



UNIVERSIDADE TUIUTI DO PARANÁ
MESTRADO EM PSICOLOGIA
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO PSICOLOGIA FORENSE

OSWALDO PACHECO LACERDA NETO

A MEDIAÇÃO E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

CURITIBA

2016

UNIVERSIDADE TUIUTI DO PARANÁ
MESTRADO EM PSICOLOGIA
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO PSICOLOGIA FORENSE

OSWALDO PACHECO LACERDA NETO

A MEDIAÇÃO E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Dissertação de Mestrado apresentada em forma de artigo ao Programa de Pós-Graduação em Psicologia da Universidade Tuiuti do Paraná, como requisito necessário para obtenção do título de Mestre em Psicologia.

Área de Concentração: Psicologia Forense

Linha de Pesquisa: Avaliação e Clínica Forense

Orientador: Prof. Pós Dr. Sérgio Said Staut Júnior

CURITIBA

2016

Dados Internacionais de Catalogação na fonte
Biblioteca "Sydnei Antonio Rangel Santos"
Universidade Tuiuti do Paraná

L131 Lacerda Neto, Oswaldo Pacheco.

A mediação e sua aplicação no direito brasileiro / Oswaldo Pacheco Lacerda Neto; orientador Profº drº Sérgio Said Staut Júnior.

114f.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Tuiuti do Paraná
Curitiba, 2016

1. Mediação. 2. Conflito. 3. Meios alternativos de solução.
4. Direito e justiça. 5. Insight. I. Dissertação (Mestrado) –
Programa de Pós-Graduação em Psicologia/ Mestrado em
Psicologia. II. Título.

CDD – 341.4618

Nome: Oswaldo Pacheco Lacerda Neto

Titulo: A mediação e sua aplicação no direito brasileiro

Dissertação de Mestrado apresentada ao programa de Pós-Graduação em Psicologia da Universidade Tuiuti do Paraná para obtenção do Titulo de Mestre em Psicologia Forense

Aprovado (a) em: 28/06/2016

Banca Examinadora

Professor Pós Doutor Sérgio Said Staut Júnior

Instituição: Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Professor Doutor André Peixoto

Instituição: Universidade Federal do Paraná

Professora Doutora Maria da Graça Saldanha Padilha

Instituição: Universidade Tuiuti do Paraná

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha maravilhosa família. Não estaria aqui senão pela ajuda de todos. Preliminarmente agradeço a meu pai, o Procurador de Justiça e Professor (assim mesmo, com letra maiúscula) Luciano Branco Lacerda, homem paciente, sensato, cordato, de extraordinário talento e saber jurídico, que me conduziu por toda vida, me ensinou a importância da cultura e me incentivou na pesquisa científica desde muito cedo. Obrigado meu pai. À D. Jacyra Souza Lacerda, mãe, amiga e confidente, que me ama incondicionalmente e me educou à sua sombra e a quem devo a apresentação dos valores mais caros. Obrigado minha mãe. Aos dois todo o meu respeito e meu amor irrestrito.

A Deus.

Ao dileto orientador, Prof. Pós Dr. Sérgio Said Staut Júnior, de brilhantes apontamentos e enorme saber, de aulas memoráveis que me colocaram em contato com o que há de mais novo na pesquisa jurídica. À Profª. Dra. Maria da Graça Saldanha Padilha, que além dos ensinamentos e orientações, abasteceu-me com importantes livros de psicologia e fundamentais dicas; em suas primorosas aulas me auxiliou em relação às normas da APA e na estruturação da dissertação. Ao estimado Professor Dr. André Peixoto, pelas pontuais orientações, pelos intrigantes temas de debate na sala dos professores e pelo elevado senso de coleguismo.

Aos professores e colegas do mestrado em psicologia da UTP, que despertam a minha mais honesta admiração, em especial Felipe Augusto da Silva Alcure, Synara Sepúlveda, e Ana Leão.

O meu apego acadêmico devo, além dos meus pais professores, aos estimados colegas e Professores Alcides Alberto Munhoz da Cunha (*in memoriam*), Clayton Reis, Julieta Rodrigues, Luiz Edson Fachin, Paula Inez da Cunha Gomide e Eduardo de Oliveira Leite, que gentilmente me municiou com seus extraordinários artigos sobre guarda compartilhada.

À coordenadora do curso de Direito, a iluminada Professora Rosane Gil Kolotelo Wendpap, que sempre me incentivou neste mestrado e em tudo mais que fiz.

Ao funcionário da Universidade Tuiuti do Paraná, Luis Felipe Smythe, por sua valiosa contribuição tecnológica.

À funcionária da Universidade Tuiuti do Paraná, Susane Lais, sempre pronta e eficiente.

Agradeço à minha esposa Raquel Stelle Pacheco Lacerda, que me soprou oxigênio nos momentos de desesperança, e sustentou-me em pé em meio às piores tempestades, me dando todo o amor, confiança e segurança prometidos no dia de nosso matrimônio.

Last but not least, às minhas duas pedrinhas preciosas: minhas filhas Bruna Stelle Pacheco Lacerda e Laura Stelle Pacheco Lacerda. A elas não há, em qualquer idioma, palavras adequadas para definir a profundidade e extensão do meu amor. São aquelas por quem repouso feliz e desperto disposto. Aquelas por quem respiro e suspiro, e cuja graça inocente sopra vento forte nas velas do meu barco, constantemente à deriva, e a quem profundamente agradeço por serem o alimento diário da minha alma e a inequívoca razão da minha existência. Perdoem o papai, se faltei algumas poucas vezes ao delicioso convívio familiar: a vocês lhes prometo todo o meu tempo, minha devoção, minha paciência e o meu incondicional e eterno amor.

Por fim, agradeço ao acaso. Sei que vai me proteger enquanto eu andar distraído.

La paix vaut encore mieux que la vérité. (A paz vale ainda mais que a verdade).
Voltaire.

Julgamentos adversariais devem ir pelo mesmo caminho do envelhecido julgamento de batalha e sangue. Conceitos de justiça devem ter mãos e pés para realizar a justiça em cada caso no menor tempo possível e ao menor custo possível. Este é o desafio para cada advogado e juiz na América.

Warren Earl Burger

LISTA DE SIGLAS

ADRs: Alternative Dispute Resolutions

CGJ: Corregedoria Geral de Justiça

EC: Emenda Constitucional

CC: Código Civil

CDC: Código do Consumidor

CPC: Código de Processo Civil

NCPC: Novo Código de Processo Civil

CNJ: Conselho Nacional de Justiça

IES: Instituição de Ensino Superior

LM: Lei de Mediação

MEC: Ministério da Educação e Cultura do Brasil

NPJ: Núcleo de Prática Jurídica

NR: nova redação

PEC: Projeto de Emenda Constitucional

PL: Projeto de Lei

RAC: resolução alternativa de conflitos

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo demonstrar a utilidade da mediação no direito brasileiro. As leis que regulam o assunto, elaboradas num passado muito recente, são pontos de interesse, assim como os meios que o Estado brasileiro criou para fazer o referido instituto funcionar, a ponto de realmente interferir positivamente na lubrificação da máquina judiciária, maltratada por uma cultura que incentiva a rivalidade, a hostilidade, a guerra. Cumpre, desde logo, examinar o conflito e suas ligações com a psicologia. As consequências do conflito também são analisadas, de forma a identificar os mecanismos adequados para a solução deles, com o alvo de concretizar os interesses difusos, coletivos e individuais, públicos e privados, de modo amplo e eficiente. Todo o estudo é focado na solução de conflitos no contexto do Estado Democrático de Direito. O conceito de mediação, e suas diferenças com a conciliação e a arbitragem também são abordados, como forma de esmiuçar os modos autocompositivos e heterocompositivos e analisar a mediação social como mecanismo de pacificação urbana. Os meios para facilitar o mediador na busca dessa pacificação, fundamentados em princípios da psicologia como o *rapport* e o *insight* são essenciais para o sucesso do procedimento, mas o verdadeiro sentido da mediação não é o resultado conciliatório, mas a percepção do justo pelos participantes. A essência da mediação e o conceito do justo sobreponem os alicerces do processo judicial, modelo tradicional de solução de conflitos, na medida em que impõe às partes conflitantes uma reflexão sobre seu oponente. O resultado alcançado pela mediação, nesse viés, é muito mais capaz de fortalecer a sociedade, pacificando-a, do que a agressividade encontrada no processo tradicional, onde as partes envolvidas se submetem à vontade soberana do juiz. Desta forma, o conceito de direito hoje aceito carece de uma maior aproximação com o conceito do justo, como forma de recuperar a credibilidade do judiciário e reeducar a sociedade numa direção oposta à da rivalidade encontrada no processo judicial. O método de pesquisa foi a leitura do repertório bibliográfico sobre o tema no âmbito da ciência do Direito, com aportes da ciência da Psicologia.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação, conflito, meios alternativos de solução, direito e justiça, *insight*.

ABSTRACT

The following dissertation aims at the utility of mediation by the Brazilian law. The laws over the subject, drawn up in a very recent past, are among the points of interest, as well as the tools that the Brazilian State created to make the mediation subject actually work, to the point of interfering positively in the judicial machine's lubrication, battered by a culture that encourages rivalry, hostility and war. Therefore it is fundamental to examine the conflict and its links with psychology. The consequences of the conflict are also analyzed in order to identify appropriate mechanisms for their solution, aiming on the diffuse, collective and individual interests, public and private, widely and efficiently. The entire study is focused on conflict resolution in the context of the Democratic State of Law. The concept of mediation and its differences with the conciliation and arbitration are also addressed, as a way of analyzing ADR (alternative dispute resolution) modes and the social mediation as a mechanism of urban pacification. The means to facilitate the mediator in the pursuit of that peace, based on principles of psychology (as the rapport and the insight) are essential to the success of the procedure, but the true meaning is not the result of mediation settlement, but the perception of the righteous by the participants. The essence of mediation and the perception of "fair" go beyond the judicial process, (the traditional model of conflict resolution), so as to inflict conflicting parties to reflect on their opponent's arguments. Consequently, the result reached by mediation is more capable of strengthen the society, in order to make peace, than the aggressiveness found in the traditional process, where the parties submit to the sovereign will of the judge. Thus, the concept of "law" accepted today lacks a closer relationship with the concept of "fair" as to recover the credibility of the judiciary and re-educate society in a direction opposite to that of the rivalry found in the traditional lawsuit model. The research method used here was the reading of bibliographic repertoire within the science of Laws, with strong contributions from the science of Psychology.

KEYWORDS: mediation, conflict, alternative means of solution, law and justice, insight.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	15
1.1 O Conflito.....	17
1.2 O Estado em Crise e os Meios Alternativos de Resolução de Conflitos	21
1.2.1 A mediação brasileira e o CNJ.....	21
1.2.2 O que pretende a justiça brasileira ao recomendar a solução dos problemas por meio da mediação e da conciliação.....	22
1.3 O Monopólio Jurisdicional do Estado Brasileiro.....	26
1.4 Monismo Jurídico, Pluralismo Jurídico e o Sistema Tradicional de Solução de Conflitos	27
1.5 A Sobrecarga das Funções do Estado	29
2. O ACESSO À JUSTIÇA	33
2.1. A Mediação como Facilitadora do Acesso à Justiça	33
2.2 A Garantia Legal da Celeridade Processual	36
3. A MEDIAÇÃO	39
3.1 A Busca da Verdade Processual e a sua Diferença com a Busca da Verdade entre as Partes Envolvidas na Mediação	41
3.1.1 A mediação como instituto catalisador entre o direito e a justiça.....	43
4. MEDIAÇÃO – CONCEITO E INSTITUTOS BASILARES	47
4.1 Esquema de Regras e Procedimentos para a Realização de uma Mediação	48
4.2 Os Princípios Envolvidos na Mediação	49
4.2.1 Imparcialidade do mediador	50
4.2.2 Isonomia entre as partes	50
4.2.3 Informalidade	51
4.2.4 Oralidade	51
4.2.5 Autonomia da vontade das partes.....	52
4.2.6 Busca do consenso	52
4.2.7 Confidencialidade.....	53
4.2.8 Boa-fé	53
4.3 A Função do Mediador	54
4.3.1 Comparação entre mediação e processo judicial: o triângulo de satisfação e as dimensões do processo de mediação.....	55
4.3.2 Os estágios da mediação.....	56

4.4 A Diferença entre Mediação, Conciliação e Arbitragem.....	57
4.5 A Nova Lei Brasileira da Mediação, Lei nº. 13.140, de 26 de junho de 2015.....	59
4.6 Casos de Inaplicabilidade da Mediação.....	60
4.7 A Mediação no Novo Código de Processo Civil Brasileiro.....	60
4.7.1 Mediação pré-processual mandatória no novo código de processo civil brasileiro e sua consequência: um pressuposto pré-processual demonstrativo do interesse de agir?	61
4.7.2 O conflito entre o artigo 27 da LM e o artigo 334, caput, do CPC	68
4.7.3 Mediação extrajudicial: missão dos cartórios e o provimento nº. 17/2013 da CGJ de São Paulo	69
4.8 O Objetivo da Mediação	69
4.8.1 A justiça restaurativa, justiça distributiva e a justiça retributiva	70
4.9 O Papel do Advogado na Mediação	71
4.10 O Demandismo como Ataque ao Princípio Constitucional do Acesso à Justiça....	73
4.11 O Sistema de Múltiplas Portas	73
4.12 <i>Problem-Solving</i>	77
4.13 Mediação Transformativa.....	78
4.14 Modelo Tradicional	78
4.15 Modelo Circular Narrativo	78
5. A REFLEXÃO: O MOMENTO INTUITIVO DA PERCEPÇÃO DO JUSTO 80	
5.1 O Processo Justo	81
5.2 Os Três “Es” do Processo Justo	84
5.3 O <i>Rapport</i>	85
5.4 O <i>Insight</i>	86
5.5 A Reflexão.....	89
6 VANTAGENS DIRETAS DA MEDIAÇÃO COMO MEIO ALTERNATIVO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS 91	
6.1 A Conveniência da Mediação para o Direito de Família.....	92
6.2 Mediação na Guarda Compartilhada: um Exemplo de como Aplicar Corretamente a Mediação	92
6.2.1 O conceito de guarda compartilhada	93
6.3 O Superendividamento.....	96

7. A NECESSIDADE DE INTRODUÇÃO DO ENSINO DA MEDIAÇÃO NAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR (IES): UMA DIRETRIZ PROCESSUAL	98
8. CONCLUSÕES	100
REFERÊNCIAS	105

INTRODUÇÃO

A mediação foi implantada no Brasil pelo CNJ como uma forma de solucionar o enorme congestionamento processual que torna o judiciário lento, inseguro, caótico e, em muitas situações, imprestável para o usuário do sistema. A proposta do CNJ é que alguns tipos de conflito sejam resolvidos pelo método da mediação antes de se transformarem em mais um processo judicial a obstruir o bom funcionamento da máquina judiciária.

Ocorre que a mediação, ainda que de fato possa ser rápida e, assim, realmente possa ajudar a melhorar o desempenho do poder judiciário (e, via de consequência, a sua arranhada imagem para o jurisdicionado) por definição não tem o objetivo resolver os problemas rapidamente. O viés da mediação é expor as partes a solucionar esses problemas com o menor envolvimento possível do poder judiciário. A rapidez, sublinhe-se, não é o alvo da mediação, mas a proposta do CNJ é que seja usada (junto com a conciliação e outros ingredientes, é verdade) para resolver este problema. Não é ideal que seja usada desta forma, mas mesmo assim, às avessas, pode trazer bons resultados, seja mesmo pela rapidez ou pelo seu poder de educar as pessoas a solucionar seus conflitos e suas demandas sem que seja necessário um longo e doloroso processo judicial.

O estudo do conflito, a propósito, é ponto importante no estudo da mediação. É preciso saber quem entra em conflito e porque entra em conflito para então buscar a melhor forma de solução. Conflitos de todas as ordens, diga-se, mas o escopo no momento é o conflito que pode chegar ao poder judiciário. Este conflito, tão importante no estudo, não é uma exclusividade do direito. O conflito é maior que o direito e atinge também outras ciências, como sociologia e a psicologia. Assim torna-se importante passar por esta interdisciplinariedade direito/psicologia para explicar o escopo do trabalho. A junção da psicologia com a ciência jurídica é tratada por Gomide (2016) que esclarece que o resultado da fusão das duas ciências se chama psicologia forense. A psicologia, que estuda o comportamento humano e o direito, que estuda como as pessoas estabelecem regras que regem seu comportamento em sociedade. Vem a calhar junção das ciências no que se refere ao estudo da mediação, eis que o objeto de estudo da psicologia forense são os comportamentos complexos que ocorrem na interface com o campo jurídico (Gomide, 2016).

A propósito, a interdisciplinariedade de direito e psicologia é comum atualmente, assumida em cursos como o de “psicologia jurídica” ou “psicologia forense” que adornam a fauna científica no Brasil e no mundo. A mediação, por sua vez é instituto que guarda em sua receita ingredientes comuns à ciência da psicologia e do direito. Trata-se de um remédio para tentar solucionar uma disputa, que liga diretamente a ciência psicologia com a ciência do direito. A ligação entre essas duas ciências acontece em vários aspectos e envolve diferentes ramos de estudo, mas é comum aos dois ramos de ciência tratarem das emoções das pessoas. O processo judicial altera o estado emocional das pessoas, que por sua vez é um foco da psicologia. Tome-se como exemplo o famoso caso do homem que invadiu o Fórum Judicial do Butantã, São Paulo, dia 30 de março de 2016, e manteve a juíza de direito Tatiane Moreira Lima refém por 30 minutos, sob a ameaça de incendiá-la. O homem considerava a magistrada culpada por ter retirado a guarda do seu filho e planejava matá-la e se suicidar em seguida.

O conflito, a psicologia e o direito estão relacionados ao comportamento humano, mas, no entanto, as concepções são distintas. Na ótica da ciência da psicologia, o sujeito em exame não é invariavelmente racional. Na ciência do direito, a racionalidade impera, como forma de pautar o respeito às leis. São particularidades de cada ramo da ciência que demonstram a necessidade de interação, uma vez que a psicologia vai buscar alvo em pontos específicos que não despertam a atenção do direito. O direito é afeto à legalidade, ponto que não interessa à psicologia. No dizer de Kelsen “justiça significa legalidade; é justo que uma regra geral seja aplicada em todos os casos em que, de acordo com seu conteúdo, esta regra deva ser aplicada” (Kelsen, 2005).

Podemos examinar a semelhança entre os dois institutos (direito e psicologia) pela lente dos pareceres técnicos. A julgar pela participação de profissionais da área, não há dúvida que a psicologia desempenha papel imprescindível em processos relacionados às demandas de direito de família, como por exemplo nos casos de guarda, adoção e interdição, onde se constata a existência de grande dose de emoções. O exame técnico-psicológico dos indivíduos que compõem tais relações jurídicas - e também eventuais terceiros envolvidos – melhora o resultado no trabalho dos juristas.

Também no ramo criminal destaca-se o trabalho da psicologia: é cada vez mais importante o trabalho do profissional que estuda o criminoso, suas características e seu grau de periculosidade. Certamente o direito precisa socorrer-se do parecer do psicólogo

nesses casos, do contrário seria um inequívoco desserviço prestado à sociedade ao deixar, por exemplo, à solta um indivíduo afeto à produção de homicídios em série. Em suma, para trabalhar com adolescentes infratores é preciso entender sobre adolescentes primeiro.

Com base nas informações fornecidas pelos psicólogos em seus pareceres/perícias é que os juristas norteiam as decisões, o que torna o processo menos prejudicial em especial no que diz respeito às crianças ou adolescentes envolvidos. Ademais, tornam possível também para o julgador proferir decisão mais próxima do justo e humano, tomando por ponto de partida a individualidade de determinado grupo familiar.

Mas a relação entre as duas ciências certamente não para por aí.

A psicologia é um meio utilizado para um indivíduo entender melhor as atitudes de outro indivíduo, e este entendimento poderá resultar na pacificação de um conflito. Não há sociedade humana sem conflitos. Não há resolução de conflitos sem ordem. Não há ordem sem normas. Assim, onde está o homem está o direito, de tal sorte que é inegável a necessidade do direito para o convívio social em harmonia (Silva, 2008). Nessa perspectiva, o direito tem como explicação e objetivo o equilíbrio, a harmonia social, a pacificação. A psicologia, por conseguinte, é perfeitamente capaz de unir-se e ajudar o direito na persecução do objetivo de melhor pacificar os conflitos.

1.1 O Conflito

Cumpre neste momento abordar o conceito de conflito. O direito e a psicologia giram em torno dos conflitos. A sociedade também gira. Não há vida em sociedade livre de conflitos e não haveria necessidade de se criar leis se não houvesse conflitos, assim como não haveriam pacientes para ser atendidos pelos profissionais da psicologia.

A história da humanidade revela um incontável número de conflitos, desde pequenos desentendimentos com também pequenas consequências, passando por guerras mundiais com milhões de seres humanos mortos e chegando ao mundo conectado via internet que proporciona intensos e inflamados debates de toda natureza, desde rixas individuais até brigas entre grupos politicamente opostos. Neste ponto não é necessário muito apego ao formalismo acadêmico: a notoriedade dos conflitos em

âmbito mundial nos segue desde o berço, sendo desnecessário recorrer a livros para dar suporte de citações. A rede mundial de computadores, por exemplo, é prolífica em apresentar sítios dedicados a todo tipo de conflitos. A mídia especializou-se em apresentar, diariamente, um sem-número de conflitos. O conflito lhe rende muito mais recursos do que as notícias de prosperidade e exaltação da paz, provavelmente porque chama mais a atenção do público consumidor. Há conflitos culturais, organizacionais, étnicos, conflitos de interesse, conflitos em trabalho (*workplace conflict*), conflitos por território e muitos outros. Há guerras internas, chamadas de guerras civis, com muitos exemplos a citar, entre elas a guerra civil americana, guerra do contestando, guerra civil da Espanha, de Portugal da Rússia, da Bósnia, da Iugoslávia, do contestado, dos Canudos. Praticamente não se encontra países que não tenham se envolvido em ao menos uma guerra. Israel e os palestinos travam um conflito que remonta os primeiros livros do velho testamento bíblico. Muitas guerras se seguiram nos séculos seguintes, e dentre as mais conhecidas estão a Guerra de independência da Grécia (1821-1831), Revoluções de 1830, Guerra dos Farrapos (1835-45), Guerra Grande (1838-1851), Primeira Guerra do Ópio (1839-1842), Guerra Mexicano-Americana (1847-1848), Revolução húngara de 1848, Primeira Guerra de Independência Italiana (1848), Guerra da Crimeia (1854-1856), Segunda Guerra do Ópio (1856-60), Segunda Guerra de Independência Italiana (1859-61), Guerra dos Ducados do Elba (1864), Guerra da Tríplice Aliança (1865), Guerra Austro-prussiana (1866), Terceira Guerra de Independência Italiana (1866), Guerra franco-prussiana (1870), Comuna de Paris (1871), Guerra do Pacífico (século XIX) (1879-1884), Guerra Hispano-Americana (1898), Independência da América Espanhola, Revolução de Maio, Revolução liberal do Porto ou Revolução Liberal Portuguesa (1820). O Brasil esteve em guerra com o vizinho Paraguai. No início do século 20 primeira guerra mundial, seguida pela segunda nos anos 1940. Vietnam nos anos 1960, Irã e Iraque nos anos 1980, próximo ao conflito entre a Argentina e Inglaterra pela posse das Ilhas Malvinas, a Guerra do Afeganistão nos anos 90, a guerra do golfo pérsico pelas forças aliadas da ONU, a guerra de Kosovo, e os recentes atentados terroristas que divulgam o fundamentalismo religioso muçulmano contra os ocidentais.

Sobre os conflitos armados, o site jornalístico “The Atlantic” noticiou em 2011 que é uma triste realidade que a história da guerra é inerente à própria humanidade. Apesar de Cícero ter definido guerra simplesmente como "contenda pela força",

conflitos armados têm permeado o globo por tanto tempo que a "paz mundial" continua a ser uma teoria, em vez de um momento previsível da não-violência planetária.

Uma busca por guerras entre 1955 e 1957 revela 17 conflitos em curso, desde o conflito global (guerra fria) para o local (o conflito Baluchistão, entre o governo do Paquistão e Blaloch nacionalistas) para o idiossincrático, como Guerra dos três cem e trinta cinco anos, travada entre os Países Baixos e as ilhas Scilly e legalmente estendida pela ausência de um Tratado de paz de 1651-1986, é simultaneamente uma das guerras mais longas do mundo e também com o mínimo de baixas.

Em suma, o ser humano não é ser humano se não conflitar. Para Martins (2014) conflito é o desentendimento entre duas ou mais pessoas sobre determinado assunto de interesse comum. Neste sentido, os conflitos representam as dificuldades que as pessoas têm ao lidar com as diferenças nas relações por não haver diálogo associado a um sentimento de impossibilidade de interesse e necessidade de ponto de vista. Por exemplo, a seguinte situação: durante uma aula, o professor pergunta aos alunos a opinião sobre o casamento homoafetivo. O debate começa e surgem opiniões diferentes sobre o mesmo tema. Durante o debate, dois alunos defendem com vigor seus pontos de vista, e a turma não consegue chegar a um consenso. Essa é uma situação de conflito? Certamente. Os conflitos são inerentes às relações humanas e à vida em sociedade. As pessoas são diferentes – possuem opiniões, crenças, valores e hábitos diametralmente distintos – e quando essas diferenças se encontram, os conflitos tendem a surgir. Em outro exemplo: durante uma reunião de condomínio, o grupo não consegue chegar a um ponto comum sobre o investimento de recursos: alguns defendem o investimento na área de lazer; outros preferem reformar a fachada da portaria; um terceiro grupo defende ainda a aplicação dos recursos na criação de um jornal informativo das atividades do condomínio. As discussões se prolongam por várias reuniões, sem que os moradores consigam cooperar. Até que surge um fato novo: uma empresa decide se instalar nas imediações do condomínio e, pela forma como está planejada a sua operação, esta pode prejudicar a tranquilidade dos moradores, aumentando o movimento de veículos na região e trazendo aumento de poluição do ar no local. Diante de um novo elemento de ameaça ou conflito externo, as antigas divergências entre os moradores (geradas pela discussão sobre a aplicação de recursos) desaparecem e todos se unem para impedir a instalação da empresa no local. Nesse exemplo, um conflito maior contribuiu para a unidade do grupo (moradores do condomínio), quando um conflito maior (a instalação

da empresa) promoveu a cooperação do grupo. No mesmo sentido, Muszkat (2005) ensina que os conflitos interpessoais carregam conteúdos intrapsíquicos não elaborados, podendo provocar espanto no profissional psicólogo, como no exemplo de um casal que, após chegar a vários acordos difíceis não consegue finalizar o divórcio “apenas” por não saber com quem fica o aparelho de TV.

Na relação humana, portanto, é normal haver conflitos; o que torna o conflito inexorável é a resposta que se dá e que os torna negativos ou positivos construtivos ou destrutivos. Por outro lado, o conflito que pode ser solucionado pela mediação é sensivelmente diferente – segundo aponta a doutrina brasileira – do objeto litigioso existente no processo civil, que se define melhor como uma disputa (Gabbay, 2012) do que como um conflito: no processo civil há duas partes lutando com todos os argumentos possíveis para ao final vencer, o que caracteriza melhor uma disputa. A disputa, por sua vez, é apenas parte do conflito. Se, por exemplo, um juiz sentencia que uma mãe terá a guarda de seu pequeno filho, retirando a guarda do pai, essa decisão põe fim à disputa da guarda, mas não põe fim ao conflito. Ao contrário, essa decisão poderá acirrar os ânimos e criar novas disputas e novos embates judiciais. Por outro lado, em direção inversa, se o bem em debate é algo impossível de ser quantificado (um pedido formal de desculpas, por exemplo), não é possível haver disputa e sim conflito (Gabbay, 2012).

Se o conceito de direito ensina que é o estudo das leis para controle da sociedade, significa que precisamos das leis, senão não haverá como limitar os conflitos. Sendo assim, os conflitos surgem diante do desequilíbrio de opiniões acerca de um mesmo tema. Quando esse desequilíbrio causa indignação ou inconformismo, a busca de uma solução é a proposta para restabelecer o estado de justiça. Logo, o que se pretende é solucionar o conflito para retornar ao sentimento de justiça. Justiça, no entanto, é um sentimento natural cujo conceito é complexo que não se alinha com o conceito de direito, uma ciência fabricada pelos homens como forma de organizar a vida em sociedade.

Aprender a resolver seus conflitos sozinho é um exercício que envolve a compreensão de si mesmo pelo indivíduo, e por isso um interesse importante da psicologia. A incapacidade de resolver pequenas diferenças e rixas alimenta formação de um indivíduo pueril, super-protégido e inábil para assumir obrigações e para se

responsabilizar por suas próprias atitudes, repassando a sua responsabilidade para um terceiro (o Estado).

1.2 O Estado em Crise e os Meios Alternativos de Resolução de Conflitos

A manutenção do funcionamento da máquina estatal demanda enorme custo e a intervenção nas áreas econômicas e sociais teve como consequência um déficit público insustentável. A crise do Estado contemporâneo é de extensão mundial, não sendo exclusividade do Brasil a tarefa de administrá-la.

A título de exemplo há provas bastante recentes, como no caso da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) 347, que declarou formalmente a incapacidade do Estado e a omissão estatal violadora de direitos fundamentais em manifestação Supremo Tribunal Federal. A referida ADPF reconheceu, em prudente decisão liminar, a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) com base na sistemática violação de direitos fundamentais que se manifesta no âmbito penitenciário brasileiro. O mesmo se verifica em muitas outras áreas, não sendo a precariedade, por certo, exclusividade do sistema penitenciário.

O Estado precisa então mover-se na direção de uma solução para conter o sangramento de todo o seu tesouro no socorro do bem-estar social. Assim, observa-se um recuo no papel do Estado, que atinge todos os seus tentáculos, inclusive o poder judiciário, e diminui a capacidade de prestar serviços públicos. Uma revisão de todos os papéis é urgente em todas as áreas, a começar nos modelos de regulação jurídica convencionais. O judiciário brasileiro admitiu a crise no setor e criou o CNJ, em 31 de dezembro de 2004 (e instalado em 14 de junho de 2005), confiando-lhe a tarefa de solução de seus vários problemas, frutos do agigantamento das funções do estado e de seu consequente e inevitável enfraquecimento.

1.2.1 A mediação brasileira e o CNJ

No Brasil, embora as primeiras publicações sejam mais antigas, a mediação só foi reconhecida como parte oficial integrante do judiciário com o advento, em 2010, da

resolução 125, do CNJ, que regula o tema.

Cumpre lembrar que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) – um instrumento efetivo do Poder Judiciário – é uma instituição pública que pretende refinar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, principalmente quanto ao controle e à transparência administrativa e processual, e cuja missão é contribuir para que a prestação jurisdicional seja realizada com moralidade, eficiência e efetividade em benefício da sociedade. Criado em 31 de dezembro de 2004 e instalado em 14 de junho de 2005, essa instituição percebeu, desde cedo, a necessidade de utilização dos meios alternativos de resolução de conflitos como forma de se alcançar maior satisfação aos jurisdicionados. Foi assim que logo depois, em 2006, iniciou seu trabalho de estimular a mediação e a conciliação ao implantar o Movimento pela Conciliação (em agosto de 2006) com o objetivo de alterar a cultura da litigiosidade e promover a busca de soluções para os conflitos mediante a construção de acordos. O Movimento promoveu encontros e debates sobre o tema, em 2006, e naquele ano lançou a Semana Nacional da Conciliação, evento anual que abrange todos os tribunais do país.

O primeiro grande feito da Resolução 125 foi instalar os núcleos de conciliação nos tribunais de justiça de todo país e abrir as portas para os centros de conciliação. Cada tribunal de justiça em cada estado deve ter um núcleo para gestão da política pública local, composto por magistrados, funcionários, colaboradores, entre outros, na forma determinada pelo Art. 8º da Resolução 125. A instalação desses núcleos deu o pontapé inicial em um dos objetivos da mediação, que é o da mudança de mentalidade da população acerca da necessidade de resolver seus conflitos por interferência de um processo judicial, exclusivamente.

1.2.2 O que pretende a justiça brasileira ao recomendar a solução dos problemas por meio da mediação e da conciliação

Diante deste quadro de crise, o CNJ recomenda – e o novo CPC formalizou esta recomendação – aplicar a mediação sempre que possível, em especial nas situações que envolvam convívio continuado entre as partes conflitantes. A guarda compartilhada, o divórcio, os conflitos envolvendo vizinhos são exemplos disso.

A justiça brasileira, no entanto, pretende egocentricamente facilitar a prestação do serviço à população jurisdicionada. Diz-se egocêntrica a pretensão porque não é uma medida altruística, eis que o viés é claramente o de se diminuir as demandas para aliviar o poder judiciário. Logo, a justiça brasileira olha para dentro de si mesma e reconhece que é preciso dar fôlego ao seu motor, cansado por tentar inutilmente trafegar em uma via congestionada, busca caminhos alternativos para alcançar seu destino final.

A evolução cultural das sociedades e a consequente adesão a regimes democráticos conduzem naturalmente ao desenvolvimento do exercício da cidadania e de noções melhores de direito. Os cidadãos e os grupos sociais vão adquirindo, em decorrência da discussão pública das normas, novos paradigmas que estabelecem e renovam os direitos individuais, os coletivos e os difusos.

Em consequência de buscar a garantia destes direitos em favor de quem os detém, ocorre um aumento desproporcional das demandas judiciais, provocando uma real crise de Estado. Com maior facilidade à perseguição de seus direitos, fruto de grande luta em favor das garantias fundamentais dos cidadãos, e coligado a uma advocacia historicamente contenciosa, a população passou a exercer seus direitos de forma descomedida, sem tentar resolvê-los por si mesmas. Assim, o número de processos judiciais aumentou tanto que suplantou a capacidade do estado em gerenciar essas ações judiciais, tornando o poder judiciário ineficaz e moroso, incapaz de organizar um número demasiado de processos.

Diante de qualquer crise vivida pelo Estado, buscam-se formas alternativas para solução dos conflitos. Logo, as RAC são decorrentes da própria evolução da sociedade em busca da garantia de seus direitos.

O número exagerado de ações tramitando no país, contudo, aponta para uma sociedade acomodada, incapaz de se desvincular da tutelada exclusiva do Estado-juiz. A cultura da paz, da pacificação social é, portanto, uma necessidade tanto para a sociedade quanto para o Estado. No entanto, parece que, por outra razão diferente do número descomunal de processos, jamais o judiciário se preocuparia em apressar o uso da mediação, apenas para – por exemplo – ensinar a população a resolver seus conflitos de forma a não deteriorar o relacionamento com seu oponente e assim pacificar a sociedade. Eventualmente, mas secundariamente o poder judiciário pretende educar as pessoas para pacificar, melhor solucionar outros conflitos e evitar novas demandas. Não pretende, primariamente, reatar os laços afetivos rompidos: isso é um objetivo

secundário, tarefa da justiça restaurativa e da mediação transformadora, institutos que vêm no vácuo da mediação solucionadora dos problemas do poder judiciário.

Os juristas tratam da mediação apenas como um remédio para a morosidade do processo. O poder judiciário busca resolver este problema e livrar-se de um sem número de processos desnecessários, mas também busca a mesma pacificação através do uso de meios de acesso à justiça, cabendo-lhe a coordenação dos interesses privados em busca da pacificação social” (Bacellar, 2013).

No caso do Brasil isso se agrava, posto tratar-se de um país pobre e cheio de desigualdades sociais. Muitos setores precisam de pesado investimento financeiro que é direcionado para cobrir despesas com o judiciário em crise.

Seguindo este raciocínio, o gigantesco número de ações que tramitam no Judiciário deve ser somado à falta de recursos humanos e financeiros para que as ações sejam julgadas de forma mais rápida e adequada. A falta desses recursos, além da insatisfação popular com o serviço prestado pelo judiciário são problemas que autorizam o uso de meios alternativos de resolução de conflitos.

Neste viés, destacam-se as chamadas as RACs ou ADR's (*Alternative Dispute resolutions*): a mediação, a conciliação e a arbitragem como meios alternativos para solucionar estas situações (o CNJ - Conselho Nacional de Justiça, órgão gerente do poder judiciário brasileiro) preocupa-se em especial com dois problemas: a) o excesso de ações judiciais e b) a qualidade do serviço prestado ao jurisdicionado.

A propósito, o relatório “Justiça em Números 2015” (ano-base 2014) revela 103,1 milhões de processos judiciais no país. Na média, significa um processo para cada dois brasileiros. Como em cada processo atuam pelo menos duas partes, pode-se dizer que há processos para toda a população brasileira participar. É a visão do envelhecimento do sistema processual em razão da evolução da sociedade. É uma crise que provocou um efeito “bola de neve”, ao qual o poder judiciário não pode dar-se ao luxo de assistir sem tomar medidas efetivas.

Entretanto, no Brasil mesmo aqueles que estão habituados ao mundo jurídico podem desconhecer ou se opõem à utilização destes meios alternativos. Tal resistência ocorre pela falta de informação acerca do procedimento. Poucas faculdades de direito preocupam-se em oferecer a matéria em seu currículo, poucos profissionais se interessam ou se habilitam e pouca é a produção científica.

Uma vez que estes conflitos são centralizados na justiça estatal e a sua resolução fora deste ambiente gera uma descrença na população, que na maioria das vezes recebe uma má orientação dos profissionais que lhe assessoraram. Existe resistência à adoção dos meios alternativos de composição dos conflitos trabalhistas, e muitas delas partidas dos próprios juízes e de advogados (Bacellar, 2012). De fato, ainda há muito preconceito, em especial por parte da própria sociedade, que apenas deposita confiança no poder judiciário, acreditando que a única maneira de se alcançar a segurança jurídica é por sentença judicial. Seguindo este raciocínio, a sentença judicial substitui a vontade das partes. Deixar a própria vontade submissa à vontade do magistrado incorre em risco para o conflitante, que está sujeito a um revés. Acontecendo o revés há consequentemente uma imposição contrária e “agressiva” à vontade do sucumbente (o cumprimento da sentença). Essa “agressão” não é bem vinda, pois apenas inflama a relação já desgastada entre as partes, não auxiliando em nada a recuperação do diálogo ou a pretendida pacificação.

A busca por meios alternativos de resolução de conflitos (arbitragem, conciliação e mediação) é, por conseguinte, medida urgente frente a todos os problemas enfrentados pelo judiciário. Um mundo mais diligente e dinâmico exige ferramentas mais incisivas para regular as situações criadas pelos particulares. A justiça, a economia, a administração pública não combinam com os meios morosos, corroborados com a busca desenfreada pela segurança jurídica e dogmatismo exacerbado. Os meios alternativos de resolução de conflitos mostram-se como instrumentos consagradores do próprio princípio da autonomia da vontade, eis que a evolução social não se satisfaz com a solução do direito positivado que já não é mais capaz de absorver a rapidez das informações e a complexidade das – cada vez mais – desafiadoras e urgentes demandas da vida contemporânea.

Há, portanto, que se buscar uma forma de solucionar o problema do excesso de processos e ao mesmo tempo prestar um serviço mais satisfatório ao jurisdicionado, utilizando – entre outras soluções – a mediação de forma adequada, para resgatar a saúde do judiciário e a aproximar a população da justiça restaurativa. É este o alvo. E é justamente na utilização dessa ferramenta (a mediação) que reside importante conexão da ciência do direito com a ciência da psicologia: a aplicação de técnicas desta ciência é essencial para a efetivação de um resultado excelente naquela.

1.3 O Monopólio Jurisdicional do Estado Brasileiro

O Estado possui o monopólio da jurisdição, isto é, somente o Estado-Juiz possui a regalia de, quando provocado, pronunciar qual é o direito aplicável a um fato concreto, em assim dar fim a um conflito de interesses em caráter definitivo.

Com a promulgação da constituição da República, em 1891, o Brasil se filiou à tripartição de Poderes da qual não se separou mais em todas as suas constituições posteriores (1934, 1937, 1946, 1967 e 1988).

Esta filiação explica o papel do Poder Judiciário na história do país, e a ele sempre coube ser o recurso último para todas as lesões de direito. É, destarte, um dos suportes do Estado de Direito. Portanto, tem-se que toda decisão definitiva sobre uma controvérsia jurídica só pode ser exercida pelo Poder Judiciário. Não há jurisdição fora deste, nem no Poder Executivo, nem no Poder Legislativo.

Com a consequente impossibilidade da autotutela, (ou autodefesa) o Estado toma para si o poder/dever de resolver com exclusividade de forma imparcial os conflitos de interesses entre os particulares e mesmo os conflitos de interesses entre o Estado-Administração e os administrados.

De forma coercitiva, cabe à função jurisdicional do Estado o importante papel de fazer valer o ordenamento jurídico quando necessário. O sujeito que se entende lesado comparece diante do Poder Judiciário, que toma conhecimento da disputa substituindo a pretensão das partes, que foram ineficazes para resolverem a pendência sozinhas. O Estado autoriza a interferência do poder judiciário que por sua vez dita qual o direito que os interessados têm que cumprir, entrando em cena em substituição à vontade das próprias partes.

A Constituição Federal de 1988 no art. 5º, inciso XXXV (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”) estampa o denominado princípio da inafastabilidade da jurisdição, em razão do qual, no Brasil, somente o Poder Judiciário tem jurisdição, sendo o único poder capaz de dizer o direito com força de coisa julgada. Este princípio, em síntese, outorga ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição e, ao mesmo tempo facilita ao indivíduo o direito de ação, ou seja, o direito de provocação do estado para resolver sua disputa. O direito de invocar a atividade jurisdicional, é, então, um direito público subjetivo. O exercício de provocação do poder judiciário para iniciar uma demanda (direito de ação) cria para o autor da demanda o

direito à prestação jurisdicional, que é um reflexo do poder/dever do juiz de dar a referida prestação jurisdicional em apresentar uma resposta satisfatória (representada pela sentença de mérito) e justa, acatando os princípios constitucionais do processo (contraditório, ampla defesa, juiz natural, e outros). Para o demandado também se cria um direito, o de invocar a jurisdição para a tutela de seu direito.

Seguindo uma via contrária, a mediação pré-processual e a arbitragem são meios conhecidos de resolução de disputa sem a necessidade de intensa inclusão da jurisdição pátria.

1.4 Monismo Jurídico, Pluralismo Jurídico e o Sistema Tradicional de Solução de Conflitos

O Estado é, por conseguinte, centralizador. Burocrático, é a expressão daquilo que chamamos monismo jurídico: o Estado é o detentor exclusivo do poder e também é o retentor do monopólio da fabricação das normas jurídicas.

Monismo jurídico é uma expressão que denota a existência de apenas uma única (mono) ordem jurídica. Santos (2009) esclarece que o monismo jurídico considera válido apenas uma ordem jurídica, seja esta ordem o direito natural, ou seja, esta ordem o direito estatal. O mesmo autor explica que monismo jurídico natural – também chamado de universal – defende a existência de um direito universal exclusivo, de caráter absoluto, único, mas comum a todos os povos. Baseia-se, portanto, na teoria do direito natural, em voga nos séculos XVII e XVIII, sob forte influência do iluminismo e do racionalismo (Santos, 2009).

O outro lado dessa teoria monista se chama teoria do pluralismo jurídico. É a expressão multiplicadora de regras advindas de todas as áreas do conhecimento e que encontrou abrigo na sociedade do século XIX e XX, alicerçada no positivismo jurídico. As normas, portanto, são emitidas por vários órgãos, a exemplo do que acontecia no passado distante anterior à criação do Estado, quando as religiões e os costumes ditavam normas das mais variadas ordens. O pluralismo, portanto, prevê uma variedade de ordenamentos, que lançam várias normas de conduta e até estipulam penalidades pelo desvio destas condutas.

O preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estampa a convicção que vivemos numa sociedade pluralista:

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

Desta forma, o preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 claramente define os brasileiros como uma sociedade pluralista e comprometida com as formas alternativas de solução de conflitos (mediação inclusa).

Com isso, entendemos que o texto maior expressa a multiplicidade (pluralidade) da sociedade e consequentemente também da edição de normas, assumindo compromisso com a solução pacífica das controvérsias.

Logo, é possível entender que o legislador constitucional entendeu a mediação, ao menos inicialmente, em 1988, como uma ferramenta advinda do mundo pluralista e não monista. Com o passar dos anos e a edição de leis específicas, a mediação adentra o mundo como ferramenta oficial do Estado, que reconhece a insuficiência da sua prestação jurisdicional pelo sistema tradicional adversarial.

Via de raciocínio, conclui-se que cabe exclusivamente ao Estado o poder de criar normas jurídicas, mas ele próprio assume também que é possível se falar em distintos centros de positivação jurídica, que se materializam com os meios alternativos de resolução de conflitos.

1.5 A Sobrecarga das Funções do Estado

A adoção do estado constitucional, democrático e de direito em que vivemos impõe que o monopólio jurisdicional pertence ao Estado. O Estado exerce esse monopólio através do poder judiciário, um equipamento estatal intrincado, aprimorado e custoso *per se*, e que por isso deveria ser movimentado somente em determinadas situações de maior complexidade. Em outras palavras, o poder judiciário não deveria ser a porta de entrada para desavenças, rixas ou mero desconforto. Mas é o que acontece de fato. Caso isso continue acontecendo, e o número de processos dessa natureza continue crescendo, a justiça não se prestará para solucionar os problemas, mas sim para institucionalizá-los. E quando isso acontece, o judiciário passa a servir apenas àquele sujeito que não tem razão e que se utiliza do próprio Estado para se beneficiar da lentidão e imprestabilidade do sistema. Tome-se, por exemplo, o célebre caso do furto de um galo e uma galinha – que já foram até devolvidas ao dono – em Minas Gerais. Tal ocorrência, que gerou um prejuízo de aproximadamente quarenta reais ao dono das aves, teve início no citado estado e passou pela instância inicial, subiu ao TJ local, subiu ao STJ e finalmente foi julgado pelo STF em 2014, que só então aplicou o princípio da insignificância. Trata-se de um absurdo colossal instaurar um processo criminal e movimentar toda máquina judiciária, até a Corte Constitucional brasileira por conta da subtração de uma galinha e um galo. Há muitos casos como esse que se multiplicam em um país de proporções continentais como o Brasil.

O fato é que com o passar do tempo o estado se sobrecarregou de funções. Há muitas leis e há também muita litigância contenciosa (demandismo), muita retórica – discute-se muito os problemas – e pouca reforma, e por fim poucas formas alternativas de solucionar problemas e também poucas alternativas para os advogados.

Em aprofundado estudo sobre esse tema, a norte-americana Rhode (2000) ensina que os Estados Unidos sofrem de uma permanente hipocondria legal, definida por uma avalanche descomunal de processos. Ela cita um exemplo: uma bola de baseball que atravessa a vidraça de uma casa e o dono da casa processa o vizinho, o fabricante da bola e a vidraçaria. Todos processam todos. Cortesia da disponibilidade dos advogados em provocar a justiça para resolver pequenos problemas, visando sempre mais conflitos, maior número de demandas para obter maior lucro. Rhode (2004) explica que uma nação sem advogados é um estado de natureza que muitos americanos,

sem dúvida, achariam atraentes. Cerca de três quartos dos indivíduos entrevistados acreditam que os Estados Unidos têm muitos advogados e mais de metade acreditam que advogados iniciam processos demais. Em suma, a sabedoria convencional é que temos muita lei e pouca justiça, e que a profissão jurídica contribui mais para o problema que a solução. Rhode (2004), em autocrítica à epidemia de demandas norte-americana, aponta que muitos países procuraram saídas para reivindicações frívolas, queixas mesquinhos e desenvolvem estratégias para sancionar ou dispensar casos sem maior importância. No entanto, é bom lembrar que o que se qualifica como uma reivindicação frívola geralmente depende do olho de quem vê. Um exemplo clássico envolve uma sentença punindo em exagerados 2 milhões de dólares a cadeia de restaurantes *fast food* McDonalds por servir café a uma temperatura altíssima, capaz de queimar uma pessoa. Em suma, um advogado mal-intencionado, conhecedor dos trâmites processuais e com argumentos mesquinhos, apresentou à justiça americana um caso insignificante, perante um juízo de fora do controle, e arrancou uma sentença procedente, concedendo uma recuperação financeira absurda. Rhode (2004), em conclusão, pergunta: É justo para obter um par de milhões de dólares de um restaurante, só porque você derramou o café quente em si mesmo?

O quadro que se enxerga é de o um doente terminal a quem é dada a tarefa de correr uma maratona. Os exemplos citados servem apenas para comprovar que o número de processos causa vários tipos de problemas, em efeito multiplicador: são mais ações com assuntos indevidos para o judiciário; mais ações cujas sentenças podem ser exageradas; mais funcionários do judiciário sujeitos a mais erros e tudo isso conduz a uma profissão jurídica contaminada e moribunda, que cada vez mais se afasta da ideia do justo.

Cumpre lembrar, rapidamente, que o sistema tradicional de solução de conflitos é simples. De modo geral, havendo um conflito entre duas pessoas (ou mais) cada um contrata um advogado que leva a lide ao judiciário, onde as partes confrontantes são tratadas como adversárias. A um terceiro – o juiz – é dada a função de analisar e conhecer o pedido e depois proferir a sua convicção em um documento oficial chamado de sentença. Essa decisão tanto poderá satisfazer a uma das partes quanto as duas, e até mesmo insatisfazer as duas partes. É uma decisão imposta, cogente, mandatória. Certo que as próprias partes pediram por essa imposição, mas ainda que consentida, não deixa de ser violenta em certa medida.

O sistema jurídico que vivemos contribui para esta paisagem, adequando-se desde que as primeiras faculdades de direito foram instaladas no Brasil. Nelas, os alunos aprendem os princípios basilares formadores da profissão e carregam essas informações por toda a sua vida profissional. No exercício da advocacia, embora o uso da ética seja uma exigência que permeia o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, lei 8.906, de 1994, vemos um compêndio de leis que pretende educar aquele que patrocina causas autorizado por alguém – seu cliente – e que fixa o olhar no contencioso: não existe uma cultura de resolução simplificada de conflitos, e o recém formado bacharel em direito e advogado é jogado num mercado de trabalho voltado à busca de clientela que lhe traga retorno financeiro. O uso da mediação é visto com reservas pela classe, a julgar pela pouca utilização no nosso sistema judiciário, cuja lei é bastante recente (Resolução 125, de dezembro de 2010; Novo Código de Processo Civil, que abriga a mediação, 2015; Lei 13.140/2015 - Lei da Mediação).

Kazuo Watanabe assevera que o grande obstáculo, no Brasil, à utilização mais intensa da conciliação, da mediação e de outros meios alternativos de resolução de conflitos, está na formação acadêmica dos nossos operadores de Direito, que é voltada, fundamentalmente, para a solução contenciosa e adjudicada dos conflitos de interesses. Vale dizer toda ênfase é dada à solução dos conflitos por meio de processo judicial, onde é proferida uma sentença, que constitui a solução imperativa dada pelo juiz como representante dos Estados. É esse o modelo ensinado em todas as Faculdades de Direito do Brasil (Watanabe, 2005).

Parafraseando Watanabe, Gabbay ensina que o mercado das instituições de ensino superior exige um modelo de profissional do direito padronizado para as principais carreiras, como a advocacia, a magistratura, o ministério público e as procuradorias públicas. Desse direcionamento nasce a “cultura da sentença”, que alça a decisão do juiz à única decisão de respeito possível. Esse pensamento tem como consequência o aumento cada vez maior da quantidade de processos, recursos e execuções e que precisaria ser trocada pela chamada “cultura da pacificação”, como um dos passos para se garantir o êxito da institucionalização da mediação no judiciário (Gabbay, 2013).

Some-se a isso que os juristas tratam da mediação apenas como um remédio para a morosidade do processo. É justamente como não se deve tratar a mediação: sua vantagem é estabelecer melhor comunicação entre as partes envolvidas, cuja

consequiência em longo prazo é a pacificação da sociedade e não a banalização/industrialização dos conflitos, usando o judiciário como ferramenta para a agressão mútua dos conflitantes. Trentin e Trentin (2011) reforçam esse discurso ao afirmar que vivenciamos um número excessivo de processos, com excessiva ênfase ao formalismo nas práticas forenses, a lentidão e morosidade processual, bem como o surgimento de novos direitos, que acabam prejudicando a eficiência e a celeridade na prestação jurisdicional. Mas são os mesmos autores que apontam que a solução dos conflitos deverá trazer procedimentos que visem prevenir e resolver controvérsias a partir das necessidades e dos interesses dos litigantes. Trentin & Trentin (2011) concluem que, neste viés, a provocação dos tribunais deveria passar a ser subsidiária, não devendo ser a primeira porta como alternativa para a solução do conflito, salvo, é claro quando tratar-se de direitos indisponíveis, ou se tal provocação não for aconselhada.

Seguindo este raciocínio, temos a mediação como uma devida opção real, porta de entrada alternativa para a solução de conflitos. Se levarmos em conta, por exemplo, que o judiciário está repleto de ações na área de direito de família, dentre as quais são populares ações as de divórcio, dissolução de união estável, revisional de alimentos, e que essas ações envolvem sentimentos e debates financeiros que causam estresse após o fim da relação, pode-se idealizar que a mediação é o meio mais adequado para apaziguar os ânimos. Mas será necessário um grande esforço para que haja uma mudança de cultura da população brasileira – desacostumada com o rosto apaziguador da mediação e ao mesmo tempo enraizada na cultura do litígio como *ultimate solution* de todos os conflitos – a fim de que a mediação e a nova lei que a acompanha não seja só mais uma lei sem impacto imediato na realidade: a infame e popular “lei que não pega”.

2. O ACESSO À JUSTIÇA

A jurisdição é um monopólio estatal que não cumpre com seu objetivo se não for capaz de garantir o adequado e efetivo acesso à justiça. Na hipótese de fracasso nesse acesso, o Estado deverá então assumi-lo e passar a incentivar outras formas de solucionar os litígios, com o fim de alcançar a composição entre os conflitantes e uma melhor pacificação social.

A partir da Constituição de 1988 o acesso à justiça passa a ser vislumbrado como pedra fundamental do Estado Democrático de Direito e como um dos componentes do núcleo da dignidade humana, eis que dele depende a efetividade dos direitos elencados no texto constitucional e através dele é que se assegura a satisfação dos direitos fundamentais dos cidadãos. Entretanto, a realidade do acesso à justiça em muito diverge daquela objetivada e propagada por nossa Carta Magna, o que acaba por refletir, inegavelmente, a inoperância estatal no que tange a sua promoção (Toaldo, 2011).

Há obstáculos que atrapalham o acesso à justiça pelos usuários do sistema judicial. O processo é lento e caro. Cappelletti e Garth (2002) asseveraram que a resolução formal de litígios, particularmente nos tribunais, é muito dispendiosa na maior parte das sociedades modernas. Além de custas e despesas processuais, os litigantes precisam também arcar com os honorários advocatícios. O custo alto do processo, portanto, assusta e afasta as pessoas da justiça.

Desta forma, aqueles que buscam uma solução judicial precisam esperar longos períodos de tempo por uma decisão exequível, aumentando os custos para as partes e pressionando os economicamente fracos abandonar suas causas, ou aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que eles teriam direito (Cappelletti; Garth 2002).

2.1. A Mediação como Facilitadora do Acesso à Justiça

Recentemente temos visto uma nova abordagem ao conceito de acesso à justiça. Os alvos são novos, diferentes dos tradicionais objetivos do processo civil. Atualmente se busca a promoção da cidadania, a educação jurídica e a busca de ferramentas para soluções alternativas de conflitos, local onde se enquadra a mediação.

Numa sociedade como a brasileira, que cultiva o contencioso, o poder judiciário sempre foi visto como uma solução definitiva para os conflitos. Entretanto, há muito que os estudiosos do direito entenderam que a justiça nem sempre é alcançada com o acesso ao poder estatal, pois os meios tradicionais de solução aos litígios, não raro, levam a um processo moroso, que, por vezes, acarreta mais prejuízo e angústia do que benefícios e tranquilidade às partes. No dizer de Keppen e Martins,

[...] no manual de DVD que se acaba de adquirir sempre se encontra uma advertência inicial, em letras vermelhas: esse equipamento opera em 110 v. confira a tensão da rede antes de ligá-lo à tomada. O estudo da resolução de conflitos civis também exige uma advertência inicial: o uso desse instrumento pode causar sérios riscos à você e à sociedade. Portanto, somente o utilize ética e moralmente, depois de refletida análise das consequências sociais de sua ação". (2009, p.19)

Há outras nuances a serem avaliadas, e com isso o conceito de acesso à justiça foi se ampliando, à medida que novos mecanismos foram aparecendo. Os juizados especiais foram um exemplo.

Forjam-se os juizados especiais na concepção de oferecimento aos jurisdicionados de uma forma alternativa de solução de controvérsias. Todavia aparecem esses juizados em novo cenário jurisdicional estatal como forma ou técnica de resolução de controvérsias no âmbito do próprio poder judiciário, totalmente fora da órbita privada, inversamente ao que se verifica como habitat natural das ADRs (Tourinho Neto; Figueira Jr, 2002, p. 79).

Segundo Azevedo (2007, p. 11),

Os Juizados Especiais foram concebidos para que neles houvesse específica atenção aos mecanismos autocompositivos como forma de emprestar maior efetividade ao ordenamento jurídico processual. Isto porque, deontologicamente, os Juizados Especiais seguiram experiência estrangeira bem sucedida na qual se estabeleceram juizados de pequenas causas como forma de assegurar maior acesso à

justiça e principalmente, para que este acesso seja melhor na perspectiva do próprio jurisdicionado.

Nesse sentido, um dos componentes axiológicos do “acesso à justiça” que mais impulsionou essa corrente foram as inquietações de muitos juristas, sociólogos, antropólogos, economistas, cientistas políticos, e psicólogos, entre outros, que se mostravam patentemente insatisfeitos com o modelo existente (Azevedo, 2011).

A União Européia assumiu as ADRs (e a mediação especificamente) como meio essencial ao bom funcionamento do processo judiciário, conforme destaca-se da leitura da diretiva de 2008:

The principle of access to justice is fundamental and, with a view to facilitating better access to justice, the European Council at its meeting in Tampere on 15 and 16 October 1999 called for alternative, extra-judicial procedures to be created by the Member States. (Official Journal of the European Union, 2008)

(...)

The objective of securing better access to justice, as part of the policy of the European Union to establish an area of freedom, security and justice, should encompass access to judicial as well as extrajudicial dispute resolution methods. This Directive should contribute to the proper functioning of the internal market, in particular as concerns the availability of mediation services. (Official Journal of the European Union, 2008, p. 136).

Insta lembrar também que quando se aborda o tema do acesso à justiça (e a mediação em grande escala) abordam-se obrigatoriamente também os direitos fundamentais, direitos humanos, portanto há uma importante ligação direta com o direito constitucional. Nesse quadro temos o acesso à justiça como direito constitucional fundamental sendo fustigado pelo panorama burlesco do judiciário brasileiro pós-moderno castigado pelo grande número de processos existentes e a completa incompetência dos tribunais para julgá-los com o mínimo de qualidade. Surge então uma nova onda de acesso à justiça – a quinta onda, segundo Bacellar – que pretende voltar as suas ações para dois objetivos: a) a saída da justiça, em relação aos judicializados; e b) a oferta de métodos ou meios adequados à resolução de conflitos,

dentro ou fora do Estado, no contexto que denominamos (nossa posição) acesso à justiça como acesso à resolução adequada do conflito (Bacellar, 2012).

2.2 A Garantia Legal da Celeridade Processual

O instituto da mediação pode ser utilizado como um garantidor da agilidade processual. Um dos princípios constitucionais de garantia mais profundamente ligados ao tema da mediação inserido na Constituição brasileira de 1988 é o da celeridade processual (art. 5.º, LXXVIII)

Atualmente, o discurso comum é a busca da efetividade do processo e a missão social de eliminar conflitos e fazer justiça. A EC nº. 45/2004, que produziu a reforma do poder judiciário, ampliou os direitos e garantias fundamentais e estampou no art. 5.º, LXXVIII que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. A carta magna brasileira procurou assim fazer com que a legislação processual apresente soluções capazes para desburocratizar e simplificar o processo, com o alvo de garantir a celeridade de sua tramitação

A previsão da prestação jurisdicional em um prazo aceitável já era positivada nos arts. 8.º, inciso 1º, e 25, inciso 1º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) como direito fundamental do ser humano. Convém lembrar que a citada convenção foi adotada, no âmbito da Organização dos Estados Americanos, em 22/11/1969, entrando em vigor no âmbito internacional em 18/07/1978 (art. 74, § 2.º). O governo brasileiro depositou a carta de adesão à referida convenção em 25/09/1992 e o decreto federal nº. 678, do mesmo ano determinou o seu cumprimento no Brasil.

Sendo assim, estão garantidos os meios que avalizem a celeridade de tramitação do processo. Seguindo essa perspectiva, em 15.12.2004 foi assinado pelos Presidentes do Executivo, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do STF, ou seja, pelos Presidentes dos três Poderes, o “I Pacto Republicano, por um Judiciário mais Rápido e Republicano”, buscando viabilizar a reforma do poder judiciário, destacando-se onze compromissos de combate à morosidade processual. Alguns anos depois, em 13.04.2009, constatou-se que o primeiro pacto foi eficiente e permitiu a colaboração

efetiva dos três Poderes na realização de reformas processuais e atualização de normas legais. Então os Presidentes dos 3 poderes assinaram o II Pacto Republicano de Estado, desta vez, a busca era por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo, considerando que a efetividade das medidas adotadas indica que tais compromissos devem ser reafirmados e ampliados para fortalecer a proteção aos direitos humanos, a efetividade da prestação jurisdicional, o acesso universal à Justiça e também o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito e das instituições do Sistema de Justiça.

Pedro Lenza (2014) lembra oportunamente que a partir da EC nº. 45/2004 os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos ganham maior relevância, já que, desde que aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais, ou seja, terão status de norma constitucional.

Contudo, Bedaque (2009) ensina que mesmo assim o tempo ainda constitui um dos grandes óbices à efetividade da tutela jurisdicional, em especial no processo de conhecimento, pois para o desenvolvimento da atividade cognitiva do julgador é necessária a prática de vários atos, de natureza ordinatória e instrutória. O mesmo autor destaca que o direito insatisfeto durante o tempo do processo cognitivo por si só já perfaz evidente dano ao seu titular. Ademais, outros eventos também podem acontecer até que a demanda tenha final deslinde e que colocam a efetividade da tutela jurisdicional em risco: é o que a doutrina do direito define com o termo “dano marginal”, aquele causado ou agravado pela duração excessiva do processo judicial. Bedaque aponta a solução para evitar o dano marginal causado pelo processo: a sumarização da atividade cognitiva (o processo de conhecimento), tornando admissível a tutela jurisdicional mediante conhecimento (cognição) não exauriente, ou seja, incompleto/não exaustivo (2009).

Assim posto, temos que justiça demorada não é justiça efetiva, pois em determinadas circunstâncias a demora causada pela duração do processo e sistemática dos procedimentos, poderá suscitar a total inutilidade ou ineficácia do provimento demandado.

O ponto de vista do acesso à Justiça demanda mais que a criação de cargos ou mudanças na legislação: os tribunais são necessários, mas precisam ser atualizados, tanto quanto seus procedimentos, para que o processo civil se torne simples, rápido,

barato e acessível aos hipossuficientes, viabilizando resultados mais justos, que não refletem as desigualdades entre as partes. Mas ao mesmo tempo defendem que sejam utilizados métodos alternativos como a mediação que pode ajudar a melhorar o acesso à Justiça, buscando garantir à população menos privilegiada do ponto de vista financeiro a defesa de seus interesses individuais.

3. A MEDIAÇÃO

No caminho percorrido pela humanidade, as disputas e os conflitos foram sendo resolvidos das mais inusitadas e diferentes formas. Podemos imaginar, a título de exemplo, num distante passado, decisões impostas por médico-feiticeiros em tribos indígenas, que baseavam suas sentenças/diagnósticos em fatos naturais como uma tempestade, um raio, um período de seca e assim por diante, relacionando tais episódios a virtudes ou culpa de um ou mais indivíduos. Antigamente os conflitos eram solucionados por alta tutela que significava a resolução da questão pela imposição da vontade do mais forte, todavia este método foi superado há décadas, quando o estado instituiu o monopólio da jurisdição, por meio do qual a solução do conflito é desenvolvida perante o Poder Judiciário (Cahali, 2013).

A sociedade evoluiu e com ela adveio o emprego da racionalidade no uso das normas para dirimir embates entre indivíduos. Sendo assim, recorria-se ao compromisso, conciliação, negociação. Diante disso, pode-se afirmar que há patente necessidade de novos modelos que permitam que as partes possam, por intermédio de um procedimento participativo, resolver suas disputas construtivamente ao fortalecer relações sociais, identificar interesses subjacentes ao conflito, promover relacionamentos cooperativos, explorar estratégias que venham a prevenir ou resolver futuras controvérsias e educar as partes para uma melhor compreensão recíproca.

Na segunda metade do século passado, os Estados Unidos, vislumbrando a possibilidade de diminuir a grande quantidade de processos que abarrotavam o Poder Judiciário em virtude das demandas originadas no período pós-guerra, criaram um modelo de meios alternativos de solução de conflitos. Deste modelo originou a sigla ADR (*Alternative Dispute Resolution*), hoje internacionalmente conhecida, para identificar os meios alternativos de solução de conflitos (Andrade, 2009).

A partir do século XX a mediação recebe grande impulso, passando a ser “amplamente utilizada em vários países, como França, Inglaterra, Irlanda, Japão, Noruega, Espanha, Bélgica, Alemanha, dentre outros” (Rodrigues Junior, 2003, p. 298). Na América do Sul é aplicada de forma obrigatória na Argentina, havendo inclusive lei recente nesse sentido (Ley 26.589 mediacion y conciliacion, promulgada em 3 de Maio de 2010).

No ponto, Azevedo assevera que

Vale frisar que a mediação enquanto elemento característico dos juizados de pequenas causas nos Estados Unidos fortemente influenciou o legislador brasileiro a ponto de este incluir a conciliação no nosso sistema dos juizados especiais. Todavia, a autocomposição prevista pelo legislador brasileiro na Lei n.º 9.099/1995 se distinguiu significativamente daquela prevista no modelo norte-americano em razão da menor ênfase às técnicas e ao procedimento a ser seguido, bem como ao treinamento (*e.g.* nos juizados de pequenas causas em Harlem, NY, os mediadores recebem curso de 30 horas aula exclusivamente sobre técnicas de negociação e mediação) e, atualmente, ao maior componente restaurador (ou transformador) das mediações (2007, p.22).

No Brasil, o debate sobre mediação de conflitos vem sendo estimulado. Todavia, insta sublinhar “a complexidade do tema e a relevância da capacitação do mediador, sendo indispensável o estudo, a formação e o treinamento contínuo desses profissionais, para que, as sessões de mediação conduzam a um diálogo produtivo que permitam um acesso efetivo à justiça” (Salles e Chaves, 2014, p.256). O sistema não tem bom funcionamento sem essa preparação, segundo Azevedo, (2007, p.22):

Sobre esse componente, Robert Baruch Bush e Joseph Folger na obra *The Promise of Mediation: Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition*⁶, sustentam que devem ser considerados como objetivos da autocomposição e, indiretamente, de um sistema processual, a capacitação (ou empoderamento) das partes (*i.e.* educação sobre técnicas de negociação) para que estas possam, cada vez mais, por si mesmas compor seus futuros conflitos. Desta forma, se proporciona ao jurisdicionado efetivos meios de aprendizado quanto à resolução de disputa, obtendo-se também o reconhecimento mútuo de interesses e sentimentos o que proporciona uma aproximação real das partes e consequente humanização do conflito decorrente dessa empatia.

Importante, também, apontar a finalidade da mediação. Neste sentido, a mediação é o meio de buscar acordos entre pessoas em litígio por meio da

transformação da dinâmica adversarial, comum no tratamento de conflitos, para uma dinâmica cooperativa, improvável neste contexto (Muskat, 2005).

3.1 A Busca da Verdade Processual e a sua Diferença com a Busca da Verdade entre as Partes Envolvidas na Mediação

Grandes embaixadores do pensamento humano como Aristóteles, São Tomás de Aquino, Jean-Jacques Rousseau, Montesquieu, Hans Kelsen e Thomas Hobbes, entre muitos outros passaram parte de suas vidas concluindo que a definição do justo e do injusto é ditada pela lei. É comum vermos no dia a dia situações em que pessoas dizem “vou levar o meu caso à justiça”, ou “vou colocar você na justiça” como que ameaçando uma pessoa de levar o conflito ao conhecimento do judiciário e expor o tema ao exame da lei. A palavra “judiciário” deriva da palavra “justiça” e significa “relativo à justiça”. O termo “justiça” transformou-se, popularmente, em sinônimo de processo judicial. Ameaça-se alguém de levar ao juiz a determinada demanda e dizer que a sua versão do problema será aquela considerada vencedora. Logo, chegamos a conclusão de que parece não existir verdade senão aquela que está sob os olhos do juiz, no processo, e da lei a qual o juiz deve aplicar ao caso.

O brocado "*quod non est in actis, non est in mundo*" (o que não está nos autos não está no mundo) bastante utilizado no curso de direito traduz bem onde pretende chegar a ciência jurídica. Os juristas excluem da análise tudo o que não consta nos autos de processo, para garantir a viabilidade da existência desse processo (o chamado “garantismo processual”) e de uma sentença que provará a presteza do Estado. Tudo feito em nome da segurança das relações humanas, do funcionamento da ciência do direito e da vida em sociedade. Para tanto o juiz utilizará o seu poder de livre convencimento e apreciará tudo o que for trazido à baila, buscando a realidade dos fatos em primeiro momento. O garantismo processual, contudo, poderá limitar o alcance desse poder a uma pequena distância: somente aquilo que aparece nas peças do processo, confirmando o famoso brocado latino. No direito processual penal, por exemplo, vige – intocável – o princípio da verdade real relativa. Para este princípio mesmo a busca da verdade real (um conceito bastante ultrapassado, especialmente no direito processual penal) encontra limitações na lei. Neste sentido temos, por exemplo, a

vedação da utilização de provas obtidas por meios ilícitos. Contudo a doutrina tem criticado, há décadas, o princípio verdade real da diante da inviabilidade de se perseguir uma verdade absoluta, pois comprehende-se que o magistrado jamais dará certeza absoluta acerca dos fatos, ainda que as provas trazidas aos autos sejam robustas. Quando muito as provas poderão aproximar o juiz da realidade absoluta. É justamente essa questão que se coloca, no direito processual civil na atualidade. O Juiz deve acreditar apenas naquilo que as partes carreiam ao processo, visando a imparcialidade, ou visando determinar produção de provas para esclarecer os fatos de maneira a celebrar a Justiça em um maior grau de acerto. Portanto, o alvo será sempre a verdade formal, processual ou verdade forense. Com a dificuldade que vem ocorrendo no levantamento da verdade nos processo penais e civis, a doutrina tem se logrado em dizer que a verdade é concebida como pura ficção ou re-elaboração formalista da realidade. De qualquer forma há de se reconhecer que a verdade é norteadora do processo uma vez que se pode balizar validade a um processo que esteja maculado com mentira. O direito e a justiça não se prestam para tanto. Sobre o assunto, Arruda Alvim (2002) ensina que a verdade, no processo civil, deve ser sempre buscada pelo juiz, mas o legislador, embora cure da busca da verdade, não coloca como um fim absoluto, em si mesmo. Ou seja, o que é suficiente, muitas vezes, para a validade e eficácia da sentença é a verossimilhança dos fatos. O que se pretende significar é que, quanto o escopo do juiz haja de ser a descoberta da verdade, este fim não é absoluto, no sentido, por exemplo, de que, se um processo tiver tido sua prova mal avaliada, deixe a decisão nele proferida de subsistir.

Tourinho Filho (2014) traduz o que pensa a imensa maioria da doutrina acerca da verdade processual ou verdade forense ao expor que mesmo na justiça penal, a procura e o encontro da verdade mais próxima dos fatos se fazem com as naturais reservas oriundas da limitação e falibilidade humanas, e, por isso, melhor seria falar de "verdade processual" ou "verdade forense", até porque, por mais que o Juiz procure fazer uma reconstrução histórica do fato objeto do processo, muitas e muitas vezes o material de que ele se vale poderá conduzi-lo a uma "falsa verdade". Difícil, senão impossível, é a tarefa de encontrar uma solução que ao mesmo tempo satisfaça o ordenamento jurídico e o sentimento do justo.

Interessante resposta para essa questão é encontrada em Cunha (2015) que entende que a realidade forense se desenvolve além do roteiro básico e sistemático dos

ritos processuais, onde as partes apresentam seus dramas internos e interesses próprios, podendo se ombrear com lisura ou não, sendo certo que o mundo jurídico prático guarda em seu núcleo todas as vertentes das características humanamente sensíveis. Ocorre que o sentido da existência do direito é precedido e por um sentimento do justo. Antes do direito existir, ou de ser levado em consideração numa disputa, existe um sentimento do que é justo e do que não é justo. Há sentimentos envolvidos nesse raciocínio: sensibilidade, consciência, interpretação das normas. Nesse jogo importa saber também a vontade do agente, que se forma pela cultura a que pertence, seu conceito de ética e interesses, e sua ideia de liberdade e sonhos. Importa-se o sentimento do justo com a busca pela felicidade, como queria Kelsen (2005). Do modo como o direito se encontra, é preciso uma redefinição de práticas judiciais, com o alvo na busca dessa felicidade, que por sua vez envolve a liberdade e a igualdade. Há que se desprender da mera racionalização das convicções do julgador porque ligada à verdade formal, forense, porque isso não se afina com o sentimento do justo. Há também que se redefinir a forma de aplicação das orientações normativas, para aproximar-se ao máximo do justo aplicável ao caso concreto. Cunha (2015) conclui que para uma sociedade mais igualitária e justa, o sentido do Direito e o sentimento do justo devem guardar intrínseca relação de correspondência em sua prática real no acolhimento de questões humanas. Esse objetivo se alcança com a utilização de uma ferramenta encontrada na psicologia e na mediação: a aplicação da sensibilidade na compreensão e percepção do sentimento do justo como forma de se alcançar a realização humanitária do direito e não apenas aplicar a letra fria das normas ou buscar cumprir o papel do judiciário buscando uma verdade meramente processual.

3.1.1 A mediação como instituto catalisador entre o direito e a justiça

O Estado brasileiro, a exemplo dos Estados Unidos, sofre com o excesso de leis e o excesso de litigância. No meio do caminho dos processos judiciais, longos, distantes das partes e prolixos, muitas vezes se perde a sintonia com a justiça. A conciliação e a mediação são soluções práticas vistas como meio de dar à justiça – afogada em um número exorbitante de processos – mais oxigênio e assim movimentar a máquina judicial com mais facilidade.

A mediação, ao contrário da conciliação, busca o entendimento, a resolução e não o acordo. Na mediação busca-se a retomada do diálogo entre as partes. Na conciliação não há preocupação com esta retomada do diálogo: o Estado oferece um conciliador para alertar as partes dos meandros judiciais e oferecer uma chance para dar fim ao processo/lide/demandas desde logo, poupando esforço ao poder judiciário. Ao contrário do processo judicial, a mediação pretende buscar justiça entre as partes e não necessariamente prestar um serviço e chegar a uma sentença. Ora, buscar a justiça entre as partes não é um objetivo do poder judiciário quando provocado: há muito as academias deixaram de perseguir a verdade real do caso examinado, e por consequência o verdadeiro sentido de justiça deixa de ser a prioridade máxima. A preocupação maior é prestar o serviço da melhor maneira possível, independentemente de se haver alcançado a verdade e consequentemente a justiça. Por essa razão (os diferentes objetivos) o conceito de justiça interessa mais à mediação do que a simples aplicação da lei. E assim a mediação se aproxima mais da justiça do que o sistema tradicional de solução de conflitos, ainda que a verdade assinada no termo de mediação, ao final da audiência, seja uma verdade declarada, é também uma verdade aceita por todos como justa e que põe fim ao desentendimento mais satisfatoriamente a todos os envolvidos.

A realidade, dentro dos autos de processo, foge da verdade “absoluta” para ser sempre uma realidade “interpretada”. Logo, assumidamente não poderemos jamais dizer como as coisas realmente aconteceram e sim criar um raciocínio sobre uma montagem feita de provas trazidas ao conhecimento do juiz. Observa-se então um nítido descompasso com a verdade dos fatos e, portanto, foge ao conceito de justiça – um termo bastante subjetivo e de conceito contraditório – deixando de ser um problema de epistemologia para se tornar uma questão moral. No caso da mediação, a ausência da interferência impositiva do juiz pode conduzir os conflitantes a uma solução adequada e satisfatória, na medida em que, ao contrário do que acontece numa decisão judicial, onde uma das partes sai vitoriosa e a outra sucumbente, não há vitoriosos ou derrotados e assim o sentimento de justiça aparece ainda que os conflitantes não tenham alcançado cem por cento das vantagens originalmente pretendidas. Há um sopesamento de valores, uma apreciação de vantagens e desvantagens, mas o que salta à frente é a possibilidade de se olhar e discutir diretamente com a outra parte, sem intermediários, o que também facilita a compreensão do problema (sem o obstáculo da linguagem dificultosa do direito, por exemplo) e aproxima as pessoas, em seu íntimo de estarem praticando a

justiça. Neste sentido, a conclusão de Kelsen sobre a justiça (1997, p. 5): "é nosso sentimento, nossa vontade e não nossa razão; é o elemento emocional e não o racional de nossa atividade consciente que soluciona o conflito".

A famosa regra de ouro, de Ulpiano, alinha o conceito de justiça ao brocardo "não faça com os outros aquilo que não gostaria que fizessem com você". O conceito aristotélico define a Justiça como virtude que consiste em dar a cada um, em conformidade com o direito, o que por direito lhe pertence. No entanto, a definição de justiça é muito mais abrangente do que esses apontamentos. Não se limita a igualdade, a dar alguém o que é seu por direito: é um sentimento inerente à consciência humana, isto é, inseparável do homem que sabe diferenciar o bem e do mal, o certo do errado. Não se define justiça, tampouco, apenas com a valorização da liberdade. Logo, não se pode sustentar que cabe à lei e ao direito definir o que é justo e injusto. Justo não é necessariamente o que está permitido em lei, e injusto não é que está proibido. O regime nazista alemão é uma prova disso: indicou até onde pode ir uma nação empregando o poder legislativo de forma ilegítima. A justiça é então um sentimento inato do ser humano, de expectativa que uma ação seja tomada em relação a certo fato.

Nas palavras de Hans Kelsen (1997) alcançar justiça é atingir a felicidade social. No entanto o conceito de felicidade é tão complexo quanto o de justiça, pois a felicidade de uns, pode, também, ser a infelicidade de outros. Kelsen (1997) afirma, também, que o conceito de felicidade deve sofrer importante modificação para tornar-se uma categoria social, ou seja, a felicidade advinda da justiça.

Em suma, o resultado do processo judicial – a decisão proclamada por um ou mais magistrados – ainda que tenha observado meticulosa e corretamente a lei, o rito processual e seus princípios, poderá não ser aceita como justa por uma das partes ou mesmo pelas outras partes. No processo judicial é comum que uma parte "perca" e a outra "ganhe". O processo judicial, portanto, a despeito da nomenclatura, não promete justiça, mas entrega a decisão vista pelo que é trazido à baila, aos autos, fazendo prevalecer aquele participante com a maior habilidade de produzir a sua versão da verdade. É exatamente o que se encontra na famosa dialética erística de Schopenhauer (1997) que ensina a vencer um debate sem ter razão, selecionando-se 38 estratégias para chegar a esse objetivo.

Por conseguinte, uma decisão tomada sem a participação efetiva dos envolvidos em seus termos não pode ser chamada de justa, mas no máximo suficiente.

Ela apenas põe fim à demanda. Em via oposta, a decisão tomada pelas partes envolvidas na mediação poderá ser chamada de justa, posto que os envolvidos na disputa também se envolvem no resultado até o momento em que se declaram satisfeitos a ponto de assinarem o termo final.

Via de conclusão, a verdade atingida na mediação entre pessoas, por si só e sem a interferência do juiz, se aproxima mais da justiça, porque estampa a vontade de fazer paz entre os participantes, e assim está mais próxima da verdade dos fatos do que da verdade processual. Por esta razão é que a mediação se configura numa solução mais condizente com a expectativa dos jurisdicionados em pacificar o conflito e assim trazer o sentimento do justo ao final do processo. Não é de se admirar que Voltaire, em célebre citação tenha dito que a paz vale ainda mais que a verdade (François-Marie Arouet, “Voltaire”, 1741).

4. MEDIAÇÃO – CONCEITO E INSTITUTOS BASILARES

Segundo Serpa, o verbo latino *mediare*, que significa medir, dividir ao meio, intervir ou colocar-se no meio, deu origem ao termo mediação. Esse termo significa a maneira pacífica e não adversarial de resolução de disputas. (1999).

Para Warat (1998), um dos primeiros autores do tema mediação no Brasil, a mediação é uma forma ecológica de resolução dos conflitos sociais jurídicos na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal.

A mediação é um meio alternativo de resolução de conflitos, em que as partes participam ativamente, com a ajuda de um mediador, na busca da melhor solução possível para o litígio que as opõe, tendo como objetivo o de alcançar um acordo que a ambas satisfaça e possam cumprir. A mediação é um método de diálogo por excelência, permitindo preservar o que é mais importante: “as relações inter-pessoais” (Guia da Mediação, Ministério da Justiça de Cabo Verde, 2008).

Para os brasileiros cumpre seguir o conceito encontrado na Lei nº. 13.140/15, a nova lei da mediação, que define esse instituto no §1º do art. 1º: “Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.

O conceito de mediação encontrado no dicionário aponta que se trata de Ato ou efeito de mediar; Intercessão; Intermédio. Técnica de resolução de conflitos que, pela intervenção de terceira pessoa, se busca induzir as partes litigantes à produção de um acordo; processo pacífico de acerto de conflitos internacionais, no qual (ao contrário da arbitragem) a solução é sugerida e não imposta às partes interessadas (Hollanda, 2010).

Segundo Christopher W. Moore a mediação é definida como a interferência em uma negociação ou em um conflito, de uma terceira pessoa aceitável, tendo o poder de decisão limitado ou não autoritário, e que ajuda as partes envolvidas a chegarem, voluntariamente, a um acordo, mutuamente aceitável em relação às questões em disputa (Moore, 1998)

A mediação é uma intervenção pacífica de acerto de conflitos para produzir um acordo, sendo a solução sugerida e não imposta entre as partes, importante quando há muitos assuntos a discutir, muitas pessoas interessadas e também quando são abordados

conflitos que resultam de problemas de origens intensas e intratáveis (Freitas de Paula, 2010). Usando a mediação, as partes não são forçadas a aceitar a solução trazida à baila. No que se refere ao procedimento da audiência submetem-se ao mando do mediador, mas mantém o domínio sobre suas decisões. Em suma: perdem o controle do processo, mas mantém o controle do resultado.

Temos então, por via de conclusão, que a mediação é uma técnica que busca resolver um conflito pela qual duas (ou mais) pessoas recorrem a um profissional imparcial para reatar sua comunicação e obterem, num espaço relativamente curto de tempo (em relação com o processo judicial, sabidamente mais moroso) e a baixos custos, uma solução consensual que agrade aos interesses envolvidos, culminando num acordo que poderá ser homologado por um magistrado. O mediador é apenas um facilitador do diálogo. Consenso é a palavra chave. As mesmas partes que deram luz ao conflito são as que o solucionam.

A mediação é, destarte, uma resposta ao incremento da agressividade e desumanização de nossos dias. É uma proposta de uma nova cultura, em que a solução dos conflitos passa por um facilitador profissional que se serve de técnicas freqüentemente utilizadas por psicólogos. Em interessante entrevista concedida para o jornal Gazeta do Povo ao jornalista Luiz Lomba, Áureo Simões Júnior, presidente da Associação Brasileira de Árbitros e Mediadores, explica que na Argentina a mediação é obrigatória e reduziu em 60% o número de novas ações judiciais (Lomba, 2015).

A mediação é, portanto, utilizada de forma a primar pela conscientização dos envolvidos. O uso do diálogo proporciona uma compreensão do problema e dos reais interesses e assim ajuda as partes a acordarem entre si, sem a imposição de uma decisão arbitrária por terceiro, num efetivo exercício de cidadania. Através do diálogo, as partes envolvidas em um conflito evitam recorrer a violência física ou moral. Ao conseguir uma solução pacífica para os conflitos, a mediação também previne a violência e ajuda a criar uma cultura solidária, de paz social.

4.1 Esquema de Regras e Procedimentos para a Realização de uma Mediação

Conforme dita o Art. 2º do código de ética de conciliadores e mediadores judiciais, as regras que regem o procedimento da conciliação e da mediação são normas

de conduta a serem observadas pelos conciliadores/mediadores para o bom desenvolvimento daquele, permitindo que haja o engajamento dos envolvidos, com vistas à sua pacificação e ao comprometimento com eventual acordo obtido, sendo elas:

I - Informação - dever de esclarecer os envolvidos sobre o método de trabalho a ser empregado, apresentando-o de forma completa, clara e precisa, informando sobre os princípios, as regras de conduta e as etapas do processo;

II - Autonomia da vontade - dever de respeitar os diferentes pontos de vista dos envolvidos, assegurando-lhes que cheguem a uma decisão voluntária e não coercitiva, com liberdade para tomar as próprias decisões durante ou ao final do processo e de interrompê-lo a qualquer momento;

III - Ausência de obrigação de resultado - dever de não forçar um acordo e de não tomar decisões pelos envolvidos, podendo, quando muito, no caso da conciliação, criar opções, que podem ou não ser acolhidas por eles;

IV - Desvinculação da profissão de origem - dever de esclarecer aos envolvidos que atuam desvinculados de sua profissão de origem, informando que, caso seja necessária orientação ou aconselhamento afetos a qualquer área do conhecimento poderá ser convocado para a sessão o profissional respectivo, desde que com o consentimento de todos;

V - Compreensão quanto à conciliação e à mediação - dever de assegurar que os envolvidos, ao chegarem a um acordo, compreendam perfeitamente suas disposições, que devem ser exequíveis, gerando o comprometimento com seu cumprimento.

Percebe-se a extrema cautela e a grande preocupação do legislador com o correto procedimento da audiência, no sentido de que a comportamento do mediador e do conciliador seja perfeita, não podendo servir de motivo para evitar a pacificação e não solucionar a demanda.

4.2 Os Princípios Envolvidos na Mediação

Além de delimitar o comportamento do mediador e do conciliador, a legislação brasileira aponta para alguns princípios que devem ser seguidos. Não se pode dizer que a lista apresentada na Lei nº. 13.140/2015 (Lei da Mediação), art. 2º, é exaustiva, posto que não se esgotam nesses apontamentos todas os mandamentos possíveis, mas ali

certamente se encontram os mais urgentes valores para o bom funcionamento da sessão de mediação. Assim, a mediação será orientada pelos seguintes princípios:

4.2.1 Imparcialidade do mediador

O princípio da imparcialidade do mediador é o norte da conduta do mediador em uma audiência de mediação, sendo a sua observação de vital importância para a aplicação efetiva desse instrumento de solução de conflitos.

Importante a leitura do artigo 25 da LM, que estipula que na mediação judicial os mediadores não estão sujeitos à aceitação precedente das partes, exceto nos casos de impedimento e suspeição, que se encontram no artigo 5º. Portanto os mediadores indicados pelo poder judiciário não poderão ser rejeitados, nem nos casos que demandem conhecimento especial do mediador, sendo únicas exceções os casos de impedimento e suspeição.

Lopes (2010) conceitua o referido princípio ao ensinar que designa a proibição de qualquer conduta por parte do mediador que importe em qualquer favorecimento de tratamento a uma das partes, preferência ou preconceito, destacando que a imparcialidade quer se referir à atitude do mediador em relação às partes e não ao conteúdo em si do tema afeto à mediação. No que se refere ao conteúdo, portanto, o princípio correlato é o da neutralidade do mediador.

4.2.2 Isonomia entre as partes

Isonomia entre as partes, no que se refere à mediação, é o mesmo que paridade entre os participantes do procedimento. É decorrente do princípio constitucional da igualdade ou isonomia, verdadeira espinha dorsal do direito brasileiro e do constitucionalismo globalizado, encontra-se estampado no art. 5º, caput, da CF/88: “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”.

O princípio da igualdade na Constituição Federal de 1988 está estampado na lei da mediação, mas aparece em vários momentos na própria Constituição: no artigo 4º, inciso VIII (sobre a igualdade racial); do artigo 5º, I (igualdade de gênero); do artigo 5º, inciso VIII, (igualdade religiosa); do artigo 5º, inciso XXXVIII (igualdade jurisdicional); do artigo 7º, inciso XXXII (igualdade trabalhista); do artigo 14 (a igualdade política) e no artigo 150, inciso III (a igualdade tributária).

Este princípio busca controlar a paridade de argumentos e oportunidades às partes na dialética da mediação, com o alvo claro de se evitar uma situação de privilégio ou supremacia de uma delas. Propõe-se o equilíbrio, na medida em que as partes devem ser munidas de oportunidades análogas.

4.2.3 Informalidade

Na mediação deve imperar a informalidade. Não se deve formalizar demais o procedimento, pela própria natureza do instituto, que se baseia na solução a partir do que é discutido entre os participantes, que via de regra não tem maior apego a formalidades, pelo contrário, muitas vezes se intimidam com isso.

A mediação se distingue pela inexistência de estrutura previamente estabelecida e a desnecessidade de normas de procedimento, a não ser, talvez, a exigência da presença do mediador. Portanto cabe aos conflitantes decidir qual caminho percorrer e como fazê-lo, independentemente da forma. Informalidade, contudo, não significa imprecisão. Os atos devem ser precisos, claros, sem burocracia, buscando a lisura com simplicidade da linguagem e dos procedimentos.

4.2.4 Oralidade

Decorre do princípio da informalidade, complementando-o. A mediação visa dar oportunidade ilimitada para que as pessoas tenham flexibilidade de conversar e debater os problemas, compartilhar as suas preocupações e livremente estipular metas e limites para ao menos tentar encontrar a solução ideal. Assim, a maioria das intervenções é feita através do diálogo. De acordo com Gonçalves (2008), o princípio da

oralidade define que os atos devem ser praticados verbalmente, oralmente, ou seja, é a regra de prevalecimento da palavra falada sobre a palavra escrita nos procedimentos de mediação.

4.2.5 Autonomia da vontade das partes

Também chamado de princípio da voluntariedade das partes. Na mediação são os próprios conflitantes que manifestam suas vontades, e o acordo é também obtido pelas próprias pessoas em conflito, auxiliadas por um (ou mais) mediadores. O mediador não pode decidir pelas pessoas envolvidas no conflito; a estas é que cabe a responsabilidade por suas escolhas, elas é que detêm o poder de decisão. É o que ensina Sales (2003) que frisa que a mediação não é um processo impositivo e o mediador não tem poder de decisão. As partes é que decidirão todos os aspectos do problema, sem intervenção do mediador, no sentido de induzir as respostas ou as decisões, mantendo a autonomia e controle das decisões relacionadas ao conflito. O mediador facilita a comunicação, estimula o diálogo, auxilia na resolução de conflitos, mas não os decide. Os conflitantes devem participar do procedimento de forma livre, voluntária, cumprindo com perfeição a autonomia privada da vontade que deve regular essas relações.

A área de abrangência da voluntariedade está baseada em interesses próprios. Desta forma as partes somente poderão mediar sobre as disposições que envolvam a autonomia de vontade que se encontram na esfera de cada uma delas, não sendo possível mediar ou pactuar quando envolver interesse alheio.

4.2.6 Busca do consenso

Procurar a conformidade, a harmonia é objeto inconteste da mediação. Na opinião de Sales (2003) na mediação procura-se amenizar eventuais sentimentos negativos entre as pessoas em conflito e estimular um espírito colaborador entre as partes.

Não se pretende produzir uma parte seja perdedora e a outra ganhadora, mas que ambas possam ceder numa medida aceitável e de alguma forma estabelecer o

consenso, sendo este um princípio motivador da mediação. É preciso que as pessoas enxerguem além de si mesmas, que olhem para o seu confrontante sem buscar vantagem apenas para si mesmo. Para isso, as partes devem dar importância maior ao respeito pelo sentimento de harmonia do que ao sentimento de competição que muitas vezes as motiva. Quando esse olhar para dentro de si, para o outro participante e para o conflito acontece, reconhecendo que solucioná-lo é mais importante do que vaidades mesquinhas, chega-se ao *insight*, conceito que será abordado oportunamente.

4.2.7 Confidencialidade

Também chamado de princípio da privacidade. O processo de mediação é confidencial e deve ocorrer em um ambiente reservado. As pessoas em conflito, os advogados que as representam e o mediador precisam concordar com o acatamento, a discrição, e aceitar a confidencialidade entre eles, sempre com alvo na confiança e no respeito: somente desta maneira é que se pode chegar a um diálogo franco o suficiente para suportar as negociações. Em face deste princípio, o mediador não poderá ser chamado a prestar depoimento como testemunha em processo judicial cujas partes venham a propor, ou que envolva pessoas e conflitos que mediou.

4.2.8 Boa-fé

A boa-fé, a bem da verdade é um princípio geral que se aplica em qualquer ramo, particularmente às circunstâncias de relação interpessoal, e está prevista em nosso ordenamento há muito tempo, sendo atualmente definida no art. 422 do código civil de 2002. O código ordena uma conduta ilibada e de cooperação entre as partes. O art. 422 do citado diploma legal estabelece a obrigação acessória de agir segundo os princípios da probidade e boa-fé, independentemente de haver previsão dessa conduta no contrato, nas negociações preliminares, ou dos termos ajustados para a execução e para a responsabilidade pela prestação realizada.

O estado democrático de direito exige, para a sua existência, a preservação da segurança, e para a observação dessa segurança são necessários certos princípios

formalmente estampados na Constituição Federal nos artigos 1º ao 5º. Esses princípios basilares conduzem outros subprincípios, dentre os quais se encontram o princípio da confiança e o princípio da boa-fé que constituem condição fundamental para a paz e a segurança jurídica.

Aplicar a boa-fé significa exteriorizar valores morais e éticos, através de uma conduta complementar (acessória) implícita. É sinônimo de probidade, segundo o código civil brasileiro vigente. Assim, o princípio da boa-fé impõe que as pessoas devam agir com lisura, respeito mútuo, da retidão de comportamento, fidelidade, integridade, justiça e honestidade em todos os momentos da mediação. A observação dessas qualidades deverá ocorrer no momento da exposição dos fatos, e também no comportamento durante a sessão, com o escopo na solução do litígio.

O princípio da boa-fé é estreitamente ligado com a mediação, na medida em que o sujeito que deseja se aproveitar da morosidade da justiça em seu favor, praticar comportamentos meramente dilatórios, ou tentar tirar vantagem indevida, para introduzir argumentações que sabe serem inverídicas a fim de convencer o juiz, não encontrará na mediação um bom caminho para alcançar seu objetivo: trilhará o caminho processual convencional, onde os confrontantes não produzem a decisão final e a má-fé não é facilmente determinável. Na mediação, ao contrário, os participantes se acareiam e a decisão de dar fim ao conflito pertence somente a eles, e cresce o espaço para praticar a probidade, a boa-fé.

4.3 A Função do Mediador

O papel do mediador é, essencialmente, ajudar as partes a negociar de forma efetiva. Não lhe compete impor uma solução. É de fundamental importância avaliar a extensão do problema e resgatar o relacionamento de diálogo entre as partes, e o mediador deve ajudar a fortalecer essa ligação, utilizando as habilidades dos próprios negociadores fazendo que as partes cheguem a uma solução colaborativa, assumindo um compromisso (Freitas de Paula, 2010). A respeito disso, o novo CPC dispõe § 3º do art. 165 que o mediador atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em

conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

4.3.1 Comparação entre mediação e processo judicial: o triângulo de satisfação e as dimensões do processo de mediação

O processo judicial e o procedimento de mediação possuem nexos diferentes. O primeiro é uma técnica heterocompositiva (duas ou mais partes submissas à condução determinada pelo Estado) e o segundo é uma técnica autocompositiva, com a participação consensual das partes (e a presença indireta, eventual do Estado quando se tratar de mediação em juízo). O processo é regido por sua teoria geral e a mediação é prevista no Código de Processo Civil, que traz linhas gerais, mas as minúcias de seu procedimento não estão estampadas em nenhuma legislação brasileira.

Assim, para efeitos didáticos, se o foco for comparar a mediação ao processo judicial, há diferentes perspectivas a serem observadas. É preciso verificar o procedimento a partir de três enfoques diferentes, com valores diferentes. Para esclarecer o assunto, Gabbay (2012), norteada por Ledarach (1992) propõe um triângulo de satisfação onde se observam as dimensões subjetiva, objetiva e procedural. É necessário um método de solução de conflitos que traga segurança aos resultados gerados. Para atingir este alvo, o método deve levar em consideração a relação entre as partes (sujeitos), o objeto do processo e o procedimento que regula o processo de tomada de decisão, quer seja o referido método consensual ou não.



Figura 1: Triângulo de satisfação para solução de conflitos
Fonte: Gabbay, 2012.

Os lados do triângulo, assevera Gabbay (2012), são enfoques diferentes que se comunicam entre si. É o caso da relação sujeito *versus* objeto e sujeito *versus* sujeito na definição do objeto, pois estes elementos se misturam e a percepção do conflito pelas partes influí na própria delimitação deste conflito

4.3.2 Os estágios da mediação

De forma geral, divide-se a mediação em diferentes etapas, como forma de organizar o evento. No entanto essas etapas existem apenas para facilitar essa organização, não havendo necessidade de serem definidos, nem de serem fixos. Podem ser feitos de forma diferente dependendo do que se pretende. Em geral esses estágios são apenas um esboço, podendo haver modificações e adequações fruto da compreensão de cada mediador, sempre com alvo na pacificação. Morais e Spengler (2012) citam a doutrina americana como exemplo a ser seguido, estipulando 13 passos: a) arranjos preliminares (preparação da sessão, momento em que as partes aceitam mediar); b) introdução do mediador (o mediador se apresenta, pede às partes para fazerem o mesmo e depois descreve o procedimento minuciosamente); c) depoimentos pelas partes (as partes apresentam seus motivos e expõem seus pontos de vista e os argumentos em seu favor, auxiliados ou não por representantes); d) arejamento (momento em que é concedido às partes, que frequentemente elevam o estresse durante a sessão, para expressar seus sentimentos ao grupo); e) obtenção de informações (caso as informações sejam insuficientes compete ao mediador procurar informações adicionais, questionando as partes); f) identificação da causa (é o momento em que o mediador identifica o problema e estipula a extensão); g) acerto do cronograma (as partes ou o mediador podem concluir que é necessário um novo cronograma de sessões, para evitar maior desgaste e tentar restabelecer o diálogo. Se isto for necessário, este é o momento mais adequado); h) reuniões (podem ser conjuntas ou privativas, dependendo da necessidade das partes envolvidas); i) criação de opções (momento em que se formam as ideias para solucionar o conflito); j) teste da realidade (as partes simulam as sugestões de acordo a fim de verificar seu êxito); k) barganha e negociação (os envolvidos negociam para chegar a uma solução final que se aproxima dos interesses de cada um); l) acordo (mesmo que não haja acordo, o restabelecimento da comunicação já

torna exitosa a mediação. Havendo o acordo, o mediador redige numa forma de contrato que é assinado pelos participantes; m) fechamento (última fase, apenas para simbolizar o fim do problema).

4.4 A Diferença entre Mediação, Conciliação e Arbitragem

Para uma melhor compreensão do tema cumpre abordar uma dúvida comum quando se toca no assunto da mediação: a diferença existente entre esta e a conciliação e também a arbitragem. Em comum está o fato dos três institutos serem ADR's, meios alternativos de solução de conflitos, e que não precisam necessariamente concluir todo o rito do processo judicial para chegarem ao fim. Podem dar contornos finais a um problema sem que a máquina estatal judiciária seja movimentada em toda a sua plenitude ou podem mesmo dar contornos finais a um problema sem que a máquina sequer seja movimentada. Por essa razão talvez é que sejam frequentemente confundidos.

Preliminarmente impõe-se que mediação e conciliação realmente guardam íntima semelhança, mas o mesmo não se pode dizer da arbitragem que, embora apareça vinculado aos dois primeiros institutos, na verdade guarda menos semelhanças do que se possa imaginar, sendo assim um objeto completamente diferente.

Mediação e conciliação tem alvos em comum: dar a chance para as partes entrarem em acordo poupando-as (e a máquina judiciária) de um procedimento judicial mais complicado. A mediação, no entanto, é mais preocupada com o aspecto pessoal, buscando o diálogo e abrindo uma porta para a pacificação entre as partes. Seu viés é desviar-se do litígio. Na conciliação não existe essa preocupação. A conciliação se ocupa mais com o processo, buscando dar fim ao conflito como forma de causar menos esforço ao judiciário, não importando se as partes restabeleceram o diálogo. Em matéria publicada no periódico Gazeta do Povo, Luiz Lomba resume que o objetivo da mediação é recuperar o diálogo entre as partes para chegar à solução do conflito. Em razão desse objetivo é importante que as partes decidam sozinhas a solução aplicável (Lomba, 2015).

Ainda segundo Lomba (2015), nas técnicas de abordagem o mediador buscará inicialmente restituir o diálogo. Após ocorrida a restauração a níveis aceitáveis, o

conflito (verdadeiro “mérito da causa”) passa ser abordado. Em um terceiro momento, as partes focam na solução. Os problemas são então resolvidos a partir do estabelecimento da comunicação respeitosa entre os envolvidos, por exemplo, na ocorrência de conflitos familiares e de vizinhança. Isso vem de encontro com a pretensão do poder judiciário brasileiro, que explicitamente (segundo consta na página de apresentação da ENAM¹ - Escola Nacional de Mediação e Conciliação, vinculada ao Ministério da Justiça) quer “incentivar a adoção do diálogo como a forma primordial de se resolver um conflito, especialmente aqueles conflitos que envolvem relações sociais permanentes que merecem ser restabelecidas e preservadas, como é o caso de conflitos familiares, de vizinhança ou mesmo na relação entre empresas e clientes” (Enam, 2015).

A conciliação, por outro lado, é mais aplicável quando não é a falta de comunicação entre as partes que impede o efeito positivo. Esses indivíduos até se comunicam e é plenamente possível a identificação do problema causador do conflito. Mas sem o recurso de um terceiro, melhor conhecedor do assunto em debate, não chegam a uma solução por si só.

O conciliador, por sua vez, tem o poder de intervir e sugerir uma saída para o impasse, propondo um acordo justo para os envolvidos e como esse acordo será cumprido. Tal não ocorre com o mediador.

Finalmente, a arbitragem passa a ser controlada por lei própria, a Lei nº. 9307/96. A arbitragem, assim como a mediação e a conciliação, é um procedimento rápido e sem a possibilidade de impetrar recursos. Por outro lado, reside num universo apartado da mediação e da conciliação. É uma espécie diferente, pois se trata de uma ferramenta separada do Judiciário como o conhecemos, cuja característica é a de ser público. A arbitragem, embora encontre seus mandamentos no poder público, é uma justiça autorizada privada porque ao final do conflito obtém-se também uma sentença – ditada pelo árbitro, não pelo magistrado – com valor igual à sentença estatal. Assim, a arbitragem surge quando as partes não resolveram de modo amigável a questão e permitem que um árbitro decida a controvérsia. Algumas peculiaridades a distinguem: para ser constituído, o processo obrigatoriamente deverá tratar de questão de direito patrimonial disponível (comercial e serviços). Também deverá haver a manifestação da vontade das partes na eleição do juízo arbitral, na escolha de quem será o árbitro (ou os árbitros), ou ainda na definição dos critérios a serem utilizados (Lomba, 2015).

¹ Ver mais em <<http://moodle.ceed.unb.br/enam/mod/book/view.php?id=78>>.

Na arbitragem, o árbitro é eleito pelas partes ou indicado pela câmara arbitral porque tem um grande conhecimento sobre o assunto tratado. Depois de feita a eleição do juízo arbitral, exclui-se a justiça comum. Portanto é vinculativa, uma vez que fixada através de cláusula compromissória, ou seja, os participantes concordam que fizeram uma opção de solução do conflito fora do âmbito do poder judiciário. De comum acordo os envolvidos assumem o compromisso a cumprir a decisão do árbitro, seja ela qual for.

4.5 A Nova Lei Brasileira da Mediação, Lei nº. 13.140, de 26 de junho de 2015

Tão discutida e desejada era a oficialização de sua introdução no ordenamento jurídico nacional que a mediação mereceu tratamento especial com uma lei específica. O novo diploma legal, nº. 13.140, de 26 de junho de 2015, reveste a mediação de grande expectativa pela forma como o poder judiciário espera que ela funcione.

De início, é importante frisar que lei da mediação dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Além disso, altera as leis que anteriormente se aplicavam ao procedimento, quais sejam, Lei nº. 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº. 70.235, de 6 de março de 1972. Por fim revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº. 9.469, de 10 de julho de 1997.

A nova lei da mediação é vista por muitos como a salvação do Judiciário, isso porque desavisadamente as pessoas não envolvidas com o tema entendem que se trata de um “desentupidor” das vias judiciais, obstruídas por um número de processos incompatível com o sistema. O PL 7169/2014 (Lei da Mediação), aprovado no início de junho de 2015 pelo senado brasileiro, e transformado na Lei nº. 13.140/2015, traz perspectivas de que na resolução de conflitos predominem nos acordos e, consequentemente, os litígios se tornem exceção.

A lei que desponta no nosso ordenamento não deixa claro se o magistrado pode suspender os prazos do processo para a tentativa de acordo, ou se simplesmente espera a finalização da mediação antes de dar início ao processo. Ademais, fazendo jus ao espírito original da mediação – que não admite imposições – o texto aprovado no senado esclarece que o juiz tem o poder de indicar, mas não de impor a mediação: as partes envolvidas no procedimento não têm a obrigatoriedade de adotá-lo, passando a

ser válido somente se todos os interessados acordarem, e de acordo com o artigo 2º da Lei nº. 13.140/2015 (Lei da Mediação) ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação.

4.6 Casos de Inaplicabilidade da Mediação

A *nova lege* define, no art. 3º, que pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. São exemplos que não admitem transação a filiação, adoção, poder familiar, invalidade de matrimônio, interdição, recuperação judicial ou falência.

4.7 A Mediação no Novo Código de Processo Civil Brasileiro

A solução consensual dos conflitos e a palavra mediação aparecem pela primeira vez no novo CPC já no início do referido diploma, art. 2º, §§ 2º e 3º. Isso confere ao tema um especial destaque, já que se repete por muitas vezes, e que se confirma com a leitura atenta dos diversos artigos dedicados. Com este destaque, está clara a intenção do legislador do CPC em levar rapidamente a mediação a um patamar elevado. De fato, o procedimento processual da mediação é encontrado em vários momentos e com grande riqueza de detalhes. A seguir, na Seção V (Dos Conciliadores e Mediadores Judiciais) surge novamente o assunto no Art. 165. Os tribunais criaram centros judiciais de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

De início, podemos concluir que há grande dose de expectativa nos resultados da mediação. Além disso está explícito que o legislador pretende concretizar a mudança cultural necessária para fazer a mediação realmente funcionar dentro do ordenamento. De fato, o ponto mais crítico é a mudança cultura, portanto o legislador entende que o que deve mudar mais é a conduta, o comportamento, de modo a criar uma nova mentalidade, dando valor e opções ao judiciário no sentido de buscar soluções consensuais dos conflitos. A autocomposição certamente pacifica mais do que o modelo

adversarial, no entanto os conflitantes brasileiros se sentem mais acolhidos com uma decisão judicial em que uma parte ganha e a outra parte não.

Temos, no entanto, alguns artigos que certamente serão intensamente debatidos e se revestem de grande polêmica. Por exemplo, a limitação do advogado mediador no novo Código de Processo Civil. O § 5º do artigo 167 do novo Código de Processo Civil criou um obstáculo para advogados que também são mediadores ao estipular que “Os conciliadores e mediadores judiciais cadastrados na forma do *caput*, se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções”. No entanto, ainda que explícita a vontade da norma processual, a lei especial da mediação prevalece sobre a geral, o Código de Processo Civil, de modo que este entrave é bastante discutível.

4.7.1 Mediação pré-processual mandatória no novo código de processo civil brasileiro e sua consequência: um pressuposto pré-processual demonstrativo do interesse de agir?

O legislador brasileiro não quis ser explícito acerca da motivação (oficialização) da adoção da mediação pelo direito, mas certamente o fez por “egoísmo” (a necessidade de aliviar um poder judiciário atolado no excessivo número de processos) e não por “altruísmo” (apostar num sistema “antiadversarista” de solução pacífica de conflitos). Se o fez por um dos motivos ou pelos dois, a resposta aponta para a mediação como excelente medida de solução para a sociedade brasileira, demandista e atrasada em relação a outros países.

O novo Código de Processo Civil brasileiro, por outro lado, é bastante explícito sobre a mediação e o que pretende com ela, pois já no início (artigos 2º 3 º) estabelece seus parâmetros basilares:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Conforme abordagem anterior, a mediação não é mandatória no Brasil, exceto no que se referir a determinadas situações que se encontram no CPC 2015, ao contrário do que acontece, por exemplo, na Argentina, país que usa essa ferramenta – chamada de mediação prévia – aplicando o disposto na Lei nº. 26.589 de 3 de maio de 2010, portanto há mais tempo que o Brasil, e onde a medida de tornou bem sucedida. Diz o texto legal argentino: *Articulo 1º — Objeto. Se establece con carácter obligatorio la mediación previa a todo proceso judicial, la que se regirá por las disposiciones de la presente ley. Este procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia.*

Partindo da leitura do texto legal brasileiro percebe-se que em nenhum momento a mediação é realmente obrigatória.

Ocorre que um dos objetivos do direito é o de que a ação judicial não deve acontecer antes de esgotados todos os outros meios possíveis. Mas o assustador número de ações em nosso país, a urgência em se tomar medidas para o melhor funcionamento da máquina estatal e a natureza recente do uso da mediação (e a consequente falta de número apropriado dos profissionais envolvidos) justifica a adoção da mediação pré-processual obrigatória. O uso facultativo da mediação pode por em risco todo o esforço praticado até aqui e se tornar um grave problema. Quando se concede ao advogado a possibilidade de decidir se seu cliente aceitará ou não participar da audiência de mediação, o que ocorre é uma incompatibilidade entre a pretensão do advogado, a pretensão do poder judiciário e a pretensão do reclamante/autor da ação. Os três têm objetivos diferentes no que diz respeito à mediação. A grosso modo, o judiciário quer incentivar os meios alternativos de solução de conflitos, em especial a mediação como remédio para diminuir o número de processos que travam a máquina. Os clientes/assistidos pretendem sentir-se protegidos pelo advogado e seu conhecimento do assunto, confiando nele como confia um paciente doente em seu médico. O advogado brasileiro está infiltrado numa cultura que privilegia o contencioso, a “guerra” nos tribunais porque é essa a única visão comercial viável que ele tem.

Nesse viés, uma situação hipotética de disputa poderia se desenrolar da seguinte maneira: o cliente comparece no escritório do advogado e conta seu problema. O advogado decide patrocinar a causa e dá início ao processo. As partes conflitantes são chamadas ao tribunal para mediação. O judiciário espera que o problema se resolva ali mesmo. O cliente espera que seu direito seja respeitado da forma mais justa e rápida possível (o tempo é um problema). O advogado pretende levar o processo de forma que possa a) vencer a causa integralmente; b) que isso ocorra no menor tempo possível e c) receber os honorários de melhor valor.

A mediação, rápida como deve ser, pode solucionar a questão para o autor e para o judiciário, mas poderá não causar interesse do advogado com visão/cultura adversarial, ainda que assim o sejam por costume, e cuja causa não envolva grandes valores. Assim, muitos advogados adversaristas poderão inserir – já na peça exordial – um item ao final do pedido dispensando desde logo a necessidade da audiência de mediação. Essa prática vai de encontro à função social do advogado, e está prevista no estatuto da classe (Lei nº. 8.906, de 04 de julho de 1994) que no art. 2º, § 1º dispõe que no seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social. O prejuízo é sentido por todos os que necessitam a prestação jurisdicional, provoca desigualdade social na medida em que a sua situação poderia ser resolvida de forma eficaz, sem custo alto e de maneira rápida, causando estrago financeiro e psicológico e em especial os menos favorecidos. É um efeito sociopolítico muito antigo, causado pela escravidão no Brasil, destaca Figueiredo (2013) ao lembrar que em primeiro lugar, a não-aceitação, na mentalidade coletiva e nos costumes sociais, do princípio de que “todos os seres humanos nascem livres e iguais, em dignidade e direitos”, como proclama o Artigo Primeiro da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. A desigualdade social, com a qual nos defrontamos todos os dias, raramente nos escandaliza; ela aparece, ao contrário, como algo inerente à própria natureza humana. (Figueiredo, 2013).

Via de conclusão, temos que a mediação poderá enfrentar um momento de crise entre os participantes, pois a julgar pelos costumes da prática advocatícia, pela não obrigatoriedade da audiência de mediação no Brasil e os baixos valores praticados (equivalente ao comparecimento a uma audiência) o advogado certamente enxerga mais vantagem financeira na continuidade do processo e no deslinde do mesmo na forma de

uma demanda adversarial. Veja-se, a título de exemplo, a tabela de custas praticada pela Associação Brasileira de Árbitros e Mediadores (ABRAME, 2015):

Tabela 1 – Custas de Mediação – ABRAME

TABELA DE CUSTAS DE MEDIAÇÃO		
Valor da Causa	Custas do Processo	Audiência Extra
Até R\$ 2.000,00	R\$ 100,00	R\$ 100,00
De R\$ 2.000,01 a R\$ 5.000,00	R\$ 250,00	R\$ 150,00
De R\$ 5.000,01 a R\$ 10.000,00	R\$ 300,00	R\$ 200,00
De R\$ 10.000,01 a R\$ 15.000,00	R\$ 380,00	R\$ 250,00
De R\$ 15.000,01 a R\$ 20.000,00	R\$ 430,00	R\$ 300,00
De R\$ 20.000,01 a R\$ 25.000,00	R\$ 480,00	R\$ 350,00
De R\$ 25.000,01 a R\$ 30.000,00	R\$ 550,00	R\$ 400,00
De R\$ 30.000,01 a R\$ 40.000,00	R\$ 580,00	R\$ 450,00
De R\$ 40.000,01 a R\$ 50.000,00	R\$ 680,00	R\$ 500,00
De R\$ 50.000,01 a R\$ 80.000,00	R\$ 780,00	R\$ 600,00
De R\$ 80.000,01 a R\$ 100.000,00	R\$ 880,00	R\$ 700,00
Acima de R\$ 100.000,01	R\$ 1.080,00	R\$ 800,00

Obs.: As sessões terão duração de até 01 (uma) hora, salvo entendimentos em contrário entre mediador e as partes. Valor da taxa de registro: R\$ 42,00 (quarenta e dois reais).

Uma solução simples seria transformar a mediação pré-processual num requisito essencial para existência da ação. No processo civil brasileiro temos três condições para que uma proposta de demanda seja iniciada pelo judiciário: a) possibilidade jurídica do pedido; b) legitimidade das partes e c) interesse de agir. Ou seja, a mediação pré-processual seria uma condição de pressuposto pré-processual demonstrativo do interesse de agir. A justificativa é simples: os índices de solução de conflitos por mediação são altos. O juiz Ricardo Pereira Júnior, do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), Coordenador do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadanias, na esfera do TJSP, apresentou durante a audiência dados sobre o desempenho desse órgão, que atua como apenas 11 funcionários, para demonstrar as vantagens da solução de conflitos pela mediação. Em 2012, de um total de 29.953 processos registrados, houve conciliação em 10.049 (54%).

De acordo com o noticiado em 07/03/2016 no sítio eletrônico do CNJ (www.cnj.jus.br) os Centros Judiciários de Resolução de Conflito e Cidadania (Cejuds) evitaram, somente em 2015, a entrada de pelo menos 270 mil processos no Judiciário brasileiro. Os números referem-se a oito estados brasileiros e não contabilizam as audiências que ocorrem nas Semanas Nacionais de Conciliação. Só em São Paulo, estado que conta com o maior número de Centros instalados no país, 138 mil casos foram finalizados com a ajuda de conciliadores, magistrados, servidores e instituições envolvidas nas audiências de conciliação.

No Brasil, de acordo com o parágrafo 2º do artigo 2º, da lei de mediação, ficou resolvido que “ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação”. Abriu-se a possibilidade de abdicar da mediação a qualquer tempo e deixar a decisão final para o magistrado. A princípio entende-se que as pessoas devem responder à convocação de audiência de mediação, mas não serão obrigadas a continuar nela até o deslinde do problema. Logo, a primeira impressão é de que a obrigatoriedade é limitada.

Por outro lado, o art. 2º, § 2º do novo CPC dispõe que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. Sempre que possível, portanto, significa que algumas situações não serão possíveis de ser resolvidas pela mediação judicial, mas estimula ao uso deste remédio para os outros casos. Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação (art. 3º da LM). O artigo 3º parágrafo 2º da LM impõe que havendo consenso das partes acerca de direitos indisponíveis, porém transigíveis, deve ser homologado em juízo, e nesse caso é exigida a oitiva do Ministério Público (quando houver interesse de incapaz). Nos casos de ação judicial envolvendo o direito de família, por exemplo, a mediação tem traços de obrigatoriedade. São exemplos os conflitos de vizinhança, as relações de consumo e os contratos privados, além dos conflitos de família já citados. Nesse sentido, frisa o art. 694 do CPC que nas ações de família todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação. Prossegue o CPC impondo no art. 695 que recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 694. Não realizado o acordo, passarão a incidir, a partir de então, as normas do procedimento comum (art. 697).

Bastante importante, nesse sentido, esclarecer a consequência da não realização da audiência de mediação ou da ausência de uma (ou ambas as partes) na ocasião. O Novo Código de Processo Civil manteve o mesmo prazo de 15 dias para defesa que havia no antigo CPC, mas alterou o termo inicial para apresentação da defesa, e a partir de março de 2016 o prazo para o réu contestar a ação é contado a partir da data da audiência preliminar de conciliação/mediação, ou também da data do protocolo do pedido de desistência da audiência, desde que haja expressa concordância do Autor e dos demais Réus. É o que se lê no artigo 332 do Novo CPC:

Art. 332: O réu poderá oferecer contestação, por petição, no prazo de quinze dias, cujo termo inicial será a data:

I – da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição;

II – do protocolo do pedido de cancelamento da audiência de conciliação ou mediação, apresentada pelo réu, quando ocorrer a hipótese do art. 331, § 4º, inciso I...”

O raciocínio se completa no § 4º, inc I do artigo seguinte:

Art. 331: Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de trinta dias, devendo ser citado o réu com pelo menos vinte dias de antecedência.

§ 4º A audiência não será realizada:

I – se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual.

Desta forma, antes de apresentar a defesa será necessário que o Réu compareça em juízo para conciliar ou mediar. Havendo impossibilidade de composição inicia o prazo para contestar. Se acaso as partes não tiverem interesse em comparecer na audiência preliminar de conciliação, obriga o art. 331, § 4º, inciso I, do CPC a

apresentarem manifestação informando o desinteresse. Nesta oportunidade o prazo para contestação passa a contar. Registre-se que ambas as partes devem se manifestar contrariamente a designação da audiência. Este artigo tem a finalidade de incentivar a autocomposição e também evitar a procrastinação do processo. E se o réu não comparecer na audiência de mediação preliminar correrá o risco de ser multado (o valor chega até 2% sobre o valor da causa ou do benefício econômico que se pretende auferir de acordo com o artigo 331, § 8º, CPC) por ato atentatório à dignidade da justiça:

Art. 331, § 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

Verifica-se aqui que o legislador esqueceu de usar a palavra “mediação”, referindo-se somente a conciliação. É claramente um equívoco e a mediação deve ser levada em consideração, eis que o título do capítulo onde se encontra o artigo 331 é “da audiência de conciliação ou de mediação”. Não há sinais de que o legislador queira estipular diferença entre uma e outra forma de composição de conflitos, quanto ao rito processual.

Por fim, conclui-se que o legislador brasileiro procurou adotar a mediação sempre que possível no processo civil, mas sem haver maiores imposições. Bom tema para debate no sentido de tornar o processo civil mais célere é justamente aquele já abordado: adotar a mediação pré-processual mandatária, que poderia mesmo ser elevada à condição de pressuposto pré-processual demonstrativo do interesse de agir. Diante do elevado número de processos em relação ao ainda baixo número de mediações, somado à cultura adversarial da profissão legal, é certo que a pretensão do poder judiciário de super popularizar a mediação não vem tendo valor prático, o que justificaria a adoção da mediação pré-processual obrigatória nos casos em que isso fosse possível.

4.7.2 O conflito entre o artigo 27 da LM e o artigo 334, *caput*, do CPC

Uma significativa alteração no procedimento do novo CPC frente ao antigo procedimento ordinário é a audiência de mediação (ou conciliação) logo após a protocolização da inicial pelo autor e antes a resposta do réu (artigo 334 do Novo CPC). A intenção é inicialmente conduzir as partes para a solução consensual da controvérsia, para somente depois de frustrada a possibilidade de auto composição, dar oportunidade para a resposta do réu.

Todavia, esse dispositivo do CPC, de 16 de março de 2015, vem de encontro a LM, de 26 de junho de 2015, que foi aprovada sem considerar os artigos referentes à mediação encontrados, meses antes, no CPC.

O art. 27 LM também atenta para a audiência pré-litigiosa. Dispõe que se acaso a petição inicial preencher os requisitos e, portanto, não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de mediação, antes mesmo da citação do réu. É o que se pode entender pela leitura do artigo 29 da LM que diz: “Solucionado o conflito pela mediação antes da citação do réu, não serão devidas custas judiciais finais”.

É a mesma redação do artigo 334, *caput*, do CPC. No entanto a parte final deste artigo ordena a citação do réu com pelo menos vinte dias de antecedência, sendo justamente esse o ponto em que entram em choque, ou seja, quanto à necessidade de citação do réu.

Como resultado, se prevalecer o disposto do novo CPC (no sentido de que o réu seja intimado para a audiência de mediação e citado para se defender, no prazo de 15 dias da referida audiência, ou da última sessão de mediação, quando qualquer parte não comparecer ou, ainda, se comparecer mas não houver auto composição, segundo o art. 335, inciso I, CPC), fica sem sentido o art. 26 da LM, que dispensa o pagamento das custas finais caso a mediação resolva o conflito antes da citação. O confronto dessas leis impõe uma alteração urgente, como forma de evitar o tumulto na administração do poder judiciário.

4.7.3 Mediação extrajudicial: missão dos cartórios e o provimento nº. 17/2013 da CGJ de São Paulo

O provimento 17/13, da Corregedoria Geral do TJ/SP permitiu aos cartórios do Estado realizar audiências de conciliação e mediação. O provimento determina que “notários e registradores ficam autorizados a realizar mediação e conciliação nas serventias de que são titulares”, seguindo determinados princípios, notadamente o de estarem habilitados em curso de capacitação e aperfeiçoamento na forma da resolução 125, do CNJ.

A OAB/SP ajuizou pedido de liminar para suspender os efeitos do provimento 17/13, da Corregedoria Geral do TJ/SP, sob o argumento de que a Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo teria extrapolado as suas funções delegando às serventias extrajudiciais (cartórios) competências que só lhes poderiam ser cometidas por legislação específica, no caso, a Lei nº. 6.015/73. Contudo, o CNJ negou o pedido (0003397.43.2013/2.000000) com o entendimento que a OAB não apontou quais direitos estariam na iminência de perecimento com a manutenção do provimento 17/13, não se justificando o deferimento de medida de urgência para sustar-lhe os efeitos antes que se dê à Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo oportunidade para exercício do contraditório.

4.8 O Objetivo da Mediação

Warren Earl Burger, ex-presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos da América entre 1969 e 1985, em discurso feito na cidade de Coulson, ensina que a obrigação da nossa profissão é servir como os cicatrizadores do conflito humano. Para cumprir nossa tradicional obrigação significa que nós devemos prover mecanismos que produzam resultados aceitáveis nos mais curto período de tempo possível, com o mínimo de despesas e o mínimo de estresse entre os participantes. Isso é o verdadeiro conceito de justiça (Sales; Sousa, 2011).

Via de raciocínio, se considerarmos que o objetivo é produzir resultados no mais curto tempo possível e ao mais baixo custo conclui-se que: a) o importante é tentar chegar a uma solução satisfatória para todas as partes envolvidas; b) a restauração do

diálogo não significa restaurar a relação/relacionamento (se relação houve um dia), pois seria pretensioso demais. Quer-se apenas restaurar o diálogo – a níveis razoáveis e honestos – para o evento do acordo: se isso ocorreu, a mediação foi frutífera. Se as partes voltarem a se entender e relacionar tanto melhor, mais felizes provavelmente estarão todos os envolvidos, mas não é esse o objetivo da mediação tradicional. Para esse tipo de objetivo é recomendável o uso da chamada mediação restauradora, que demanda profissionais especialistas (mais aproximados da ciência da psicologia) e por sua vez não encontra previsão na legislação brasileira (que também não a dispensa).

4.8.1 A justiça restaurativa, justiça distributiva e a justiça retributiva

De acordo com Pinto (2007) o título “justiça restaurativa” foi cunhado por Albert Eglash, num artigo intitulado “*Beyond Restitution: Creative Restitution*”, que por sua vez foi publicado na obra “*Restitution in Criminal Justice*” por Joe Hudson e Burt Gallaway, em 1977.

Albert Eglash defende que há três respostas ao crime – a resposta retributiva, cujo fundamento básico é a punição à mesma medida do crime; a resposta distributiva, cujo objetivo é a reeducação, explicando ao agente a natureza e a gravidade do crime cometido; e por fim a resposta restaurativa. Nesse último caso busca-se a reparação do prejuízo, do dano causado à vítima, e, em última instância à sociedade uma vez que um crime alcança a todos (Sica, 2007).

Justiça restaurativa é a técnica aplicada para se atingir justiça e ao mesmo tempo restabelecer o diálogo respeitoso e o bom relacionamento entre as pessoas em conflito. Compreende necessariamente expor as pessoas ao diálogo, compreende ouvir as pessoas conflitantes para que possam resolver seus conflitos e também resolver o mau relacionamento. É necessário, portanto, a) haver um conflito entre duas ou mais partes; b) é necessário que esse conflito seja superado e a justiça (ou o consentimento mútuo) seja atingida entre os envolvidos; e por fim é necessário que c) uma relação pessoal desgastada exista, para que através da justiça restaurativa seja recuperada. O objetivo do poder judiciário ao usar a justiça restaurativa é evitar outros conflitos futuros entre as mesmas partes.

O alvo da justiça restaurativa, assim como na mediação, é a desjudicialização, ou seja, dar oportunidade às partes de resolverem seus conflitos fora da esfera judicial.

O poder judiciário não tem interesse no bem-estar e na saúde emocional envolvida num relacionamento pessoal, posto que essa é uma preocupação do indivíduo e, no máximo, do estado enquanto saúde pública. O interesse do estado representado pelo poder judiciário, portanto, é egoístico: quer uma justiça restaurativa para beneficiar a si mesmo, a máquina judicial estatal, e evitar o aumento exagerado de processos. Apesar disso, em 2015 o CNJ publicou uma portaria na qual aponta 12 diretrizes de gestão do CNJ para o biênio 2015/2016. Entre as diretrizes se encontra a de número 7: “VII – Contribuir com o desenvolvimento da justiça restaurativa”.

As medidas relativas à justiça restaurativa sempre se direcionam para a matéria criminal, estando, portanto, de acordo com o pensamento de seu criador. Desta forma, entende-se que a justiça restaurativa seja próxima da mediação enquanto meio alternativo de resolução de conflitos; mas distante da mediação enquanto trata de casos afetos à melhora da qualidade de relacionamento entre as pessoas na comunidade. Não há na mediação um objetivo claramente altruístico, de fazer o bem e perpetrar a felicidade entre os conflitantes, porque isso seria uma tarefa que não é da alçada do poder judiciário. A justiça restaurativa, ao contrário, é pautada na conversa e no entendimento e na recuperação, no restabelecimento do relacionamento quando for o caso. Essa é uma consequência da forma de se atingir a justiça pode ser aplicada com vários métodos, inclusive a própria mediação ou uma forma de comunicação não violenta. Via de conclusão, a mediação pode ser uma ferramenta de uso a favor da justiça restaurativa. O objetivo da mediação é mais amplo.

4.9 O Papel do Advogado na Mediação

Nas sessões de mediação as partes têm assegurado o direito de, caso queiram, ser acompanhadas por advogado ou defensor público.

Na mediação judicial, no caso de haver uma (ou ambas) parte (s) hipossuficiente (s), a presença do advogado ou defensor público será obrigatória, exceto no caso de atermação de pedidos diretamente no Juizado (petições iniciais simplificadas) que ocorre sem a obrigatoriedade advogado, que se encontra nas leis

9.099/95 e 10.259/01, dos juizados especiais cíveis e juizados especiais federais, respectivamente.

O papel do advogado na mediação é essencialmente o mesmo que deve acompanhá-lo numa disputa contenciosa processual. Os mesmos princípios éticos devem estar presentes em uma ou em outra empreitada, mas há uma mudança de conduta, de comportamento. Como a mediação é um tema pouco disseminado, os advogados encontram dificuldades em considerar que seu cliente saia vitorioso da audiência mesmo que não alcance todos os objetivos. Em outras palavras: no processo judicial uma parte ganha e a outra perde. Na mediação existe uma autocomposição (cujo resultado, identicamente ao processo, põe fim a um conflito) onde não se pretende uma vitória e uma derrota. É justamente essa compreensão que deve recair sobre o profissional que patrocina uma mediação: o entendimento que a autocomposição justa significa a vitória, e afastar a ideia que a corte é o único revestido de autoridade, competência e credibilidade.

Sales e Sousa (2011) lembram que a ideia de se criar um mecanismo que fosse capaz de solucionar os conflitos sem necessidade de acionar o poder judiciário, surgiu a partir de uma conferência (*Pound Conference*), realizada em 1976 – que será abordada adiante, quando o assunto for o Sistema de Multiportas – que discutiu acerca da insuficiência do Poder Judiciário para atender a todas as demandas com justiça. Foi apresentada pelo professor da faculdade de Direito de Harvard Frank Sander e, a partir daí, tem se aprimorado e, atendendo a demanda da complexidade dos conflitos, vem apresentando novos métodos (ou portas) ao passo que novas formas de conflitos surgem. O trabalho revolucionário de Sander é abordado por Sales e Sousa que citam o parecer de Frank Sander a respeito dos advogados. Para Sander, advogados tem tido um pensamento muito absoluto quando o assunto é resolução de conflitos, tendendo a crer que os tribunais são os naturais e óbvios – e únicos - solucionadores de conflitos (2011). De fato, lá existe uma rica variedade de processos que podem resolver conflitos de forma bem mais efetiva. Por muitas vezes a polícia tem procurado “resolver” disputas raciais, na escola e entre vizinhos e o povo tem realizado mais e mais demandas nas cortes para resolver disputas que outrora eram lidadas por outras instituições da sociedade. Obviamente, as cortes não podem continuar a se responsabilizarem de forma efetiva por todas as demandas que necessitam ser equacionadas de modo rápido. É, portanto, essencial que se examinem outras alternativas.

4.10 O Demandismo como Ataque ao Princípio Constitucional do Acesso à Justiça

O sistema principal e preferido no Brasil para a resolução dos conflitos ainda é o jurisdicional, a cargo dos juízes togados e isso acontece especialmente pela falta de hábito em relação aos meios extrajudiciais como a negociação, a mediação e a arbitragem (Bacellar, 2012) e pela desconfiança de que a mediação não soluciona o problema. Muito dessa desconfiança se deve ao termo de acordo da mediação, que não vem assinado por um juiz, mas sim por um mediador. Verifica-se que realmente falta informação às pessoas, pois o acordo trata o problema como uma proposta mutuamente aceitável e será estruturado de modo a manter a continuidade das relações das pessoas envolvidas no conflito (Morais; Spengler, 2012).

Com o advento dos centros judiciários de solução de conflitos determinado pela resolução 125 do CNJ, do novo Código de Processo Civil e da Lei nº. 13.140/2015 (Lei da Mediação) estimula-se um novo costume: o de tratar o acordo final (termo) da mediação com a mesma confiança de uma decisão judicial.

Outra razão para o demandismo, conforme previamente abordado, é a natureza da profissão jurídica do advogado (Rhode, 2005), cujo anseio em defender seu cliente para vencer a demanda independentemente dos valores éticos e morais o colocam numa confortável, porém questionável posição de propor demandas visando como resultado apenas o maior montante possível.

Também favorece o demandismo sujeito que deseje prevalecer-se da morosidade da justiça em seu favor, assim, alguém mal intencionado pode negar-se de participar da mediação para preferir o processo judicial e desta forma praticar comportamentos meramente dilatórios para ou introduzir argumentações que sabe serem inverídicas a fim de convencer o juiz ou mesmo para ganhar tempo suficiente para equilibrar-se financeiramente a fim de preparar-se para um revés na sentença, da qual nunca se sabe com total certeza se o favorecerá ou não.

4.11 O Sistema de Múltiplas Portas

O Sistema de Múltiplas Portas, em inglês *multidoor courthouse system*, pode ser definido como um mecanismo de aplicação de métodos alternativos de resolução de

conflitos no qual, a partir de um conflito oferecido pelas partes interessadas em negociar, é disponibilizada uma variedade (múltiplas) de meios (“portas”), a fim de que se possa identificar qual dessas portas é mais adequada para a propositura de um acordo eficaz, que seja cumprido e satisfatório por ambos os indivíduos envolvidos (Sales; Sousa, 2011). Retratam a mais ampla oferta de meios, métodos, formas e mecanismos (vinculantes ou não) colocados à disposição do cidadão, com estímulo do Estado, a fim de ocorra o adequado encaminhamento dos conflitos para os canais disponíveis (Bacellar, 2012).

Portanto, na prática trata-se de programas ligados aos tribunais de justiça, cujos departamentos recebem os pedidos de demandas e então assessores especializados direcionam os casos aos procedimentos de resolução de conflitos mais adequados.

Segundo a doutrina unanimemente aponta, o sistema de múltiplas portas teve berço em um evento específico: a “*Pound Conference*”, conferência que ocorreu em 1976 na cidade de Saint Paul, nos Estados Unidos da América. Naquela oportunidade discutia-se acerca da insatisfação popular com a insuficiência administração da justiça para atender a todas as demandas. Um dos participantes era o professor e advogado Frank Sander, professor da Universidade de Direito de Harvard, que criticou o pensamento geral que o Poder Judiciário - um sistema “fechado” composto de magistrados, promotores, advogados e as partes - é a única maneira de se resolver conflitos entre os indivíduos que buscam por uma solução, ou que buscam por justiça. (Sales; Sousa, 2011). Sanders sugeriu introduzir no Judiciário americano meios múltiplos de resolução de conflitos, realizáveis por métodos alternativos, que poderiam ser usados no curso do processo ou até antes do ajuizamento de uma demanda. Batizando o seu produto de *multidoorcourthouse system*, Sanders procurava oferecer soluções mais ajustadas às características de cada demanda, produzindo resultados de forma mais célere e ao melhor custo (Sales; Sousa, 2011). Hoje, integram essas técnicas a negociação, a mediação, a avaliação técnica neutra por terceiro, o aconselhamento, o ombudsman, a arbitragem, a med-arb (mistura de mediação e arbitragem) que, quando extrajudiciais, caracteriza-se pela confidencialidade, pela livre manifestação da vontade das partes e pela informalidade (Bacellar, 2012).

Via de raciocínio lógico percebeu-se com a evolução desse sistema que em alguns casos a mediação terá maior efetividade e em outros não poderá ser aplicada porquanto não se pode resolver o conflito sem que uma das partes sucumba ao escopo

da outra. Assim, com o início da aplicação de sistemas experimentais de multiportas nos Estados Unidos, foram propostos também por Sander cinco critérios para a possibilidade de aproveitamento de um mecanismo alternativo na resolução de cada conflito específico (Sander; Goldberg, 1994):

- a) Quanto à natureza da disputa – conflitos do tipo “policêntricos”, ou seja, com vários pontos centrais de disputa, nos quais não há implicações ou diretrizes claras, têm mais possibilidades de serem solucionados pelas próprias partes de forma mais perfeita que aqueles com intervenção externa. Nesse caso, é uma boa alternativa o uso das formas alternativas de resolução de disputas sem interferência de terceiro na tomada de decisões. É esse o caso da mediação no Brasil, chamada de “mediação facilitativa” nos Estados Unidos. No entanto, em casos de querelas repetitivas (que muitas vezes passam a ser rotineiras) seria mais adequada a aplicação de processos judiciais;
- b) Valor proporcional na disputa – os valores do processo precisam ser proporcionais aos valores em jogo a ser mediado. Vejamos: conflitos envolvendo valores pequenos devem ser mais adequados em processos onde as partes fiquem em pé de igualdade, sem interferência externa, ou com mínima interferência externa. Por outro lado, disputas nas quais se envolvem maiores valores e riscos devem ser protegidos adequadamente por um processo justo. Não obstante, casos mais simplórios podem também envolver temas complexos, da mesma forma que casos complexos podem ter podem ser fácil solução embora não seja essa a tendência. Desta forma, o grau de complexidade das questões em exame normalmente são é um bom identificador e podem responder a dúvidas sobre de qual tipo de processo de resolução é mais recomendado ao caso em lente;
- c) Quanto ao relacionamento entre as partes – em situações que envolvem relações continuadas entre as partes é forçoso que os envolvidos na diferença negoiciem em conjunto. Com isso e somente assim poderão encontrar suas próprias soluções e garantir que o eventual ajuste seja plausível e efetivo com o decorrer do tempo. Sobressai, nesse caso, o mérito da preservação do relacionamento;

- d) Quanto à rapidez na solução da disputa – deve-se dar a preferência ao método mais rápido na solução do conflito;
- e) Quanto ao preço na resolução da disputa – o custo deve ser o mais baixo possível, e atingir o melhor e mais justo custo-benefício.

O fundamento central do sistema de múltiplas portas é examinar em diferentes formas de tratamento de conflitos – mediação, arbitragem, conciliação, med-arb, arb-med, dentre outras – a mais adequada às características do litígio (Spengler; Colet, 2015).

Assevera Bacellar (2012) que o *multidoor courthouse* não é uma preocupação brasileira, mas que se manifesta em vários países com diferentes graus de mobilidade. O referido sistema é largamente empregado nos Estados Unidos, especialmente na Flórida, Nova York e Washington. No Brasil, contudo, ao contrário do que algumas experiências vêm acontecendo em juizados especiais como o de Curitiba – Paraná, que atua em parceria com algumas universidades – Universidade Tuiuti do Paraná, por exemplo, conforme o convênio firmado em 2012 (Convênio 001/2012 TJPR) – aplica mediações, conciliações e inicia demandas judiciais conforme o caso, embora existam mais de quarenta formas de ADR que, como afirma Bacellar (2012), se apresentam com variadas características em uma variada gama de situações. Logo, um caso (conflito) hipotético que se apresente a um juizado especial no Brasil e que envolva aspectos puramente informais, sentimentais, emocionais e menos judiciais, menos relevantes do ponto de vista patrimonial poderá ser encaminhado para a mediação.

Assim, partir da ideia inicial de Frank Sander, a doutrina das múltiplas portas tem se aperfeiçoado e, atendendo a demanda da complexidade dos conflitos, vem apresentando novos métodos (portas) na mesma velocidade que novas formas de conflitos surgem, evidenciando que a solução extrajudicial de conflitos entre os indivíduos é plenamente possível e que, para que aconteça, é indispensável a multiplicidade de ferramentas que atendam as mais variadas pendências entre duas (ou mais) partes.

Por via de consequência e raciocínio lógico, concluímos que a multiplicidade de portas é bem-vinda. O nome da ferramenta utilizada para solucionar o problema, ou o método utilizado não é tão importante quanto é a solução do problema. Deve haver vários modos de solucionar um mesmo problema. Não é apropriado que um método

único, isolado, agrade aos sujeitos envolvidos em uma desavença, eis que comprometeria a justiça e mesmo a eficácia dos acordos: conflitos mal resolvidos tendem, no futuro, dar luz a novos conflitos ou ao descumprimento por parte de um dos envolvidos.

4.12 Problem-Solving

Existe um tipo de mediação adversarial na qual uma das partes ganha e a outra perde, pois invariavelmente não há outra forma de solucionar o caso. É o que acontece quando um recurso limitado está envolvido (dinheiro, por exemplo). Ao contrário do processo judicial, na mediação adversarial as próprias partes decidem como fazer aparecer uma solução.

O outro tipo de mediação, não adversarial, também chamada de *problem solving*, busca trazer à tona e solucionar os interesses subjacentes das partes, ou seja, os interesses que motivam suas posições (Gabbay, 2013). O trabalho do mediador, neste caso, é direcionado ao controle do conflito e a demonstrar que este conflito é algo negativo. Neste tipo de mediação, o alvo é o acordo entre as partes, por isso mesmo chamada de *problem solving* (solucionadora do problema).

Tomando por exemplo a obra de Fisher, Ury e Patton (1991), “*Getting to Yes: negotiating agreement without giving in*”, Gabbay (2012) aponta quatro orientações centrais que formam este método de solução de conflitos: i) (pessoa) separar as pessoas do problema; ii) (interesses) focalizar nos interesses em jogo, não na posição das partes; iii) (opções) inventar opções de ganho mútuo; iv) (critérios) insistir em critérios objetivos. A partir deste modelo, avalia-se o grau de extensão da lide. Estas orientações revelaram-se muito úteis, tendo surgido diferentes conceituações e tipos de mediação a partir delas. Buscando sistematizar e facilitar o diálogo entre os vários tipos de mediação, Leonard Riskin desenvolveu um sistema a partir de duas variáveis:

- i. definição do nível de amplitude do problema (restrito ou amplo);
- ii. forma de atuação do mediador (avaliadora ou facilitadora). Seu objetivo foi criar uma classificação baseada em categorias claras e que descrevessem as

orientações, estratégias e técnicas utilizadas em variados contextos de mediação.

4.13 Mediação Transformativa

Muszkat (2005) esclarece que este modelo, proposto por Bush e Folger em 1994, desenvolve uma filosofia de mediação cujo foco é promover transformações de caráter, que eles denominam de crescimento moral, por meio de revalorização e do reconhecimento das pessoas. Não importa o que se encontra envolvido no acordo entre os participantes, mas a mudança que a mediação fará nas pessoas e nas suas formas de relacionamento. Portanto, o objetivo deste tipo de mediação, ao contrário da mediação tradicional pretendida pela nova legislação processual civil brasileira, não é o acordo. A mediação transformativa almeja, como o nome sugere, transformar as pessoas e seus sentimentos, restabelecendo laços e reconstruindo relações sem prender-se em alcançar o acordo. Neste caso o mediador age mais como um psicoterapeuta de vínculos conflitivos (Gabbay, 2013).

4.14 Modelo Tradicional

O modelo original de mediação é originário da Escola de Direito de Harvard (Fisher, Ury e Patton, 1991) e o mediador é o facilitador de uma comunicação pensada de forma linear, de um conflito construído sobre uma relação de causa e efeito. Nesse caso, ela se define como um método pragmático de resolução de conflitos “alternativo” – mais barato, mais rápido e independente – ao processo judiciário (Muszkat, 2005).

4.15 Modelo Circular Narrativo

Este modelo, também chamado de método circular narrativo, nasce sob a

influência de outras disciplinas, como a psicologia de abordagem sistêmica (Muszkat, 2005). Suas maiores representantes são a norte americana Sara Cobb e a argentina Marinés Suares, que construíram o modelo voltado fundamentalmente para a questão familiar, buscando resgatar a teoria da comunicação e algumas técnicas utilizadas pelas terapias familiares, desconstruindo velhas narrativas e incentivando a construção de outras para que a partir disso um acordo possa ser firmado. Muszkat (2005) explica que este modelo baseia-se na teoria dos sistemas e no construcionismo social, e não tem caráter terapêutico, e acrescenta que “o método circular narrativo foge da noção reducionista de causa e efeito e considera que inúmeros fatores que se retroalimentam (causalidade circular), estão presentes nas inter-relações e, portanto, nos conflitos”.

5. A REFLEXÃO: O MOMENTO INTUITIVO DA PERCEPÇÃO DO JUSTO

Freitas de Paula (2010) ensina que para solucionar problemas e conflitos as partes podem negociar diretamente, resolvendo elas próprias os termos de sua composição de interesses. Nestes casos, as partes usam técnicas e estratégias para que elas se acertem, buscando, assim, uma negociação integrativa, e não distributiva (negociação ganha-ganha, privilegiando o relacionamento duradouro e a satisfação de todos os envolvidos, em vez da divisão de resultados ou barganha). No momento em que as partes endurecem suas posições, fixando pouco ou nenhum espaço para recuar, de modo a privilegiar apenas a elas mesmas em detrimento de suas necessidades e interesses, a percepção que passam a ter da realidade se distorce, comprometendo seus julgamentos, diminuindo a eficácia da comunicação na conversa. A comunicação passa a ser usada como uma arma, como forma de atacar a outra parte, quando o correto seria usar a comunicação como forma de compreender e chegar a um ponto de equilíbrio.

Quando é chamado à baila, o mediador se envolve para facilitar o deslinde de uma situação que não se resolve sem a presença de um terceiro. Assim pode acontecer com os envolvidos: desejar uma solução mais rápida e eficaz, ou não afetar relações futuras, ou insustentável estágio que se encontra o debate ou ainda por pouco provável a chegada a esse ponto de equilíbrio sem a intervenção do mediador.

Com algum esforço, focando na postura ética, honesta, os envolvidos percebem que não devem olhar para a solução do problema apenas se essa solução lhe favorecer inteiramente. O pensamento sobre o caso perde um pouco de seu aspecto egoísta e ganha uma visão mais solidária. Quando as partes perguntam a si mesmas “como posso facilitar nosso entendimento?”, um grande passo já foi dado, e a preocupação consigo mesmo deixou de ser a única preocupação existente. Logo, os indivíduos fortalecem a solidariedade e passam a ter consciência ao desapegar-se do individualismo para dar desfecho justo à demanda. Por essa razão é tão comum ouvir a expressão “cada um deve ceder um pouco”. Mas não significa ceder nem significa ser altruísta. A preocupação é compreender a situação como um todo e não apenas olhar para o seu próprio interesse.

Para se atingir essa compreensão é necessário que os envolvidos se alinhem, no sentido que decidam individualmente que desejam participar de um processo ativamente, com maior presença e menor representatividade, da forma mais próxima

possível do que se entende como justo. Valores éticos devem ser invocados. Gonçalves (2006) preceitua que a ética está entre os princípios básicos do código civil brasileiro, fundada no valor da pessoa humana como fonte de todos os demais valores, a priorizar a equidade, a boa-fé, a justa causa e demais critérios éticos. Compreensivelmente, a ética se alinha com o princípio da boa-fé, integrante do rol de princípios essenciais na mediação, com quem esta guarda íntima relação, e que foi objeto de avaliação num item anterior.

André Gomma, em entrevista concedida ao “Caderno Direito e Justiça”, do jornal periódico Gazeta do Povo, em 25 de julho de 2014, defende isso e aponta que toda vez que alguém toma decisões por nós tendemos a não ficar satisfeitos, mas quando participamos do processo tendemos a aceitá-lo e ao próprio resultado.

Essa aceitação dos envolvidos, momento em que compreendem que fizeram o mais próximo do correto é resultado da percepção de quem a justiça foi alcançada a um nível que satisfaz suficientemente a todos. É o exercício da ponderação praticado pelos participantes, à sombra da cautela do mediador, que conduz à avaliação abrangente (não egocêntrica) das hipóteses em exame, para ao fim produzir um julgamento aceitável para todos.

5.1 O Processo Justo

Para buscar a solução do conflito pela mediação é possível empregar uma técnica advinda da administração de empresas chamada de processo justo, termo empregado por Mauborgne e Kim (2005) para determinar a necessidade de imprimir nas pessoas, desde o inicio, a disposição para obter a mudança. Diferentemente da conciliação, por exemplo, na mediação bem-sucedida a cooperação voluntária é mais eficaz para o deslinde do que a execução mecânica, hipótese em que se faz apenas o mínimo imprescindível para manter as aparências.

Mauborgne e Kim (2005, p. 53) asseveram que

Emocionalmente, as pessoas precisam de reconhecimento do seu valor como seres humanos e intelectualmente buscam reconhecimento de suas ideias, no sentido de que peçam suas opiniões e sugestões e

reflitam sobre elas, demonstrando consideração por sua inteligência e pedindo que exponham seus pensamentos.

Portanto, para se otimizar uma solução conflituosa os bons resultados dependem do desempenho dos envolvidos, quando todos os membros da organização estão alinhados com a estratégia e engajados em apoiá-la em todas as circunstâncias. Preliminarmente é necessário recorrer ao mais básico: as atitudes e os comportamentos das pessoas, como parte integrante dos valores da organização. Quanto mais afastadas estiverem da vontade de solucionar e quanto menos houverem participado do desenvolvimento da estratégia de solução, mais as pessoas sentirão dificuldades e animosidade e assim se distanciam nesse processo, criando algo similar ao que acontece no processo judicial. Segundo Mauborgne e Kim (2005) as pesquisas mostram que o processo justo é fator critico que distingue as estratégias bem-sucedidas daquelas que não deram certo. Os mesmos autores sublinham que a presença ou ausência do processo justo pode construir ou destruir as melhores incentivas de execução da estratégia.

A mediação foi claramente um remédio encontrado pelo poder judiciário brasileiro para conter um vazamento (o número de processos) e nesse sentido o resultado poderá ser satisfatório. Paralelamente, o emprego da mediação traz em longo prazo uma pacificação maior da sociedade - em especial quando aplicada nos relacionamentos de longa duração – devido ao poder educador do instrumento da mediação. De fato, colocar duas partes conflitantes frente a frente mediando-as corretamente causa, no mínimo, uma situação de avaliação um do outro, como por exemplo: o olhar, os movimentos, a atitude, o comportamento. Se uma das partes está insatisfeita ou desconfortável naquela audiência, a outra provavelmente sentirá. Se a atitude é agressiva, também será sentida. Se a posição é de que há espaço para negociação, percebe-se. Mas esses comportamentos são comuns em conflitos e podem ser contornados. A “quebra do gelo”, do desconforto e da desconfiança é definida pela psicologia como *rapport*, e depende do mediador,

Entretanto, o método da mediação propõe que duas partes conflitantes entrem em entendimento sobre um tema controverso. O simples aceite das partes em comparecer à audiência já indica que estão dispostas a conversar. Isso fica evidente porque, a partir da lei de mediação de do novo CPC, os advogados sabem que muitos casos serão primeiramente e de ofício levados a audiência de mediação. E sabem que poderão dispensar essa audiência já no momento da petição inicial, “pulando” essa fase

para ir diretamente para a análise dos fatos pelo juiz. Logo, se as partes estão acompanhadas de advogados e compareceram à audiência de mediação, é porque tem disposição para resolver a demanda ali mesmo.

Além disso, as partes interessadas sabem que se transformarem suas diferenças em uma demanda judicial haverá uma dose maior de sofrimento, pois nesse caso ficarão expostas à vontade do Estado-juiz. Esse temor deve levado em consideração não no sentido de ter medo do resultado, mas no sentido de não poder participar dele, submetendo-se apenas. Cria-se uma expectativa, inevitavelmente, por maior que seja a convicção da vitória. Isso facilita também às partes seguir adiante para abrirem a guarda e aceitarem colocar certos rancores em segundo plano, abaixo do reconhecimento de que é importante ouvir e considerar o argumento da parte oposta.

As partes podem chegar a este momento de autonomia, fortalecimento e solidariedade em momentos diferentes ou juntas. Para se chegar a este ponto é imperativo o uso correto de técnicas aproximadas da psicologia. Diante disso, pode-se afirmar que há patente necessidade de novos modelos que permitam que as partes possam, por intermédio de um procedimento participativo, resolver suas disputas construtivamente ao fortalecer relações sociais, identificar interesses subjacentes ao conflito, promover relacionamentos cooperativos, explorar estratégias que venham a prevenir ou resolver futuras controvérsias e educar as partes para uma melhor compreensão recíproca (Rhode, 2000).

Segundo Deborah Rhode, (2000) a maioria dos estudos existentes indica que a satisfação dos usuários com o devido processo legal depende fortemente da percepção de que o procedimento foi justo. Outra importante conclusão foi no sentido de que alguma participação do jurisdicionado na seleção dos processos a serem utilizados para dirimir suas questões aumenta significativamente essa percepção de justiça. Da mesma forma, a incorporação pelo Estado de mecanismos independentes e paralelos de resolução de disputas aumenta a percepção de confiabilidade (*accountability*) no sistema.

Deste ensinamento, podemos concluir que com a presença dos envolvidos, uma audiência de mediação bem preparada, com a utilização das técnicas adequadas, produz confiabilidade no procedimento e conduz às partes envolvidas a uma conscientização, um entendimento profundo dos valores em disputa. Neste ponto, a solução alcançada já produziu seus efeitos, e a satisfação de todos os participantes é inevitável.

5.2 Os Três “Es” do Processo Justo

Embora voltado ao melhor desempenho dos empregados em uma empresa, o trabalho de Mauborgne e Kim (2005) no *best seller* “A Estratégia do Oceano Azul” aponta um raciocínio que muito bem se aplica ao direito e às relações entre pessoas que convivem na mesma sociedade. Segundo eles, há três princípios que definem o processo justo: envolvimento, explicação e clareza de expectativas. O primeiro deles, o envolvimento, significa encorajar os indivíduos nas decisões que lhes dizem respeito, pedindo sua contribuição e permitindo o questionamento recíproco das idéias e pressupostos uns dos outros.

Também segundo os mesmos autores o segundo princípio, a explicação, significa que todos os participantes e interessados nas decisões estratégicas devem compreender suas razões e critérios. A explicação do raciocínio explica as decisões. Também aumenta a confiança das pessoas, na medida em que os envolvidos avaliaram suas opiniões e foram imparciais na busca dos interesses.

Por último, Mauborgne e Kim (2005) apontam a o princípio da clareza das expectativas. Este estabelece que, passada a fase da elaboração da estratégia, os envolvidos devem decidir as novas regras do jogo, mesmo que existam muitas expectativas envolvidas. Os participantes devem ter conhecimento dos padrões nos quais serão avaliados e devem saber também quais serão as consequências do eventual fracasso. A proposta de um desafio, o exercício intelectual para solucionar um problema, é determinante para a solução da relação conflituosa. O exercício intelectual sugere uma resposta para o problema e, quando se consideram reconhecidas por seu valor intelectual, as pessoas se dispõem a compartilhar seus conhecimentos. Desperta-se a motivação para causar boa impressão ao confirmar as expectativas em relação à sua capacidade mental, tomando a iniciativa de propor soluções e de trocar opiniões. Quando são ouvidas e se leva em conta suas emoções, as pessoas desenvolvem ligações sentimentais com a estratégia e se dispõem a dar o mais de si mesmas (Mauborgne; Kim, 2005), e isto acelera o resultado do procedimento mediatório.

O padrão mental e comportamental observado pode ser resumido nos seguintes termos: quando não são tratadas de maneira que demonstre que seus conhecimentos são valorizados, as pessoas são dominadas pela indignação intelectual e não compartilharão

suas idéias e habilidades; ao contrário, ocultarão seus melhores raciocínios e *insights* criativos, impedindo o surgimento de novas perspectivas e abordagens.

Em suma, não confiando no procedimento de elaboração da estratégia, as pessoas também não cofiam na estratégia resultante deste procedimento (Mauborgne; Kim (2005). Esse é o poder emocional do processo justo.

5.3 O *Rapport*

Rapport é um termo originário da língua francesa que numa tradução inicial significa relatório. Mas secundariamente se traduz também como sintonia, ou a capacidade de um indivíduo se sintonizar com outro, entrar e conhecer a vida e o mundo de outro. Na prática da psicologia, o *rapport* é um momento onde o psicólogo busca se aproximar e ganhar a confiança do paciente, para conseguir chegar ao diagnóstico mais correto. É uma espécie de momento de ligação, conexão para tirar de alguém o sentimento de desconforto e desconfiança, momento de “quebra do gelo”. O profissional aplica técnicas para deixar o paciente à vontade. Uma relação bem-sucedida deve apresentar esse *rapport* para que não interfira negativamente na mediação posterior. Isso não é exclusividade do psicólogo, diga-se: um dentista infantil, por exemplo, poderá ganhar a confiança de seu pequeno paciente antes deste chegar a sentar na cadeira do dentista, fazendo brincadeiras, demonstrando afinidades, até que a criança perca o medo e se sinta confortável para ter seus dentes examinados. Por exemplo: mostrando figuras interessantes dos dentes de outras crianças, ou de personagens de desenhos animados. Ao ganhar a confiança do paciente, o profissional poderá chegar mais rápido e com mais certeza a uma conclusão do caso.

Bacellar (2012) utiliza essa expressão para definir o momento em que dois conflitantes (fora da área da psicologia, portanto, e dentro da área do direito) resolvem dar fim à demanda e chegam a um termo satisfatório para as partes. Trata-se de um momento que evoluiu, que aconteceu após cumpridas algumas etapas de compreensão do problema, depois de analisados os comportamentos na presença das partes, assim como também acontece com o *rapport*, não é algo que acontece repentinamente. No entanto, tendo em vista a natureza desse instituto no ramo da psicologia, não se pode

chamar de *rappo*t o momento crucial onde duas partes que medeiam chegam ao consenso, posto que nesse caso uma parte não pretende ganhar a confiança da outra.

5.4 O *Insight*

Mella, Dantas e Banzato (2011) ensinam que o termo *insight* deriva do alemão “*einsicht*”, sendo esta sua tradução em inglês para o original em alemão. O termo significa “olhar para dentro”, “visão interna com os olhos da mente”. Abel (2003) explica que *die einsicht* é definida na língua alemã como “uma certa realização que envolve uma conexão complicada”, podendo ter também o sentido da “realização de que se fez algo errado”, de “remorso”, como no exemplo: “chegar a uma *einsicht*”, ou “a *einsicht* vem depois”. Pode também ser usada no sentido do “processo ou a possibilidade de ver dentro” de alguma coisa.

O *insight* define a percepção, o discernimento ou entendimento do caráter íntimo ou da natureza escondida das coisas. Existe apenas em línguas de raízes germânicas e as línguas latinas não possuem um termo unitário correspondente, traduzindo-o de acordo com a sua função (Mella; Dantas; Banzato, 2011).

No entanto, as definições atribuídas ao conceito de *insight* são muito distintas e variam conforme a formação teórica do autor/investigador (Cardoso, 2008). A própria tradução do termo é difícil. Certo é que se trata de um conceito antigo que atualmente se aplica muito na psicologia.

No campo da medicina, *insight* tem sido definido como consciência dos sintomas, reconhecimento deles como manifestações de uma doença, entendimento sobre suas causas e origens, apreciação de seus significados (como sua gravidade e suas consequências em termos de incapacidades funcionais) e colaboração com o tratamento. Antes do século XIX, os acometidos por doenças mentais eram classificados como totalmente desprovidos de *insight*, já que “insanidade mental” era indissociável de delírio e *insight* era, por definição, considerado inexistente nessa condição. Lewis, citado por Marková e Berrios em Mella Dantas e Benzato (2011), definiu o termo no âmbito da psiquiatria como atitude correta (consciência, conhecimento e interpretações corretas) diante de uma mudança mórbida em si mesmo. Esse autor (Lewis) inovou, defendendo a possibilidade da existência de *insight* na psicose, criticando a utilização

do *insight* para separar “neurose” e “psicose” e rejeitando a concepção dicotômica de *insight* como “presente” ou “ausente”. Modernamente, Mella Dantas e Benzato apontam para a definição de Marková e Berrios sobre *insight* na psiquiatria como “uma subcategoria do autoconhecimento, a qual os pacientes expressam não apenas em relação ao distúrbio que os afeta, mas também em relação a como esse distúrbio afeta sua interação com o mundo” (Mella, Dantas & Banzato, 2011 p.136). Antes entendido de forma unitária e categorizado como presente ou ausente, atualmente o conceito de *insight* é tido como “um construto complexo, formado por vários componentes que comportam graduações e que são inter-relacionados e interdependentes” (Mella, Dantas & Banzato, 2011 p.136).

Abel (2003, p. 25) esclarece que “para Lacan, o *insight* é a experiência psicológica de uma operação intelectual que define bastante corretamente o ‘instante de ver’, seguido, na sua concepção, pelo tempo de compreender e pelo momento de concluir, os três tempos que constituem o tempo lógico (Lacan, 1973)”.

Em um caso prático, como por exemplo, de violência doméstica recíproca, numa família que comumente se chama de “disfuncional”, podemos encontrar pessoas que não conseguem separar a violência da solução de seus problemas. Não existe o “instante de ver”, o tempo de compreender, existe apenas a solução baseada na ação violenta. Muszkat (2003, p. 25) assevera que

A violência, no entanto, não é a consequência necessária de um conflito, apenas o testemunho da dificuldade de conviver com a diversidade e encontrar soluções satisfatórias para administrá-las. Para alguns indivíduos, com baixo nível de tolerância e acúmulo de frustrações, enfrentar uma situação de estresse é insuportável.

Estas pessoas tendem a sentir-se diminuídas e ameaçadas na sua integridade psíquica e não conseguem controlar a sua raiva (Muszkat, 2003), tornando assim difícil que cheguem sozinhas a um momento de compreensão profunda sobre o contexto em que vivem. Para a equalização do problema, a mediação é o procedimento que deve ser levado fortemente em consideração, observados primeiramente o grau de complexidades e então partindo para a tentativa de afastamento das emoções, do estresse, e aproximação de ações de conhecimento, ponderação e racionalidade.

Existe uma ideia de estrutura hierárquica para o *insight*, proposta por Marková e Berrios (1992), com níveis progressivos de complexidade. Segundo essa teoria, particularmente no caso de certos sintomas mentais, os níveis elementares de *insight* seriam concomitantes ao próprio desenvolvimento dos sintomas. Ou seja, as vias iniciais de construção do *insight* e de formação do sintoma seriam comuns. Dessa forma, o desenvolvimento do *insight* estaria imbricado, ao menos inicialmente, com o desenvolvimento do sintoma. O nível secundário dessa hierarquia seria um julgamento acerca dessas manifestações com atribuições causais e modelos explicativos. O nível terciário corresponderia ao julgamento sobre as suas consequências e atitude diante delas. Esses dois últimos níveis seriam influenciados largamente pela inteligência geral, tendência à introspecção, experiências passadas e referências culturais, que são fatores variáveis de pessoa para pessoa.

De acordo com o dicionário médico, quando aplicado à resolução de problemas, o *insight* é a súbita percepção das relações adequadas das coisas que resultam na uma solução” (Dicionário Miller-Keane, 2003). Na psicologia, sua aplicação mais conhecida ocorre nos casos de tratamento da saúde mental para o transtorno bipolar, esquizofrenia e psicose.

Este antigo instituto da psicologia e, mais especificamente, da psicanálise pode ser trazido ao mundo da solução de problemas e, assim, da mediação judicial. Cardoso (2008, p.353) ensina que

Segundo a abordagem psicopedagógica, o termo *insight* deverá ir para além das definições clínicas tradicionais, que limitam o fenômeno em termos de consciência para a doença mental. Considero, segundo a minha perspectiva pessoal e profissional, que o *insight* deverá representar algo que inclua a perspectiva pessoal que cada indivíduo tem em relação àquilo que se passa consigo, e que vá para além da consciência/doença.

Trata-se o *insight* de ser o momento de se juntar as peças. É quando se comprehende, quando se passa a ter a noção da extensão do dilema. Vem de repente. É um elo que une a psicologia e o direito. Segundo Cardoso (2008, p. 353), é um

[...] processo de reconhecimento e de aceitação, que deverá possibilitar uma compreensão mais aprofundada acerca da realidade interna e externa que envolve cada sujeito, permitindo que se vá ao encontro das suas resistências, necessidades e capacidades, possibilitando assim a plena integração desses fatores. Isto porque, cada vez mais é fundamental destacar a importância do ponto de vista e das representações que cada utente faz acerca da sua realidade.

O *insight* pode chegar com mais facilidade se acaso o indivíduo que vive o dilema tenha experiências de vida paralelas que lhe sirvam de exemplo e o façam juntar os pontos, ao aproximar o seu caso com aquele do exemplo vivido.

Via de consequência, pode-se aduzir que o *insight* é o momento circunspecto, íntimo, que um conflitante exercita a sua consciência para ponderar sobre o tema em debate e, usando de bom senso e prudência, privilegia a sua razoabilidade e desfavorece a rivalidade, passando a ouvir e assimilar criteriosamente o argumento do seu conflitante oponente, com sensatez e cordialidade. Esse é o instante procurado pelo mediador: quando um conflitante usa de equilíbrio e bom senso, e esforça-se para compreender as justificativas daquele contra quem está em disputa, raciocinando e sopesando as informações, com prudência. No exato tempo em que esse *insight* é alcançado, torna-se mais possível a compreensão entre os envolvidos, que logo refletirão e assim a solução pacífica e consensual do embate está próxima. Há, portanto, grande dose de incentivo ao juízo, ao emprego da razão, da prudência em todos os casos sem exceção, evitando-se deixar a emoção sobrepor a imparcialidade.

5.5 A Reflexão

Se o *insight* é uma reação brusca de compreensão, que se dá de forma repentina, o momento que a mediação se configura favorável tanto no ponto de vista da justiça (ao alcançar o deslinde do caso) quanto para o ponto de vista das partes envolvidas (quando se declaram satisfeitas, independentemente do resultado) é o ponto mais importante de todo o procedimento. É, objetivamente, o momento que deve ser buscado durante a audiência de mediação. É o momento intuitivo, crucial e que ocorre lentamente, em etapas de compreensão e que por isso se diferenciam do *insight*, mais

abrupto. Na reflexão as partes se conscientizam de que o melhor acordo para si não é necessariamente o melhor acordo. Visto do ponto de vista unilateral da psicologia, seria o que chamamos de *insight*. Mas o *insight* está inserido somente no campo da ciência da psicologia, livre de interferências do direito e por isso seria necessária uma expressão, preferencialmente em português, que melhor traduzisse e aproximasse o *insight* da psicologia permeado pela mediação aplicada em acordo com seus conceitos jurídicos. O termo aproximado mais adequando não é “*rapport*”, certamente. Quer-nos parecer que mais adequado seria utilizar “reflexão”. A reflexão é, portanto, o momento que se dá quando, através do diálogo, do exercício da razão, da ponderação dos valores envolvidos ocorre a compreensão e o respeito aos problemas vividos pela pessoa que ora medeia.

Muszkat (2005) aponta que, após a fase de desabafo das partes, caberá ao mediador orientá-las em direção às suas metas. Os conflitos devem ser transformados em problemas, e após isso importa delimitar os principais problemas. Por fim, é importante levar as partes a se concentrar no problema, não em si mesmas, muitas vezes uma operação difícil de ser alcançada. É nesse instante que deve se desenhar um momento favorável para o exercício da razão: os conflitos já foram equacionados em problemas, de forma a proporcionar desafios intelectuais para as próprias partes corrigirem os erros.

Busca-se, portanto, o *insight*, um segundo de razão, de consciência, de entendimento, e em seguida busca-se a reflexão – o exercício da razão, da disposição para negociação dos valores em jogo. Da mesma forma um magistrado faz, quando comanda um processo judicial, com a diferença que no processo mediatório são as próprias partes envolvidas a fazer esse exercício, que quando é frutífero, culmina na satisfação dos atores sobre aquele tema, resolvendo a demanda e, finalmente, atinge a justiça ideal, não obrigatoriamente atrelada à verdade dos fatos.

Justiça não é necessariamente um conceito advindo do juiz. É um conceito advindo das partes conflitantes. São somente essas partes que podem dizer o que é justo e o que não é, e isso acontece quando chegam a um ponto de concórdia. O juiz procura a lei que se relaciona ao fato, dita o direito, e as partes a justiça. Logo, não há justiça ideal sem a concordância das partes. Quando essa discordância acontece, some a possibilidade de se fazer justiça e entra em cena o juiz.

6 VANTAGENS DIRETAS DA MEDIAÇÃO COMO MEIO ALTERNATIVO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Por conseguinte, é nítida a necessidade de se utilizar a mediação para promover a eficácia social na resolução de conflitos no sistema judicial. As vantagens são claras: a mediação é rápida, barata, simples e tem a participação do interessado, justamente tudo o que não acontece com o processo judicial que é custoso, lento e complexo. Na mediação existe a autonomia dos envolvidos na solução de seus conflitos, economia processual (tempo, dinheiro) e pessoal (afetivo-emocional), competência relacional (compreensão da natureza do vínculo/rompimento). Vejamos alguns pontos importantes:

- a) Voluntária: não há imposição para participar da audiência de mediação processual no Brasil, ao contrário do que ocorre na Argentina por exemplo. Se alguém não quiser participar do procedimento, comunicará o fato formalmente nos autos e o processo passará à fase seguinte;
- b) Confidencial: não há publicidade nem outros participantes além dos envolvidos.
- c) Autônoma: os envolvidos chegam a uma conclusão por si mesmos, não se submetendo à autoridade judicial;
- d) Econômica: redução significativa nos encargos financeiros despendidos pelas partes;
- e) Rápida: maior celeridade/rapidez da obtenção da solução;
- f) Eficaz: menor desgaste emocional; promove a pacificação do relacionamento entre as pessoas ou entidades envolvidas (justiça restaurativa) e alerta para a continuidade de uma sociedade brasileira com identidade litigante; buscando uma solução equilibrada e satisfatória para ambas as partes;
- g) Segura: o resultado da mediação poderá ser homologado pelo poder judiciário, que chancelará e dará força de decisão judicial ao resultado.

Boa parte dos processos judiciais que se empilham nos tribunais do Brasil se referem a questões ligadas a relacionamento pessoal, que não envolvem, por exemplo,

grandes corporações. Casos de relações entre pessoas são mais propensos a serem resolvidos pela mediação, posto que as grandes corporações têm interesses diferentes. Sendo assim, há um número gigantesco de processos que podem ser resolvidos com o uso adequado da mediação. Exemplos de situações que podem ser resolvidas com o uso da mediação: revisional de alimentos; guarda e visitação de filhos; indenização por danos morais; indenização por danos materiais; desentendimentos entre vizinhos (calúnia, injúria, difamação) entre outros. Logo, as soluções alternativas para os conflitos enfatizam o entendimento entre as partes, aceleram a resolução dos problemas e ajudam a desobstruir a Justiça.

6.1 A Conveniência da Mediação para o Direito de Família

Nos dias de hoje percebe-se um estado de mudança no conceito de família. Perde-se no tempo a figura da família tradicional. Com a popularização do divórcio, da união estável e da união homoafetiva há gerações advindas de modelos familiares absolutamente opostos ao que se entendia como normal nos anos até os anos 90. Recente que é, portanto, essa fase de transição, há maiores probabilidades de conflitos nessa área, o que por si só motiva novas demandas. Assim, a diversidade de opiniões e o impacto de diferentes gerações cujos costumes são antagônicos dão causa a novas situações que encontrarão (ou tentarão) buscar solução na justiça. Desses casos, há um grande número de dissoluções de casamento ou união estável, muitas vezes envolvendo detalhes que acrescentam mais stress entre as partes como, por exemplo, a divisão dos bens materiais e a guarda de eventuais filhos menores.

6.2 Mediação na Guarda Compartilhada: um Exemplo de como Aplicar Corretamente a Mediação

Tão nova é a mediação quanto é também a guarda compartilhada no direito brasileiro. A guarda compartilhada apareceu no ordenamento pátrio como a derradeira, extraordinária e justa solução para um grave problema nos nossos tribunais, sendo muitas vezes apontada como um exemplo de justiça salomônica que colocaria fim ao

problema da disputa pela guarda do (s) filho (s) em casos de pais divorciados e em conflito.

Assim, o que se viu foi uma corrida dos magistrados a proferir decisões que impunham aos pais separados a função de se tolerarem em benefício de seus filhos, com alvo na melhor qualidade de vida dele (s) ou dela (s). A mediação ainda não havia se tornado uma opção no nosso direito eis que a lei da guarda compartilhada apareceu com mais força com o novo Código Civil de 2002 e, mais tarde, com uma lei própria em 2014 (lei 13.058/2014). O resultado é que as decisões foram tomadas no calor da novidade da guarda compartilhada, esquecendo muitas vezes de um importante detalhe: a análise dos casos colidentes entre casais separados, de convívio incompatível e muitas vezes em verdadeira situação de duelo não é do judiciário mas depende, sim, do parecer técnico de um profissional habilitado e competente. Portanto de um profissional da psicologia, ou um grupo deles. Somente com o aval desse profissional é que se pode dizer qual será o melhor aproveitamento do menor, conforme a análise crítica a seguir.

6.2.1 O conceito de guarda compartilhada

Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (a respeito da substituição, o art. 1.584, § 5º do CC) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns (código civil brasileiro, arts. 1583, § 1º e 1584).

O problema que põe em choque o direito e a psicologia é que aquela ciência impõe que a guarda compartilhada para casais em desacordo será utilizada preferencialmente, conforme dita o art. 1.584 § 2º do CC: “Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”.

Ou seja, para o direito a guarda compartilhada será utilizada independentemente da animosidade entre os pais, enquanto que, numa linha de pensamento oposta, a psicologia estipula que há necessidade de declaração de um profissional psicólogo para avaliar se essa a guarda compartilhada é realmente a melhor solução. O próprio CC estipula que a guarda unilateral será atribuída ao genitor que

revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; II – saúde e segurança; III – educação (art. 1.583. § 2º).

O art. 1.584 vai além e estabelece que a guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas. (esta tarefa deveria ser do psicólogo)

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de

preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade (NR).

A partir do momento de validação da lei 13.058/2014 a guarda compartilhada agora é obrigatória, e só não será aplicada se um dos pais declarar ao juiz que não deseja a guarda do filho.

Até mesmo antes do acabamento de uma união afetiva o desgaste entre o casal é percebido por todas as partes envolvidas naquele relacionamento: os familiares, amigos e, sobretudo pelos filhos, se houverem. O momento da separação é, via de regra, um evento dolorido, de sentimentos à flor da pele, que deixa marcas em todos os envolvidos. Contudo esse momento de separação pode não o pior momento, pois tudo o que vem na esteira dessa ruptura, tudo que dela decorre posteriormente, dá luz aos maiores traumas. O casal conjugal passa a ser o um novo casal, chamado por Grisard de casal parental (Grisard, 1997). Não é fato raro que os pais separados continuem a brigar mesmo depois da separação. Essa situação de incompatibilidade de argumentação polida entre as partes desgasta a elas mesmas e aos filhos menores, justamente aqueles que estão em fase de formação e educação e que tem prioridade no respeito de seus interesses. É importante que os filhos fiquem próximos do convívio de seus pais, que por sua vez devem zelar pela correta educação e formação física e psicológica nos menores.

A grosso modo, a ciência jurídica se preocupa em aplicar a guarda compartilhada porque chegou à conclusão que o interesse do menor supera o interesse dos pais. Neste raciocínio, a guarda compartilhada é aplicada para proteger os filhos ainda que haja desacordo entre o casal conjugal, pois não é ele que se busca preservar, mas a permanência do casal parental. É preciso frisar que são raras as dissoluções de relacionamento conjugal em que não há mágoas e ressentimentos. O rompimento, por si só, já provoca dor, desconforto e desgaste que minam o diálogo equilibrado entre os ex-companheiros. Não é incomum encontrar casais separados que se encontram em situação de impraticável diálogo, diante da antipatia adquirida durante (ou após) o convívio como casal, que resulta em animosidade, hostilidade e rancor crescentes.

Nesse viés, vemos que o passado recente do direito de família aplicava a regra da guarda unilateral, que vem a ser aquele tipo de guarda comumente associado dando à mãe prioridade absoluta na guarda da criança. Nas décadas de 80 e 90 o instituto da

guarda unilateral estava, de fato, bastante desgastado e desprestigiado “dando sinais de esgotamento, na medida em que em vez de abrandar as mágoas e ressentimentos do casal, ela pressupõe um estado de discórdia, certamente não desejado pelo Poder Judiciário” (Leite, 2011, p. 189). A base desse desgaste está no fato de que um dos pais (aquele que não detém a guarda) fica em situação de menor potência na tomada de decisões, levando-o (a) a um sentimento de exclusão e/ou diminuição de sua influência sobre o menor e inflamando o conflito a níveis cada vez mais altos. Consequência natural disso tudo é que a guarda mono parental não imuniza os pais do conflito pós-ruptura do relacionamento. A ciência jurídica já começava a apontar para a guarda compartilhada como solução do problema, escorada na experiência internacional, nas decisões que autorizam a vontade das partes em proteger o interesse dos seus filhos, com alvo em sempre alimentar a proximidade desses filhos junto aos seus genitores, independentemente de qual deles desempenhar a guarda física, posto que a responsabilidade é de ambos e não apenas de um dos pais.

Em derradeiro raciocínio, a exclusividade da guarda, ainda que ponha os pais da criança em menor contato ao excluírem-se do convívio diário, não garante a semeadura de novas desavenças, que serão criadas justamente porque um poderá sentir-se em desvantagem em relação ao outro. Mesmo com o advento do art. 1.583. § 3º do CC, que estipula que a guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, porque mesmo essa supervisão por si só poderá gerar novos atritos entre pais com pós-separação conturbada e hostil. Impõe-se o acompanhamento pericial de um psicólogo, sem dúvida, pois o magistrado não é competente para avaliar essas situações.

6.3 O Superendividamento

Outro exemplo adequado para o uso da mediação como forma de dirimir conflitos se encontra no ramo do direito do consumidor, no chamado superendividamento. Trata-se da situação em que uma pessoa se encontra de tal forma endividada que não é possível quitar seus débitos sem antes se submeter a negociações com os credores. Também é tema de gigantesca quantidade de processos a congestionar o poder judiciário.

O direito do consumidor figura expressamente em pelo menos quatro preceitos constitucionais permanentes: os arts. 5º, XXXII, 24, inciso VIII, 150, do § 5, e 170, inciso V. O código do consumidor tem fundamento nesses princípios. Trata-se de um compêndio de leis muito popular, e amplamente utilizado pelos operadores do Direito. A base do discurso sobre superendividamento se encontra no CDC, art. 4º, inciso I, que reconhece a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. Essa vulnerabilidade envolve, por exemplo, a falta de conhecimento jurídico, de recursos técnicos, das consequências do inadimplemento ou de informações sobre produtos e serviços. Faltam-lhe informações do pleno direito de liberdade de contratar, informações sobre as taxas de juros impostas em virtude do contrato. Aí se encontra se um vício que viola o direito posto ao consumidor. É preciso evitar o litígio e informar as pessoas antes que se coloquem na condição de endividadas, o que nem sempre é possível.

Quando o consumidor se encontra superendividado, o primeiro choque é a chamada da dívida pelo credor. Essa reclamação pode ser de ordem extra-judicial ou judicial, por meio de uma notificação telefônica ou por carta, e por si só já preocupa. Muitas vezes a notificação extra-judicial chega em tom ameaçador. A ameaça dá conta de uma possível ação judicial, momento em que o processo judicial é mais uma vez utilizado como ferramenta de agressão aos hipossuficientes desconhecedores dos trâmites legais. O processo judicial poderá realmente seguir a notificação, quando então o consumidor terá que prestar contas de sua falta de pagamento. A consequência desse processo poderá ser a exclusão econômica e financeira do endividado, limitando seu acesso a crédito, o que traz consequências negativas para si e sua família, e a longo prazo, para a sociedade.

Estes são os momentos ideais para a entrada em cena da mediação. Mais uma vez o duelo travado não favorece nenhuma das partes. O credor quer a quitação, mas também que o consumidor continue consumindo, e o consumidor quer se livrar do débito com o menor sacrifício possível, em observância do princípio da dignidade da pessoa humana. A mediação é o momento certo para que estes confrontantes expressem suas razões e busquem solucionar conflitos proporcionando a harmonia social e econômica. É a oportunidade de estar à mesa com o representante do credor, o que por si só já é uma conquista, porque abre um canal de comunicação e renegociação entre o credor e o devedor (Bauermann, 2014).

7. A NECESSIDADE DE INTRODUÇÃO DO ENSINO DA MEDIAÇÃO NAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR (IES): UMA DIRETRIZ PROCESSUAL

Os acadêmicos de direito saem da faculdade formados e treinados para litigar. Aprendem técnicas para combater. A ideia é que o bom advogado é o que ganha as causas, não aquele que concilia. Como resultado desta cultura instaurou-se em longo prazo uma crise que dura longos anos até que se pensasse numa solução, que passa por um movimento de conscientização da cultura da pacificação. A solução parte das novas leis, que deverão ter especial atenção a partir de sua entrada em vigor.

A Lei de Mediação e o Novo CPC provocaram uma verdadeira revolução também no que se refere ao ensino superior de direito. A partir dessas novas leis as universidades e faculdades de Direito brasileiras serão forçadas a dar uma atenção especial ao ensino da mediação.

As IES terão que disponibilizar matérias de currículo que abordem a mediação e a conciliação sob pena de terem conteúdos de prática do direito absolutamente desatualizados.

Tomando por conclusão que os meios de solução alternativa de conflitos (e dentro deste universo em especial a mediação) são temas ainda raros entre as matérias do curso de direitos nas universidades brasileiras, não é difícil entender a razão da dificuldade dos recém-formados em direito para atuar em um ambiente que não seja o de solução demandista, adversarial, primando pela utilização do contencioso em todas as situações. Não é parte do cotidiano a disseminação da cultura da paz e da participação. Verifica-se a falta de informação e inserção prática do acadêmico nesse sistema, que poderia ser oferecido por todas as IES do país como forma didática para educar os novos operadores do direito e ajudar a popularização da mediação e ao mesmo tempo desfazer a ideia que a via adversarial não tem concorrência.

Os chamados NPJs (Núcleos de prática jurídica das faculdades de direito) são escritórios de atendimento prático destinados às populações de baixa renda e sua existência é uma imposição do Ministério da Educação e Cultura (MEC). A Portaria do MEC nº. 1886, de 30 de dezembro de 1994, estabeleceu a obrigatoriedade, em todos os cursos jurídicos do país, da criação de núcleos de prática jurídica, destinados ao treinamento de alunos do curso de direito para as atividades profissionais

de advocacia, magistratura, ministério público entre outras, e para atendimento ao público.

Tradicionalmente, atende-se a um cliente (chamado de assistido, por não haver ligação econômica entre faculdade e o atendido) da mesma forma que um advogado atende uma pessoa em seu escritório. Assim, são oferecidas ao público interessado orientações, explicações sobre o funcionamento dos setores da justiça e do processo judicial e também são propostas demandas judiciais.

Na prática, girando a lente em direção ao trabalho do educador e do educado, o que se vê é o seguinte: um acadêmico do curso de direito atende uma pessoa, investiga se essa pessoa tem a hipossuficiência requisitada e depois avalia se aquele assunto pode ser resolvido pelo NPJ. Em caso afirmativo, e também verificando a possibilidade de iniciar uma demanda, a petição inicial é elaborada e o protocolo da mesma é feito junto ao foro competente. Não há, tradicionalmente, espaço para a mediação.

Para piorar, do ponto de vista didático não há um acompanhamento do acadêmico ao processo do início ao fim, de modo que o estudante elabora, por exemplo, uma petição inicial e – salvo raríssimos casos – sairá da faculdade graduado e sem ver qual foi o deslinde judicial do processo a que deu início. Outras peças importantes (recursos, embargos e outras) são normalmente vistos pelo aluno em processos separados. O advento do processo eletrônico, muito mais célere, melhorou essa situação, é verdade, mas não desfez o problema que existe desde que os NPJs começaram a funcionar no país.

Via de conclusão, com o advento das novas leis de mediação e CPC, a mediação foi elevada à condição de prioridade, passando a ser o padrão de norma a ser seguido. O conteúdo programático das IES deverá, portanto, sofrer alterações para abrigar a mediação porque, se esta era antes apenas – no máximo – um programa institucional, a partir das referidas leis passará a ser verdadeiramente uma diretriz processual. Nessa linha de raciocínio, a mediação (e a conciliação, igualmente) não merecem mais ser tratadas como meios alternativos e sim como mecanismos prioritários de resolução de conflitos.

8. CONCLUSÕES

1. A mediação brasileira é consequência da crise:

A mediação, assim como outras formas de solução de conflito, foi incorporada ao catálogo de ferramentas de atuação do poder judiciário em consequência da própria crise que vive. Isto porque, com o passar dos séculos, a ciência do direito foi se desenvolvendo e se infiltrando cada vez mais como a solução à justiça feita com as próprias mãos. Os Estados passaram de Legislativos para Estados de Direito, Estados Sociais e enfim Estados Constitucionais. Com o Estado Constitucional e Social, os alvos passam a ser a efetivação de um catálogo maior de direitos fundamentais e ao mesmo tempo atingir o maior número de pessoas possível para eliminar o abuso de poder dos grupos de agentes políticos dominantes. Institutos primários tomaram novas proporções e o que se viu foi, naturalmente, a expansão dos direitos a um número cada vez maior de pessoas.

Para garantir esse rol de direitos fundamentais era necessário, em primeiro lugar, um direito acessível. O acesso à justiça, portanto, foi (e sempre será) um obstáculo importante a ser superado. Para ultrapassar esse obstáculo, algumas medidas foram determinantes: a justiça gratuita, as defensorias públicas e advocacia dativa, o processo coletivo, e, mais recentemente no direito brasileiro, a concretização de uma política de meios alternativos de solução de conflitos.

Com a maior acessibilidade à perseguição de seus direitos, e aliado a um legado (ultrapassado) de advocacia contenciosa, a população passou a exercer esses direitos de forma desenfreada. Assim, o número de demandas judiciais aumentou de tal forma que ultrapassou a capacidade estrutural organizacional do Estado, cuja máquina responsável pela gerência das ações – o poder judiciário – tornou-se engessado, vagaroso e ineficaz, verdadeiro estandarte da aplicação errada do conceito de justiça. Surge então a pedra no caminho do acesso à justiça: a impotência do poder judiciário para organizar um número extravagante de processos em um país pobre e cheio de desigualdades sociais em vários setores – que precisam de pesado investimento financeiro – que por sua vez é direcionado para cobrir despesas com o judiciário em crise, inchado e doente.

A mediação é, portanto, uma resposta ao desenvolvimento da agressividade e desumanização de nossos dias. É uma proposta de uma nova cultura, pacífica, em que a

solução dos conflitos passa por um facilitador profissional que se serve de técnicas freqüentemente utilizadas por psicólogos. O efeito pedagógico, observe-se, não é o principal objetivo deste expediente: a pacificação merece este crédito. Mas o efeito pedagógico se configura numa importante ferramenta. O uso do diálogo proporciona uma compreensão do problema e dos reais interesses e assim ajuda as partes a acordarem entre si, sem a imposição de uma decisão arbitrária por terceiro, num efetivo exercício de cidadania. Através do diálogo, as partes envolvidas em um conflito evitam recorrer a violência física ou moral. Ao conseguir uma solução pacífica para os conflitos, a mediação também previne a violência e ajuda a criar uma cultura solidária, de paz social. É utilizada de forma a primar pela conscientização dos envolvidos, muito mais do que pelo incentivo ao formalismo e o amor à demanda.

2. A acomodação da sociedade

O número exagerado de ações tramitando no país, contudo, aponta para uma sociedade acomodada porque incapaz de se desvincular da tutelada exclusiva do Estado-juiz. Em suma, a sociedade está habituada a levar seus problemas para serem resolvidos por um juiz, em oposição a resolverem-nos por si mesmas. A cultura da paz, da pacificação social é, portanto, uma necessidade tanto para a sociedade quanto para o Estado.

A tarefa de tentar melhorar esses números foi passada ao CNJ, órgão maior da justiça no país. Uma carta de propostas foi elaborada e a resolução alternativa de conflitos surge como possível resposta. Tarefa árdua se considerarmos a cultura adversarial secular enraizada no povo brasileiro.

3. O uso da mediação no Brasil visa diminuir as demandas e não educar a sociedade para a pacificação social

O CNJ admitidamente implantou a cultura da mediação brasileira para abrandar o aumento de determinadas demandas. Logo, se não houvesse um número tão alto de demandas, não haveria necessidade de implantar tal sistema de forma tão urgente. Educar para pacificar é uma consequência secundária, pois a intenção principal é frear um número crescente de processos.

4. O momento certo para se chegar ao denominador comum: a percepção do justo, o *insight* e a reflexão

Quanto mais afastados estiverem os envolvidos da vontade de solucionar e quanto menos houverem participado do desenvolvimento da estratégia de solução, mais as pessoas sentirão dificuldades e animosidade e assim se distanciam nesse processo, criando algo similar ao que acontece no processo judicial. Quando se aproximam do conflito e ficam face a face, várias nuances entram no jogo: comportamento, expressão facial, atitude de demonstração (ou não) de interesse, postura de negociação entre outras. A análise dos movimentos da outra parte ajuda a provocar um melhor entendimento do caso e assim provoca a reflexão, conscientização, a percepção. Com isso, temos que para Azevedo (2007) e Bacellar (2012) essa conscientização – a percepção do justo – ocorre no momento em que o jurisdicionado adquire tal confiança no sistema a ele exposto que passa a entender a importância social envolvida no seu conflito. Pequenas pinceladas são deixadas em segundo plano, passando a ser mais importante a visão dos envolvidos: há um sentimento menos egoísta e mais altruísta. Tal “momento” dificilmente ocorreria num processo judicial tradicional, pois as partes ficam de tal modo distantes que a barreira criada entre elas não sucumbe, pelo contrário, aumenta. Sendo assim, a cultura da adversariedade, da rivalidade é mais incentivada e o relacionamento só piora. É justamente este o ponto que provoca a pesquisa científica do presente trabalho.

5. A aplicação da mediação é extremamente útil como forma de conduzir as partes à reflexão e facilitar os entendimentos nos casos que envolvam relacionamentos afetivos continuados, como por exemplo a guarda compartilhada e as disputas entre vizinhos. Também nos casos em que uma das partes se encontra em evidente posição de hipossuficiência em relação à outra, a aproximação das duas pela mediação é eficaz, como nos casos de superendividamento.

6. A necessidade de mudança no conceito de justiça

O poder judiciário se presta a resolver conflitos. Se conseguir atingir a justiça, melhor ainda, mas isso não é possível porque jamais saberemos qual é a verdade. Logo o atingimento da justiça é relativizado e sua importância diminuída. Isso é um trabalho feito por humanos para humanos. São pessoas com identidades diferentes em episódios,

acontecimentos e situações diferentes, e não é possível imaginar uma solução única para cada situação, pois a lei é feita para atingir várias situações hipotéticas futuras. Ademais, não é só porque a lei é aplicada que nós homens estamos fazendo justiça. Assim, podemos dizer que a justiça não se encontra nos autos do processo. Não está lá, por mais que se procure. Não se encontra numa sentença, pois o que vemos ali é uma decisão prolatada por uma pessoa eqüidistante das partes, mas que apenas põe fim a um desentendimento. O conceito de justiça deve evoluir para se aproximar da ideia do justo, satisfazer duas partes em disputa sem a interferência da lei ou daqueles que a aplicam/representam.

A partir disso temos que justiça está na sociedade, no espaço-tempo cultural em que vivemos.

Por essas razões a guarda compartilhada é, sem dúvida, um exemplo icônico. Não basta aplicá-la automaticamente em todos os casos, há que se avaliar caso a caso inicialmente e obrigatoriamente com a mediação, com a participação também mandatória de um psicólogo. E é ali, nas relações e no desenvolvimento da compreensão e respeito ao ser humano que podemos refletir e encontrar uma solução mais adequada para todos os conflitos.

7. A nomenclatura imprecisa do poder judiciário

A nomenclatura “poder judiciário”, se não é totalmente incorreta é tecnicamente imprecisa, pois “judiciário” deriva de “justiça” e alcançar a justiça não é o ponto mais importante do processo convencional. Mais próxima da justiça, por seu alvo pacificador, a mediação não pode ser limitada a ser uma parte do processo civil. Correto seria se tivéssemos dois poderes: um poder pacificador, com rito focado na mediação, para aqueles que buscam solução participativa; e um poder litigante, com rito processual, para aqueles que tem participação limitada e interesse em deixar a análise dos fatos para o juiz.

Com o advento da lei de mediação e do novo CPC, e o empenho do CNJ em reformar a opinião pública sobre a mediação, o status alcançado pelos meios alternativos de resolução de conflitos os alça à uma nova condição, que não a de meios alternativos, mas sim a de diretriz processual prioritária e norma padrão em relação à solução de conflitos.

8. A teoria e a prática

A institucionalização da mediação não se faz apenas e tão somente pela previsão normativa. Preocupa, portanto, a efetividade da mediação com o passar do tempo, depois do advento das normas diretrizes da justiça conciliativa (CPC de 2015 e Lei de Mediação), porque as instituições brasileiras são avançadas, muito bem desenhadas e pensadas, mas a execução e acompanhamento para sua concretização poderá não ter o mesmo resultado, eis que existe a necessidade de um acompanhamento extremamente rigoroso , com avaliações periódicas, correções de diretrizes, entre outras medidas para manter o foco e alcançar o sucesso também a longo prazo.

REFERÊNCIAS

Andrade, G. H. B. (2014). *Sobre a mediação familiar*. Recuperado de <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=515>>.

Alvim. Arruda. (2002). *Manual de Direito Processual Civil, v.II*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 457.

Azevedo, A. G. de; Barbosa, I. M. (Orgs.). (2007). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. v. 4. Brasília: Grupos de Pesquisa.

Brasil. Senado Federal. (2015). *Constituição Federal de 1988*. Recuperado de <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

Brasil. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. (2015). Lei nº. 9.307, de 23 de setembro de 1996. *Lei da arbitragem*. Dispõe sobre a arbitragem. Recuperado de <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>.

Brasil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. (2015). Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Código Civil*. Recuperado de <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>.

Brasil. Lei nº. 8.906, de 04 de julho de 1994. (2015). Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Estatuto da Advocacia e da OAB*. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia. Recuperado de <<http://www.oab.org.br/Content/pdf/LegislacaoOab/estatuto-edicao-comemorativa-25anos.pdf>>.

Brasil. Câmara dos Deputados. (2013). *Projeto de Lei nº. 6812/2010*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013. Altera o inciso II do § 2º do art. 77 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, para estender o direito à pensão por morte aos filhos e dependentes até os 24

anos de idade, quando estudantes, e dá outras providências. Recuperado de <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=466328>>

Brasil. Casa Civil. (2015). *Pacto republicano de estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo*. Brasília, 15 de dezembro de 2004. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/Ipacto.htm.

Brasil. Casa Civil. (2015). *II Pacto republicano de estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo*. Brasília, 13 de abril de 2009. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/IIPacto.htm.

Brasil. Conselho Nacional de Justiça. (2014). *Relatório Justiça em Números 2013*. Recuperado de <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/26625-numero-de-processos-em-tramite-no-judiciario-cresce-10-em-quatro-anos>>.

Brasil. Conselho Nacional de Justiça. (2014). *Portaria 16, de 26 de fevereiro de 2015*. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/26625-numero-de-processos-em-tramite-no-judiciario-cresce-10-em-quatro-anos>>.

Abel, M. C. (2015). O *insight* na psicanálise. *Psicologia: Ciência e Profissão*. 23(4). pp. 22-31. Recuperado de <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141498932003000400005&lng=pt&tlng=pt>.

Bauermann, S. (2014). Superendividamento dos consumidores e a atualização do CDC. *Revista de Direito do Consumidor*. (95), 231/252. São Paulo: RT.

Bedaque, J. R. dos S. (2009). *Tutela cautelar e tutela antecipada*: tutelas sumárias e de urgência. 5ed. São Paulo: Malheiros. 472p.

Cabo Verde. Ministério da Justiça de Cabo Verde. (2014). *Guia da mediação: mediação de conflitos.* Recuperado de <<http://www.casasdodireito.cv/admin/imgBD/servicos/mediacaoConflitos.pdf>>.

Cahali, F. J. (2013). *Curso de Arbitragem, mediação e conciliação.* 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 397p.

Cardoso, A. M. P. (2008). O *insight* em psiquiatria. *Fractal: Revista de Psicologia.* v.20. (2) 347-356.

Cappelletti, M.; Garth, B. (2002). *Acesso à justiça.* Porto Alegre: Fabris. 168p.

Cunha, D. F. S. (2016). *O sentido do direito e o sentimento do justo.* Tese de Doutorado em Filosofia do Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo/SP. Recuperado de <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=19079>.

Enam – Escola Nacional de Mediação de Conflitos. (2015). *Apresentação.* Recuperado de <<http://moodle.ceed.unb.br/enam/mod/book/view.php?id=78.%20Acesso%20em%202020/07/2015>>.

Ferreira, A. B. de H. (2010). *Dicionário da língua portuguesa.* 5ed. Curitiba: Positivo. 2222p.

Ferreira, A. B. de H. (1975). *Novo dicionário Aurélio.* Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 960p.

Figueiredo, L. (2013). *História do Brasil para ocupados.* São Paulo: Casa da Palavra. 504p.

Fisher, R.; Ury, W.; Patton, B. (1991). *Getting to yes: negotiating agreement without giving in.* 2ed. United States: Penguin Books. 224p.

Freitas, D. P. (2009). *Guarda compartilhada e as regras da perícia social, psicológica e interdisciplinar - comentários à Lei 11.698, de 13 de junho de 2008.* Florianópolis: Conceito. 126p.

Gabbay, D. M. (2013). *Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA - condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário.* Brasília/DF: Gazeta Jurídica. 356p.

Gomide, P. I. C.; Staut Jr., S. S. (Orgs.) (2016). *Áreas de atuação da psicologia forense - introdução à psicologia forense.* Curitiba: Juruá. 316p.

Gonçalves, C. R. (2006). *Direito Civil Brasileiro.* v.1. São Paulo: Saraiva. 571p.

Gonçalves, M. V. R. (2008). *Novo Curso de Direito Processual Civil.* 4ed. São Paulo: Saraiva. 464p.

Gouilar, L. H. S.; Santos, D. (2015). A obrigatoriedade da mediação incidental à luz da reforma do código de processo civil. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva.* v.10. Recuperado de <<http://npa.newtonpaiva.br/direito/?p=803>>.

Grisard Filho, W. (2007). *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental.* São Paulo: Revista dos Tribunais. 235p.

Habermas, J. (1997). *Direito e democracia: entre faticidade e validade.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 354p.

Kelsen, H. (2005). *Teoria geral do direito e do estado*. 4ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes. 637p.

Kelsen, H. (1997). *O que é justiça?* Trad. Luís Carlos Borges e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes. 404p.

Keppen, L. F. T.; Martins, N. B. (2009). *Introdução à resolução alternativa de conflitos*. Curitiba: JM. 135p.

Lenza, P. (2012). *Direito constitucional esquematizado*. 16ed. São Paulo: Saraiva. 1312p.

Lederach, J. P. (1992). *Enredos, pleitos y problemas: una guía práctica para ayudar a reolver conflictos*. Guatemala: Clara-Semilla. 102p.

Lomba, L. (2015). Nova Lei da Mediação estimula fim da cultura do litígio. *Jornal Gazeta do Povo. Caderno Justiça & Direito*.

Lopes, V. C. (2015). Breves observações sobre os princípios da imparcialidade e neutralidade do mediador: conceituação, importância e alcance prático desses princípios em um processo de mediação. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Ano 4. v.5. Recuperado de <<http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-v/breves-observacoes-sobre-os-principios-da-imparcialidade-e-neutralidade-do-mediador-conceituacao-importancia-e-alcance-pratico-desses-principios-em-um-processo-de-mediacao#topo>>.

Markova, I. S.; Berrios, G. E. (1992). The assessment of insight in clinical psychiatry: a new scale. *Acta Psychiatrica Scandinavica*, [S.l.], v. 86, (2) 159-164.

Martinelli, D. P.; Nielsen, F. A. G.; Martins, T. M. (Orgs.). (2010). *Negociação:*

conceitos e aplicações práticas. 2ed. São Paulo: Saraiva. 268p.

Martins, J. R. (2011). Meios alternativos de tratamento de conflitos - rede de coperacion interuniversitaria para el desarollo y la integracion regional – 2011. *Anais... IV Simposio Iberoamericano en Comercio Internacional, Desarrollo e Integración Regional* – Posadas - Missiones – Argentina.

Mauborgne, R.; Kim, W. Chan. (2005). *A estratégia do oceano azul*: como criar novos mercados e tornar a concorrência irrelevante. Rio de Janeiro: Elsevier. 268p.

Moore, C. W. (1998). *O processo de mediação*. Porto Alegre: Artmed. 368p.

Mella, L. F. B.; Dantas, C. R.; Banzato, C. E. M. (2011). Insight na psicose: uma análise conceitual. *J. Bras. Psiquiatr.* 60(2); 135-140.

Morais, J. L. B.; Spengler, F. M. (2012). *Mediação e arbitragem, alternativa à jurisdição*. 3ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 255p.

Muszkat, M. E. (2005). *Guia prático de solução de conflitos em famílias e organizações*. São Paulo: Summus. 104p.

Muszkat, M. E. (2003). *Mediação de conflitos - pacificando e prevenindo a violência*. São Paulo: Summus. 254p.

Northfleet, E. G. (1994). Novas fórmulas para resolução de conflitos. In: Teixeira, S. de F. *O judiciário e a constituição*. Brasília: Saraiva. 326p.

Official Journal of the European Union. (2014). *Directive 2008/52/Ec of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil*

and commercial matters. Recuperado de <<http://eurex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:EN:PPD>. 24.05.2008>.

República Argentina. Centro de Documentación e Información, Ministerio de Economía y Finanzas Públicas. (2014). *Lei 26.589 de 3 de maio de 2010.* Dispõe sobre mediação e conciliação. Recuperado de: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/165000/169999/166999/norma.htm>>.

Rhode, D. L. (2000). *In the interest of justice: reforming the legal profession.* Nova Iorque: Oxford University Press. 268p.

Rhode, D. L. (2015). Frivolous litigation and civil justice reform: miscasting the problem, recasting the solution. *Duke Law Journal.* v.54. 2004. Recuperado de <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1235&context=dlj>> .

Riskin, L. L. (2016). Understanding mediators - orientations, strategies and techniques: a grid for the perplexed. *Harvard Negotiation Law Review.* 1(7). 1997. Recuperado de <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1506684>.

Rodrigues Júnior, W. E. (2003). A prática da mediação. In: Fiúza, C.; Sá Naves, M. de F. F. de; Oliveira, B. T. (Coord.). *Direito Civil: atualidades.* (293-331). Belo Horizonte: Del Rey.

Sander, F. (2015). The multi-door courthouse: settling disputes in the year 2000. American Bar Association. *Young Lawyers Section.* 1976. Recuperado de <<http://home.heinonline.org/.3Barrister18>>.

Sander, F.; Goldberg, S. (1994). Fitting the forum to the fuss: a user-friendly guide to selecting an ADR procedure. *Negotiation Journal n°. 49 Harvard School.*

Sander, F. E.; Rodzdeiczer, A. (2006). Matching cases and dispute resolution procedures: detailed analysis leading to a mediation-centered approach. *11 Harvard. Negotiation. L. Rev.* v.1 (1).

Sales, L. M. de M. (2003). *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey. 334p.

Sales , L. M. de M.; Sousa, M. A. de. (2011). O sistema de múltiplas portas e o judiciário brasileiro. *Direitos Fundamentais & Justiça*. ano 5. (16). 204-220.

Sales, L. M. de M.; Chaves, E. C. C. (2016). A importância da capacitação do mediador de conflitos: a mediação e a arte de mediar. *Seqüência* (Florianópolis), 2014. (69) 255-280. Recuperado de <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n69/11.pdf>>.

Schopenhauer, A. (1997). *Como vencer um debate sem precisar ter razão em 38 estratégias (dialética erística)*. Tradução de Daniela Caldas e Olavo de Carvalho. Rio de Janeiro: Topbooks. 260p.

Serpa, M. de N. (1999). Mediação e novas técnicas de dirimir conflitos. In: Pereira, R. da C. (Coord.) Repensando o direito de família: *Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey. 355-394.

Santos, R. L. dos. (2009). *Teoria das normas coletivas*. 2ed. São Paulo: LTR. 30p.

Sica, L. (2007). *Justiça restaurativa e mediação penal - o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 309p.

Silva, J. R. da. (2008). *Arbitragem*. 2ed. São Paulo: Malheiros. 202p.

Silva, J. A. da. (2008). *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32ed. São Paulo: Malheiros. 926p.

SIlix, J.F. (2001). *Dinâmica da mediação*. Trad. Águila Arruda Barbosa, Eliana Riberti Nazareth e Giselle Groeninga. Belo Horizonte: Del Rey. 300p.

Spengler, F. M.; Gimenez, C. P. C. (2015). O fórum múltiplas portas e o adequado tratamento do conflito: um estudo de caso – Lagos/Nigéria. *Pensar*. Fortaleza. v20. (1) 106-127.

The Atlantic.com. (2016). *A history of the world's conflicts*. Recuperado de <<http://www.theatlantic.com/technology/archive/2011/09/a-history-of-the-worlds-conflicts-as-mapped-by-google/244499/>>

The Free Dictionary. (2015). *Miller-Keane Encyclopedia and Dictionary of Medicine, Nursing, and Allied Health*. Seventh Edition. 2003. Recuperado de <<http://medical-dictionary.thefreedictionary.com/insight>>.

Theodoro Junior, H. (2004). *Contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense. 304p.

Toaldo, A. M. (2015). Mediação – novo instrumento de acesso à justiça. *Âmbito Jurídico*. Rio Grande. xiv. (95). dez/2011. Recuperado de <http://www.ambitorjuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10919%3E>.

Tourinho Neto, F. da C. (2014). *Processo Penal - vol. 1*. 35ed. São Paulo: Saraiva. 717p.

Tourinho Neto, F. da C.; Figueira Junior, J. D. (2002). *Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais*: comentários à lei 10.259, de 10.07.2001. São Paulo: Revista dos Tribunais. 799p.

Trentin, F. (2015). Métodos alternativos de resolução de conflito: um enfoque pluralista do direito. In: *Âmbito Jurídico*. Rio Grande. xv. (98). mar/ 2012. Recuperado de <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11252&revista_caderno=24>.

Trentin, T. R. D.; Trentin, S. S. (2015). Mediação como um meio alternativo de tratamento de conflitos prevista no novo CPC e na Resolução 125 CNJ. In: *Âmbito Jurídico*. Rio Grande. xiv. (95) dez/2011. Recuperado de <http://ambitojuridico.com.br/site/?artigo_id=10863&n_link=revista_artigos_leitura>.

Maia, R. C. Vieira; Oliveira, V. B. P. de. (2015). *A obrigatoriedade da mediação no Brasil (a mediazione obbligatoria in Brasile)*. Recuperado de <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2175f8c5cd9604f6>>.

Warat, L. A. (1998). *Em nome do acordo: a mediação no direito*. Florianópolis: Almed. 278p.

Warat, L. A. (2004). *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux. 423p.

Watanabe, K. (2005). Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: Yarshell, Z. (Coord.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pelegrini Grinover*. São Paulo: DPJ. 865p.