muita ousadia, os intentos de uma classe média consciente e receptiva aos

¹¹² WOLKMER, Antonio Carlos. A história do direito no Brasil. 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 74

ideais liberais, mas igualmente comprometida com o poder oligárquico familiar.¹¹³

O Código Civil de 1916 é considerado um marco na história do Brasil, não somente por ser o primeiro Código Civil Brasileiro, mas principalmente, porque sua concepção deu-se em época análoga, posteriormente a sua criação, vivemos período de duas grandes guerras, a sociedade mobilizou-se na tentativa de melhores condições de trabalho, de emprego, maior oportunidade de participação na vida política do país.

As mudanças sociais refletiram profundamente no seio familiar, tendo por este conseguinte, o direito de família sofrido muitas alterações advindas de leis especiais como a lei do divórcio; o estatuto da mulher casada; a lei que reconhece os direitos de companheiros e conviventes, dentre outras.

Muitas leis trouxeram modificações ao Código Civil de 1916, sendo o ramo do direito de família o mais afetado. Basta lembrar a Lei 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada), a Lei n. 6.515/77 (Lei do Divórcio) e as leis que reconheceram direitos aos companheiros e conviventes (Leis n. 8971/94 e 9.278/96).¹¹⁴

8.2 Direito de família no Código de 2002

Diante das mudanças econômicas e sociais pelas quais passavam a sociedade, e, verificando ter-se tornado insuficiente o Código Civil de 1916 em sua aplicabilidade, iniciou-se os trabalhos para sua modificação.

Desta vez, o projeto é supervisionado pelo filósofo e jurista Miguel Reale, o qual apresentou o trabalho no ano de 1972.

Este projeto teve seu andamento suspenso em 1988, por conta da elaboração da Constituição Federal; mui sabiamente, aguardaram nossos legisladores a nova Carta Magna para posteriormente dar continuidade ao projeto do Código Civil.

Esta Constituição, entre outras modificações, trouxe verdadeira revolução dentro do quadro do Direito de Família, dando proteção à família surgida fora do casamento, proclamando a igualdade dos cônjuges dentro do lar e equiparando para todos os efeitos os direitos e obrigações do homem e da mulher; pôs termo à velha questão da filiação, igualando os filhos de qualquer natureza; ampliou enormemente as hipóteses do divórcio.¹¹⁵

¹¹³ WOLKMER, Antonio Carlos. A história do direito no Brasil. 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 74

¹¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil: Parte geral. 12ª edição, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 8

¹¹⁵ RODRIGUES, Sílvio. Direito civil: Parte geral. vol. 1, 34ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 14

O projeto abrangia o direito de família de forma mais ampla, legalizando situações vivenciadas pela sociedade da época, mas que, até então não eram vislumbradas pela lei. Desta forma, passou o direito de família a ser um dos ramos do direito codificado pelo Código Civil brasileiro, sancionado em 10.01.2002, cujo texto legal entrou em vigor em 2003.

O novo código, divide-se em três livros: o Livro I que trata sobre os direitos do sujeito, define a personalidade civil, a capacidade de exercer os direitos, a personalidade jurídica e o domicílio e a ausência. No Livro II trata-se da classificação legal dos bens, objeto do direito. No livro III, das relações jurídicas.

O direito de família se encontra na parte especial do código, no Livro IV traz o título direito de família e trata sobre o direito pessoal, o casamento e disposições gerais.

O direito de família é, de todos os ramos do direito, o mais intimamente ligado à própria vida, uma vez que, de modo geral, as pessoas provêm de um organismo familiar e a ele conservam-se vinculadas durante a sua existência, mesmo que venham a constituir nova família pelo casamento ou pela união estável.¹¹⁶

O setor da sociedade onde mais ocorrem conflitos é no seio familiar. Por este motivo, a mediação tem sido uma ferramenta valiosíssima para os profissionais que lidam diariamente com os conflitos advindos da família como: divórcio, separação, guarda dos filhos, partilha de bens, dentre outros.

Cachapuz conceitua o direito de família como “um conjunto de normas que regem as relações de família, no seu aspecto pessoal e patrimonial, ou seja, trata das relações que se formam na esfera da vida familiar”¹¹⁷.

Família para Sílvio Rodrigues é: “todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção”¹¹⁸.

¹¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: Direito de família. Vol. 6, 9ª edição, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 24

¹¹⁷ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Mediação nos conflitos e direito de família. 1ª edição, Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 79

¹¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: Direito de família. Vol. 6, 9ª edição, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 24

Nesta área de atuação, o advogado é peça importante na realização da mediação no âmbito familiar, pois além do conhecimento familiar, lhe conta a favor o conhecimento do direito de família.

8.3 A mediação no âmbito familiar

A família é de longe a parte da sociedade de maior importância e relevância, pois é dentro dela que se constroem indivíduos capazes de conhecer seus direitos e cumprir com suas obrigações. É nela que cada ser é moldado, transformado, instruído e educado para a vida em sociedade.

É no grupo familiar que a pessoa vai receber a transmissão de valores, crenças, e mitos, desenvolver uma visão de mundo e começar a adquirir seu conhecimento tácito. E esse conhecimento advindo da infância e mesclado, mais tarde, a outros conhecimentos adquiridos pelo indivíduo, terá peso significativo nas ações e relações de sua vida. Isso, portanto, não pode ser desconsiderado, quando uma família recorre à Justiça, porque retomando a metáfora, pode-se dizer que por “pré-escolas”, embora diferentes, passaram todos, tanto os membros do casal em separação, quanto os profissionais que os assistem.¹¹⁹

Por este motivo, é também a área do direito onde se encontra a maior parcela de desentendimentos e conflitos.

Já se disse, com razão, que a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social. Em qualquer aspecto em que é considerada, aparece a família como uma instituição necessária e sagrada, que vai merecer a mais ampla proteção do Estado. A Constituição Federal e o Código Civil a ela se reportam e estabelecem a sua estrutura, sem, no entanto defini-la, uma vez que não há identidade de conceitos tanto no direito como na sociologia. Dentro do próprio direito a sua natureza e a sua extensão variam, conforme o ramo.¹²⁰

A família é o “porto seguro” do indivíduo, onde ele busca afeto, apoio, compreensão, cooperação e respeito. Assim, a família tornou-se, nos dias atuais, uma organização insubstituível.

No mundo estamos sujeitos a situações e circunstâncias que nos envolvem e, muitas vezes, nos impulsionam a comportamentos errados. Nas relações conjugais, isso se manifesta em proporções significantes, fazendo com que

¹¹⁹ CEZAR, Ferreira, MOTTA, Verônica A. da. Família Separação e Mediação: uma visão psicojurídica. 2ª edição, São Paulo: Editora Método, 2007, p. 51

¹²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: Direito de família. Vol. 6, 9ª edição, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 24

haja choques de opiniões e o sistema emocional seja reciprocamente atingido. Aqui, as ações são oriundas especialmente dos instintos que, se agredidos, tendem a contra-atacar, sem a interferência da razão.¹²¹

Como todo organismo ligado e dependente entre si, existe no seio familiar normas e determinações que devem ser seguidas e obedecidas, papéis que devem ser desempenhados e respeitados. Os conflitos familiares estão diretamente ligados pela quebra de uma, ou de várias destas normas de conduta.

Cada sociedade elabora normas específicas e as prescreve para os papéis da mulher e do homem, como esposa e esposo, como mãe e pai. Estes papéis muitas vezes determinam conflitos, mas eles têm que existir para que se possam saber os limites internos e externos de suas atuações.¹²²

É quando o ambiente familiar deixa de ser o “porto seguro” do indivíduo que começam os conflitos e dissabores.

A primeira percepção do casal em face ao conflito é a busca por “seus direitos”, aqui entendidos como: guarda dos filhos, estabelecimento do valor à pensão alimentícia e partilha dos bens. Estas decisões práticas podem trazer sérias complicações psicológicas, que conseqüentemente, estarão presentes no andamento do processo, dificultando a negociação.

Numa separação, uns familiares podem reagir com mais tranquilidade, outros podem desesperar-se: um pode ficar deprimido, outro pode ficar enraivecido; uma criança pode começar a ter problemas escolares; um adolescente pode mostrar-se revoltado em circunstâncias que, aparentemente, não guardam nenhuma proximidade com a situação. O sistema de significados da família começa a ser questionado. Tudo precisará ser reorganizado.¹²³

Como visto anteriormente, a mediação se faz extremamente vantajosa e valorosa no sentido de se manter os laços afetivos que outrora constituíram esta família, pois se separam os bens, entretanto há laços que ficam para sempre, como os filhos.

Com a utilização da mediação, os conflitantes passam a vislumbrar caminho diverso do litígio, podendo em comum acordo decidirem sobre todos os aspectos inerentes à dissolução de seu laço patrimonial e matrimonial, sem que isto se torne

¹²¹ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Mediação nos conflitos e direito de família. 1ª edição, Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 113

¹²² CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Mediação nos conflitos e direito de família. 1ª edição, Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 113

¹²³ CEZAR, Ferreira, MOTTA, Verônica A. da. Família Separação e Mediação: uma visão psicojurídica. 2ª edição, São Paulo: Editora Método, 2007, p. 64

uma luta eterna e caríssima no judiciário. “Mediação de família é, em especial, um processo que enfatiza a responsabilidade dos cônjuges de tomarem decisões que vão definir suas próprias vidas, isolando pontos de acordo e desacordo e desenvolvendo opções que levam a uma nova tomada de decisões”.¹²⁴

O objetivo da mediação no direito de família é transformar os agora litigantes em parceiros em seus novos desafios, proporcionando à sociedade uma família capaz de discernir entre o interesse “seu” e “o melhor” á todos.

A aplicação do Instituto da Mediação nos conflitos existentes na separação e no divórcio deve ser compreendido como um processo, com a intenção de levar os cônjuges a uma comunicação adequada, demonstrando alternativas para a solução do conflito, levando-os a um consenso que ambos aceitem e não se sintam lesados, pois os conflitos familiares, antes de serem conflitos que requeiram a aplicação fria da lei, são essencialmente afetivos, psicológicos, relacionais, com uma carga de sofrimento bastante relevante onde a resposta judicial, apenas, é insuficiente e geralmente inadequada às necessidades das partes.¹²⁵

Certamente, estes indivíduos poderão constituir novo núcleo familiar, diante de um novo olhar e certos de terem se utilizado do melhor caminho para solução do conflito.

Através da mediação, pode-se suprimir a cansativa, exaustiva e onerosa fase judicial proporcionando aos pares uma oportunidade de se abrirem a novos relacionamentos entre si, construindo novos mecanismos de comunicação. “Na mediação familiar, nem as partes, nem os operadores do direito trabalham sob a lógica, mas sim, buscam o verdadeiro sentido do ser, tratam dos sentimentos humanos. Há, portanto, uma reorganização da família, na qual se fixarão os papéis da nova meta a ser alcançada”.¹²⁶

Parece pouco, apenas uma família, podemos pensar, entretanto, no universo de 203.360.279¹²⁷ mil pessoas, uma família transformada possui peso gigantesco para as gerações futuras.

¹²⁴ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Mediação nos conflitos e direito de família. 1ª edição, Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 133

¹²⁵ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Mediação nos conflitos e direito de família. 1ª edição, Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 133

¹²⁶ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Mediação nos conflitos e direito de família. 1ª edição, Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 136

¹²⁷ <http://www.ibge.gov.br/home/>. Acesso em 02.11.2014

8.4 A mediação no âmbito trabalhista

Como já dissertado anteriormente, a mediação é ferramenta extremamente rica e disponível para solução de diversos gêneros de conflitos; sendo, portanto, totalmente aplicável à área trabalhista.

Na área trabalhista brasileira, a mediação é um serviço prestado de forma gratuita pelo Ministério do Trabalho e têm por objetivo solucionar o conflito de maneira célere e eficaz.

O serviço de mediação de conflitos do trabalho existente no Ministério do Trabalho se propõe a solucioná-los, de maneira rápida, célere e eficaz, através da intervenção da figura do mediador - servidor público que tem por objetivo aproximar as partes, empregador e empregado -, visando ao término da controvérsia.¹²⁸

O direito trabalhista em nossa legislação limita a disponibilidade de direitos relacionados ao vínculo trabalhista, desta feita, em se tratando de direito do trabalho, há de se observar a possibilidade jurídica da realização da mediação, pois nem todo direito trabalhista é renunciável.

A irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas está prevista no artigo 9º da CLT, o que implica lucidez quanto às limitações do procedimento da negociação, ou seja, todos os conflitos podem ser mediados, mas nem todos os conflitos podem ser negociados, em face do princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas.¹²⁹

Além da proteção á direito irrenunciável, deve a mediação na área trabalhista observar qual o momento do surgimento do conflito; se durante o contrato trabalhista, ou, se após a rescisão contratual.

Deve-se considerar o momento inicial do conflito, para que as partes possam avaliar a real importância do conflito, para que se possa conseguir a solução mais justa e cooperativa para o conflito.

Os conflitos individuais ocorrem com maior frequência após a extinção do contrato de trabalho, pois o empregado se sente mais encorajado para questionar determinadas situações que, durante o vínculo empregatício, jamais questionaria. A demanda pela mediação individual independe da

¹²⁸ MINISTÉRIO DO TRABALHO. Mediação de conflitos individuais: Manual de orientação. 2ª edição. Brasília: Fudalc, 1997, p. 25

¹²⁹ MINISTÉRIO DO TRABALHO. Mediação de conflitos individuais: Manual de orientação. 2ª edição. Brasília: Fudalc, 1997, p. 26

forma em que se deu a ruptura laboral, podendo até, se for a manifestação declarada do reclamante, ocorrer durante a relação de emprego.¹³⁰

A mediação realizada na área trabalhista é formalizada através de ata de registro da sessão, onde são descritos e relatados todos os atos praticados na reunião, bem como quais as condições firmadas no acordo.

A mediação é uma ferramenta que vai de encontro aos princípios adotados pela legislação trabalhista, primando o direito do trabalho por sua aplicação e uso, quais sejam: a simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade jurisdicional no âmbito das causas judiciais.

8.5 A mediação na comunidade

A mediação tem sido ferramenta utilizada na solução de conflitos em algumas comunidades carentes de nosso país, e têm obtido êxito e transformado os cidadãos da comunidade no sentido de terem uma visão mais harmoniosa em relação ao seu semelhante.

Como exemplo deste trabalho, podemos citar o projeto Justiça Cidadã na cidade de Recife/PE, onde através do projeto, indivíduos e comunidade se uniram em torno de um só objetivo: o de priorizar o diálogo em detrimento do conflito.

Desde o início, o Gajop determinava que o projeto deveria ter como objetivo o fortalecimento do exercício da cidadania a partir da educação em direitos. Assim, ao longo dos anos, a prática cotidiana permitiu o amadurecimento de um entendimento e de uma metodologia próprios, esta baseada na mediação de conflitos pautada nos princípios norteadores dos direitos humanos, fomentando o diálogo e a liberdade das partes em solucionar seus conflitos.¹³¹

Os dados comprovam a eficácia e disposição dos membros da comunidade em solucionarem seus conflitos sem buscar o Poder Judiciário.

Em relatório de atividades do ano de 2008, o projeto contou com 1.298 primeiros atendimentos, ou seja, pessoas que procuraram pela primeira vez a solução para seus conflitos de forma extrajudicial.

¹³⁰ MINISTÉRIO DO TRABALHO. Mediação de conflitos individuais: Manual de orientação. 2ª edição. Brasília: Fudalc, 1997, p. 27

¹³¹ MONTEIRO, Valdênia Brito. Justiça cidadã. Uma experiência de mediação de conflitos em direitos humanos. Recife: Editora, 2009, p. 5

No mesmo ano, teve o projeto o número de 416 pessoas que compareceram para atendimento após terem sido convidadas a participar da mediação.

Entre 2006 e 2008, cerca de 2.000 pessoas foram atendidas pelo núcleo do Projeto Cidadão da cidade de Recife/PE.

Em 2008, o número de pessoas que procuraram pela primeira vez um dos núcleos do projeto foi de 1.298, em busca de resolver algum problema judicial. Além dessas, também compareceram aos núcleos, após serem convidadas para o processo de mediação, 416 pessoas, somando um total de 1.714 pessoas atendidas.

Entre 2006 e 2008, uma média de 2.000 pessoas por ano receberam atendimento nos núcleos do Projeto Justiça Cidadã.¹³²

Deve-se salientar que estes números são referentes a atendimentos iniciais no núcleo.

Devido á falta de estrutura para acompanhamento do cumprimento do acordo, faz-se necessário que os mediados retornem, caso ocorra descumprimento do acordo firmado, por este motivo, acredita-se que o número de atendimento do núcleo seja maior.

8.6 A mediação na educação

Outra área em que o uso da mediação tem sido aplicado de forma efetiva e com bons resultados é na educação escolar.

Existem projetos que estão sendo colocados em prática para dar ao aluno oportunidade de conhecimento e utilização da mediação no ambiente escolar, envolvendo alunos, professores e prestadores de serviços.

A mediação nesta área têm se mostrado frutífera, transformando comportamento, mudando vidas e principalmente fazendo nascer novos cidadãos.

A transformação entre estudantes através do uso da mediação foi tema de matéria televisiva transmitida pelo canal Globo no programa dominical Fantástico. A matéria foi ao ar no dia 23.09.2013 e conta a história de uma escola localizada na cidade de São Sebastião/DF, que sofria com vandalismo, falta de respeito por parte dos alunos aos professores, violência, agressões físicas e verbais.

¹³² MONTEIRO, Valdênia Brito. Justiça cidadã. Uma experiência de mediação de conflitos em direitos humanos. Recife: Editora, 2009, p. 7

Neste programa¹³³ a aluna Kamilla de Jesus, dá depoimento pessoal onde afirma que a mediação possibilitou que ela “visse o mundo diferente”. A professora de biologia Camila Almeida, que teve problemas em controlar a turma quando iniciou sua tarefa de lecionar, declara que a mediação “faz enxergar quanto importante é parar para ouvir”. A coordenadora do projeto afirma que foram escolhidos alunos cuja postura e disciplina eram negativas e que o que fez foi “aproveitar o potencial de mediador” de cada aluno.

O projeto Escola de Mediadores é uma iniciativa do Ministério da Justiça e tem por objetivo capacitar, treinar e implantar as técnicas de mediação nas escolas municipais de ensino fundamental, objetivando construir os valores de cooperação e solidariedade na população jovem, buscando a atuação desta população mais efetiva e comprometida com a vida em sociedade, transformando estes jovens em cidadãos voltados para a harmonia social.

É recomendável iniciar o trabalho em escolas do ensino fundamental, pois os jovens nessa etapa da vida estão habitualmente abertos à assimilação de atitudes e comportamentos. Daí a importância de colocá-los, o quanto antes, em sintonia com os valores de uma cultura solidária.¹³⁴

A mediação é ferramenta útil e capaz de transformar vidas, capacitar cidadãos para a convivência pacífica em todos os setores da sociedade e principalmente restaurar lares.

¹³³ <https://www.youtube.com/watch?v=KwOec19EEps>. Acesso em 03.11.2014

¹³⁴ <http://www.justica.gov.br/sedh/paznascolas>. Acesso em 03.11.2014

9 MEDIADOR

A mediação só se realiza com a vontade voluntária das partes, portanto, se um dos conflitantes não se dispuser a participar da mediação, não há qualquer possibilidade de sucesso da mediação.

O mediador pode ser indicado pelos conflitantes conforme sua vontade. Assim, ele deve ser alguém preparado para exercer a função possuindo conhecimento jurídico e técnico necessário para o bom desenvolvimento do processo¹³⁵.

Qualquer pessoa pode se tornar mediador, sendo profissional de qualquer área, ou até mesmo tornar-se um profissional da mediação, capacitando-se para exercer esta função em diversas áreas.

O mediador pode ser um profissional da área de psicologia e/ou assistência social, entretanto, se for um profissional com conhecimento em direito, estará mais capacitado para alertar as partes quanto às consequências jurídicas de suas decisões.

Atualmente existem cursos que desenvolvem técnicas específicas para mediação, mas a realização desses cursos não é um pré-requisito para quem deseja trabalhar como mediador, não existe esta imposição. No entanto, um curso de aperfeiçoamento específico pode ajudar o futuro mediador a ter contato com outras formas de negociação, uma vez que mecanismos de controle das ações das partes, momento de apresentação e sugestão de propostas são sempre interessantes, pois qualificam a pessoa que estará propondo-se a desempenhar este tipo de atividade.¹³⁶

A única exigência que se faz é que o mediador esteja sensível para atuar da forma mais imparcial possível, mas sem perder a ligação de confiança das partes; a confiança é fator primordial para que a mediação obtenha sucesso.

A isenção com relação ao litígio, ou seja, a imparcialidade, bem como a paciência e a sensibilidade na condução dos trabalhos são características fundamentais dos mediadores, que não podem, em momento algum, deixar transparecer qualquer juízo de valor acerca da mediação.¹³⁷

A confiança das partes no mediador é adquirida durante as sessões de

¹³⁵ GHISLENI, Ana Carolina. SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação de conflitos a partir do direito fraterno. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011, p. 47

¹³⁶ SILVA, Tania Moura da. Mediação e arbitragem: A decisão por especialistas da contabilidade. Porto Alegre: Conselho Regional de Contabilidade do Rio Grande do Sul, 2005. p. 15

¹³⁷ SILVA, Tania Moura da. Mediação e arbitragem: A decisão por especialistas da contabilidade. Porto Alegre: Conselho Regional de Contabilidade do Rio Grande do Sul, 2005. p. 14

mediação. Através da postura do mediador, suas atitudes, seu comportamento imparcial e o cumprimento às regras ao do método utilizado, trarão às partes tratamento isonômico e conseqüentemente firmará a confiança no profissional.

O mediador precisa ser suficientemente perspicaz e criativo a fim de conduzir as partes rumo a uma solução de consenso. Vale dizer que uma mediação eficaz é aquela em que as partes encerram o litígio sem o sentimento de ganhadores ou perdedores, mas, sim, com a certeza de que compuseram o litígio da melhor forma possível, de tal sorte que a parte oposta não restou sua oponente após o encerramento do caso.¹³⁸

A tarefa do mediador não é fácil, pois estará lidando com situações corriqueiras para ele, mas de profundo sofrimento e pesar aos envolvidos, por este motivo espera-se deste profissional, algo além do profissionalismo, espera-se apoio e compreensão, mas nunca, envolvimento.

Dessa forma, o mediador, quando começa um atendimento, passa a integrar o sistema dos mediados. Desse modo, experimenta emoções distintas durante cada sessão de mediação, e é essencial que ele tenha consciência de si mesmo e de como sua história pessoal e familiar interfere em seu modo de entender a realidade e relacionar-se com ela¹³⁹.

Faz-se necessário que o mediador tenha absoluta compreensão de seu papel auxiliar; deve ser extremamente atento, perseguindo com perspicácia a causa principal que levou ao conflito, para então, planejar estratégias que levem à transformação dos envolvidos e, conseqüentemente ao acordo.

9.1 O mediador familiar

Vimos que o mediador é peça fundamental para a aplicação da mediação, pois é ele que propiciará às partes uma visão cooperativa sobre a nova realidade familiar.

No âmbito familiar, o mediador estará trabalhando com sentimentos humanos, por este motivo, deve se aperfeiçoar em técnicas de negociações no

¹³⁸ SILVA, Tania Moura da. Mediação e arbitragem: A decisão por especialistas da contabilidade. Porto Alegre: Conselho Regional de Contabilidade do Rio Grande do Sul, 2005. p. 14

¹³⁹ SÃO PAULO, Associação dos Advogados de. Revista do Advogado. Mediação e conciliação. São Paulo, Ano XXXIV, n. 123, Agosto, 2014

âmbito familiar; estar consciente de que não deve em momento algum deixar-se levar por seus pré-conceitos ou vivência; tampouco, tomar partido de um ou outro.

Os valores pessoais do mediador, seus conceitos e crenças não deverão interferir nos dos mediados, desde que os destes não firam normas da lei, da mora e da ética. Deve estar ciente o mediador de que os mediados tentarão buscar-lhe a aliança e chamá-lo a tomar partido, dando razão a um ou a outro.¹⁴⁰

Caberá a ele capacitar os mediados a chegarem ao melhor acordo.

9.2 O mediador, profissão: advogado

Sendo a intenção das partes conflitantes a solução, e por vezes, rápida para solução de seu conflito irá com certeza em busca daquele que em suas visões é o mais capacitado em promover a solução para seus problemas.

Este ser, por vezes, é o advogado, por diversos motivos: por cultura da sociedade, por confiança, por indicação de um amigo, certo é, que dentre as mais diversas profissões existentes no meio acadêmico e profissional, todos, sem exceção, todos os indivíduos necessitarão um dia dos préstimos e serviços de um advogado, seja durante sua vida, ou, após sua morte.

Justamente por esta peculiaridade, o advogado é o profissional que detém um número relevante de causas que podem ser levadas, principalmente, para a prática da mediação, ou de quaisquer outras formas de resolução de conflitos, extrajudiciais.

O advogado em regra é o profissional de confiança da parte, àquele em quem ele deposita sua mais fiel certeza. Desde modo, cabe ao advogado se dispor a ofertar como solução ao litígio a ele apresentado uma das formas extrajudiciais de solução de conflitos.

É crucial, pois, que a atuação do advogado seja pautada pela ética e pela boa-fé, em uma postura de prevenção de litígios, agindo de forma a encorajar a conciliação e a harmonização entre as partes. Daí porque se pode afirmar que o advogado tem um papel extremamente importante na preparação do cliente para a sessão de mediação.¹⁴¹

¹⁴⁰ CEZAR, Ferreira, MOTTA, Verônica A. da. Família Separação e Mediação: uma visão psicojurídica. 2ª edição, São Paulo: Editora Método, 2007, p. 165

¹⁴¹ SPENGLER NETO, Theobaldo, SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei. 1ª edição, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010, p. 205.

A característica de negociador já está intrínseca neste profissional, pois sua rotina diária de trabalho é conciliar, mediar e sempre buscar o melhor caminho para lograr êxito no exercício profissional.

[...] Se escolhido o caminho da vida liberal, cabe-nos negociar com aqueles com quem pretendemos nos associar na empreitada, com o proprietário do escritório que pretendemos alugar, com os clientes sobre a forma de remuneração e assim prossegue para sempre.¹⁴²

Ainda que não fosse desta forma em sua rotina de trabalho, estaria este profissional a assim proceder obrigado por força do Código de Ética de sua profissão, o uso desta e de outras ferramentas negociais, já se encontram no Código de Ética, devidamente previsto. “(...) o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil indica que é dever do advogado “estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios”.¹⁴³

O advogado deve sempre estar á disposição de seus clientes, analisando, questionando, e estudando qual melhor alternativa a ser adotada no caso concreto, pois a ele é depositada toda a confiança e segurança da vida pessoal, familiar e negocial de seu cliente.

E é atento a essas novas formas de resolução dos conflitos que o advogado, seguindo os preceitos constitucionais e ético-disciplinares da profissão, deve primar pela conciliação e prevenção dos litígios. Daí porque a importância da presente obra que pretende destacar o papel do advogado na orientação de seu cliente para a sessão de mediação, bem como a atuação que deve ter o profissional da advocacia diante do vigoroso crescimento de formas alternativas de resolução do conflito.¹⁴⁴

Seu objetivo deverá ser o de primar pela segurança jurídica de seu cliente, seja na esfera judicial ou na forma alternativa de resolução de conflitos.

Esta função do profissional da advocacia de informar e esclarecer ao cliente acerca das possibilidades e condições da resolução do conflito por meio alternativos será a seguir melhor dissecada quando da apresentação do papel do advogado na mediação, sendo certo que mais do que um dever

¹⁴² SILVA, Alessandra Gomes do Nascimento. Técnicas de negociação para advogados. São Paulo: Saraiva, 2002

¹⁴³ SILVA, Alessandra Gomes do Nascimento. Técnicas de negociação para advogados. São Paulo: Saraiva, 2002

¹⁴⁴ SPENGLER NETO, Theobaldo, SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei. 1ª edição, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010, p. 200.

ético, a informação pode se tornar uma fonte de segurança e confiança na relação advogado-cliente, não podendo em hipótese alguma ser rejeitada.¹⁴⁵

O papel do advogado na mediação vai além de informar, dirigir e orientar o cliente, o advogado deve também orientá-lo quanto aos caminhos que serão percorridos, as conseqüências e objetivos buscados pela mediação, deixando seu cliente mais informado quanto possível.

O advogado deve fazer com que o mediado tenha conhecimento de quem estará presente na sessão e que um dos objetivos da mesma é permitir que as partes consigam chegar a um acordo da forma voluntária – modo justo. Também deve informar sobre a não obrigatoriedade de realização de um acordo, mas que podem ser alcançados outros pontos objetivos, secundários, que poderão ser úteis para o fim da demanda.¹⁴⁶

É dever do advogado agir de maneira clara com seu cliente, orientando-o quanto as diferenças da audiência judicial e da mediação, bem como a importância de se relatar a verdade dos fatos; esclarecendo que esta é a oportunidade que ele tem de expor sua visão dos fatos do litígio; orientando-o quanto a não obrigatoriedade de realização do acordo, se, em seu entendimento não for vantajoso ou simplesmente não o desejar; deve deixar explícito que está presente para qualquer esclarecimento que o cliente achar pertinente e/ou necessário.

[...] O cliente necessita saber que tem na sua mão o poder de transigir o que achar conveniente para a conclusão da demanda. Caso precise de alguma ajuda, o seu representante estará ali para suprir a dúvida. Da mesma forma, é recomendável que o advogado deixe claro ao mediado que a mediação é o momento para expor sua visão sobre os fatos e que seus motivos para o litígio, principalmente os não jurídicos, merecem ser abordados na sessão, mas sempre de forma serena e não violenta.¹⁴⁷

O advogado é o profissional capaz de avaliar o melhor caminho para seu cliente; é o profissional indispensável na busca pela harmonia na sociedade e de levar o atendimento jurídico amplo às mais diversas áreas do saber.

¹⁴⁵ SPENGLER NETO, Theobaldo, SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei. 1ª edição, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010, p. 205.

¹⁴⁶ SPENGLER NETO, Theobaldo, SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei. 1ª edição, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010, p. 206

¹⁴⁷ SPENGLER NETO, Theobaldo, SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei. 1ª edição, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010, p. 206

CONCLUSÃO

A sociedade se acostumou, de certa forma, com a “mão” do Estado resolvendo seus conflitos, solucionando dilemas, interferindo nas diversas áreas de sua vida.

Ao homem passou a ser difícil diferenciar situações em que ele próprio pode “tomar as rédeas” e solucionar o problema.

Com o aumento da população nacional e a abertura do livre comércio, as sociedades passam a vivenciar novas situações cotidianas; suas atividades aumentam, suas preocupações triplicam, passamos a nos relacionar de forma superficial e automática com os outros indivíduos da sociedade.

Enquanto nossas fronteiras se expandem, atualmente, é possível criar um relacionamento com pessoas de outros países por meio da internet, nossos relacionamentos íntimos se estreitam ao ponto de não termos intimidade com aqueles que nos são mais próximos.

A pressão social por status e sucesso tornou o ambiente de trabalho extremamente competitivo e desigual.

O aumento da violência nos retrai, estamos cada vez mais segregados ao ambiente familiar, novas amizades (reais) nos parecem um risco, passeios podem se tornar o último.

Para qualquer lado que o homem se volte, irá encarar dúvidas, medo, insegurança, descrença e vulnerabilidade.

O Estado por sua vez não consegue acompanhar a evolução da sociedade, nosso sistema legislativo é lento enquanto os acontecimentos sociais se fazem a passos largos.

O que fazer então? Como modificarmos nosso modo de viver, como nos relacionarmos com segurança e tranquilidade?

Para muitos, o caminho da justiça é o mais fácil, não que não faça sentido, o Judiciário está á disposição do cidadão empunhando sua espada bravamente com intuito de proteger o direito e reparar qualquer dano ou ameaça de dano ao bem do homem.

Porém, para o cidadão, é pouco, o aparato judicial também não lhe é satisfatório, é lento, injusto e até ineficaz.

Há, portanto, necessidade de se buscar novos caminhos, caminhos estes que nos levem a ter de volta a convivência sadia e saudável em sociedade.

Através da mediação é possível ao homem, exercitar sua capacidade de gerenciar sua própria vida, construir seus objetivos, analisar suas prioridades.

Praticá-la pode e deve ser uma ferramenta utilizada na vida cotidiana do homem, em sua casa, em seu trabalho, em sua vizinhança, nas mais diversas atividades.

O Estado incentiva, abre possibilidade e faz uso desta ferramenta de maneira cada vez mais assídua. O Estado é ávido pela aplicação da mediação, pois o sucesso desta ferramenta na fase pré-processual, ou até mesmo antes, retira dos ombros do Judiciário uma imensa carga de processos, que irão se arrastar por anos, inviabilizando assim a celeridade processual e a economia processual, dois dos princípios do processo.

O uso da mediação nos órgãos institucionais (escolas, creches, empresas) é um prelúdio do que esta ferramenta pode fazer pela sociedade, ensinando aos pequenos a harmonia e o respeito pelas diferenças e, àqueles que são diferentes.

Mediar é um trabalho árduo, porém, como podemos verificar no transcorrer do trabalho, também gratificante e incentivador, uma vida transformada transforma outra, e outra, e outra, o que nos leva a acreditar que é possível transformar toda a sociedade.

Cabe ao homem resolver ter em suas mãos as “rédeas” de sua vida e dela fazer uso na sua plenitude.

Nesta premissa, ao Judiciário caberá guardar e preservar o direito do cidadão em buscá-lo quando este não se sentir capaz de solucionar o problema sozinho, aparando-o, sustentando-o e principalmente detendo para si o poder coercitivo que somente a Justiça possui.

É possível ao homem, transformar a si e ao seu país utilizando-se do simples ato de ouvir e falar, e não o de falar e ouvir.

REFERÊNCIA

AZEVEDO, André Gomma (org.). Manual de Mediação Judicial. Brasília: Ministério da Justiça, 2012

BACELLAR, Roberto Portugal. Mediação e arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2012

BASILE, Cesar Reinaldo Ojja. Processo do Trabalho. Coleção Sinopses Jurídicas. Vol. 31. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Mediação nos conflitos e direito de família. 1ª edição, Curitiba: Juruá Editora, 2006

CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988

CEMEAR – Centro de Mediação e Arbitragem. Curso básico para capacitação em mediação. São José do Rio Preto

CEZAR, Ferreira, MOTTA, Verônica A. da. Família Separação e Mediação: uma visão psicojurídica. 2ª edição, São Paulo: Editora Método, 2007

COULANGES, Fustel de. A cidade antiga. São Paulo: Editora das Américas S.A. EDAMERIS, 2006

DOMINGUES, José António. O paradigma mediológico. Série estudos em comunicação. Covilhã: Livros LabCom, 2010

EDEPE. Escola da Defensoria Pública do Estado. Boletim da Escola da Defensoria Pública, N. 4 – jan/dez 2012

FIUZA, César. Curso completo de direito civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

GHISLENI, Ana Carolina. SPLENGLER, Fabiana Marion. Mediação de conflitos a partir do direito fraterno. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: Direito de família. Vol. 6, 9ª edição, São Paulo: Saraiva, 2012

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil: Parte geral. 12ª edição, São Paulo: Saraiva, 2005

IPEA, Instituto de pesquisa econômica aplicada. Mapa da Defensoria Pública no Brasil. 1ª edição, Brasília: Editora dos Autores, 2013

LIMA, Alex Oliveira Rodrigues de. Arbitragem um novo campo de trabalho. 2ª edição. São Paulo: Iglu, 2000

MILRED, Maria Cristina. A força dos sentimentos. sem editora. 2009

MINISTÉRIO DO TRABALHO. Mediação de conflitos individuais: Manual de orientação. 2ª edição. Brasília: Fudalc, 1997

MONTEIRO, Valdênia Brito. Justiça cidadã. Uma experiência de mediação de conflitos em direitos humanos. Recife: Editora, 2009

MOORE, Christopher W. O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos. Porto Alegre: Artmed, 1998

MORAES, Alexandre de. Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2009

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho: História e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho. 26ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011

PECOTCHE, Carlos Bernardo González. A herança de si mesmo. 8ª edição. São Paulo: Logosófica, 2012

RODRIGUES, Silvio. Direito civil: Parte geral. vol. 1, 34ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003

SALLES, Leila Maria Ferreira, SILVA, Joyce Mary Adam de Paula e (orgs). Jovens, violência e escola: um desafio contemporâneo. São Paulo: Editora Unesp, Cultura Acadêmica, 2010

SÃO PAULO, Associação dos Advogados de. Revista do Advogado. Mediação e conciliação. São Paulo, Ano XXXIV, n. 123, Agosto, 2014

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos. Centro de Treinamento e apoio aos servidores. Curso prático Centro Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSCS. 2013

SCHIAVI, Mauro. Manual de Direito do Trabalho. 2ª edição. São Paulo: LTR, 2009

SILVA, Adriana dos Santos. Acesso à justiça e arbitragem: um caminho para a crise do judiciário. Barueri: Editora Manole, 2005

SILVA, Alessandra Gomes do Nascimento. Técnicas de negociação para advogados. São Paulo: Saraiva

SILVA, Tania Moura da. Mediação e arbitragem: A decisão por especialistas da contabilidade. Porto Alegre: Conselho Regional de Contabilidade do Rio Grande do Sul, 2005

SPENGLER NETO, Theobaldo, SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei. 1ª edição, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010

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

WOLKMER, Antonio Carlos. A história do direito no Brasil. 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2003