

A MEDIAÇÃO COMO MEIO ALTERNATIVO DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS

MEDIATION AS AN OPTIONAL SOLUTION TO CONFLICTS

Eduardo Antonio Ribeiro¹

RESUMO

Um dos problemas enfrentados pelos cidadãos na obtenção de decisões judiciais envolvendo conflito de interesses é a elevada quantidade de ações. O inconformismo, alimentado pela cultura de solução de conflitos apenas através de decisões judiciais, faz com que as inúmeras e crescentes demandas tenham sua solução ditada pelo Poder Judiciário através da figura do Juiz. E é nesse culto ao “judicialismo” que surgem os mecanismos alternativos para que a solução dos conflitos não se dê necessariamente sob a interferência judicial. Dessa forma, o objetivo da pesquisa concentra-se nos métodos de aplicação do direito, também denominado processual, onde o surgimento de novas técnicas, dentre elas a mediação, tem se mostrado como meio atual e adequado para solução de controvérsias, sendo possível que as partes determinem qual o melhor direito lhes possa ser praticado. Como metodologia, adotou-se a pesquisa a textos de livros e artigos sobre o tema e sua repercussão no tocante ao aproveitamento para solução dos conflitos. Em termos de produtividade na aplicação do método, verificou-se resultados satisfatórios, especialmente no direito alienígena. Contudo, no Brasil, a sistemática ainda deve ser inserida na cultura dos cidadãos, a fim de que possa atingir objetivos coerentes com a vocação do instituto: promover pacificação dos conflitos independente da intervenção estatal, devendo, para tanto, haver a necessidade de uma mudança na cultura jurídica instalada.

Palavras-chave: Pacificação. Controvérsia. Mecanismos

ABSTRACT

Nowadays, the large number of lawsuits is one of the biggest problems faced by people who seek judicial advice. Non-conformism and the culture of conflict resolution by means of judicial decisions increase the demand by resolutions through Judicial Power. Due to the judicialism phenomenon, alternative proposals have been appearing as ways to solve conflict of interests. Thus, this study aims at analyzing the legal applying principles, also called procedural law. Mediation process has shown to be the most current and suitable practice in solving controversies. Therefore, the parties can reach an agreement without court rulings. Methodology followed the bibliographical survey regarding conflict resolutions. Results showed that mediation process proved to be satisfactory, especially in relation to foreign laws. However, this alternative proposal needs to be systematically incorporated into Brazilian culture, as well as into its legal system, to achieve a coherent purpose: promoting conflict resolutions without State intervention.

Keywords: Pacification. Controversy. Mechanisms

¹ Docente FATEC Botucatu. Av. José Ítalo Bachi, s/n. Jardim Aeroporto. Email: edunadia@uol.com.br

1. INTRODUÇÃO

O Estado atraiu para si o monopólio da função jurisdicional, possibilitando, de forma ampla, o acesso ao Poder Judiciário.

Especialmente nos últimos anos, ocorreu o que se denomina popularização do Judiciário, com os cidadãos passando a sentirem-se mais protegidos, mantendo uma relação mais próxima com este Poder, impulsionado pela facilidade de acesso à informação em grande parte resultante dos avanços e da democratização da tecnologia.

Como consequência, houve um considerável aumento no número de demandas, havendo a necessidade de que normas disciplinassem a tentativa de acelerar a prestação jurisdicional, citando como exemplo o artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que elevou à garantia constitucional a entrega da prestação jurisdicional de forma célere.

Referido inciso foi acrescentado à Constituição Federal, por força da Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004 (BRASIL, 2004), proclamando um ideal que é a solução dos processos judiciais e administrativos em tempo razoável (MACHADO, 2014).

No entanto, tais esforços, de origem legislativa, encontram vários obstáculos, tais como a complexidade das demandas, seu elevado número, insuficiência de material humano e tecnológico, dentre outros.

Surge, então, os denominados meios alternativos para solução de conflitos, cuja aplicação tem sido de relativo sucesso nos países que a adotaram como mecanismo de aceleração para a solução das controvérsias.

Nessa perspectiva, ferramentas como mediação, arbitragem, conciliação, comissões de conciliação, passam a ser importantes instrumentos para tanto. Tais ferramentas estão incluídas nas chamadas “ondas renovatórias do direito”, encontrando esteio na terceira onda, cujo enfoque é o acesso à justiça, através da instituição de novas técnicas processuais (YAGHSISIAN; FREITAS; CARDOSO, 2018). No que diz respeito às outras duas ondas, a primeira ocupa-se da assistência judiciária aos pobres, estando relacionada com aspectos econômicos e a segunda concentra-se na representação dos interesses difusos em juízo (CAPPELLETTI; GARTH, 2002).

A mediação, objeto deste estudo, surge como um dos métodos de maior importância, motivado pela possibilidade de que a construção do mediador não requer necessariamente conhecimentos jurídicos ou formação específica nesta área, embora seja necessário que para a atuação o mediador seja graduado a pelo menos dois anos em curso de ensino superior de

instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e a obtenção de capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, conforme dispõe o artigo 11, da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015 (BRASIL, 2015).

Este trabalho tem como objetivo identificar a importância do instituto para a sociedade, por seus objetivos e abrangência de sua aplicação, constituindo-se mais um recurso disponível para a solução de conflitos.

Sua importância está na possibilidade de que as controvérsias também possam ser solucionadas fora do ambiente judicial, proporcionando maior celeridade e dinamismo à solução das questões debatidas.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 A Mediação

Embora em seu terceiro decênio, a Constituição Federal de 1988 ainda representa um avanço para a sociedade, notadamente em decorrência da considerável oferta de direitos que emergem de seu texto.

Se por um lado essa amálgama proporciona a compensação de uma deficiência existente em nosso sistema judiciário, especialmente no tocante ao acesso à justiça e ao tempo de entrega da prestação jurisdicional, cuja consequência é uma maior facilidade de acesso ao poder constituído com a atribuição de solucionar conflitos, por outro acaba afugentando esses mesmos potenciais usuários, uma vez que o aumento da procura por direitos acaba levando o Judiciário a consumir maior tempo para às suas resoluções.

Tal aspecto tem levado a classe jurídica à procura de soluções para atenuar essas nuances, que acabam por criar uma contradição, pois à medida que o Estado, detentor do monopólio da Justiça, coloca-se a disposição estimulando os jurisdicionados à solução dos conflitos, nem sempre dispõe de material humano e técnico para um eficaz atendimento.

Nesse aspecto, partindo de uma análise doutrinária, a mediação surge como um importante método de solução de conflitos, onde nem sempre as resoluções das questões estarão afetas ao Poder Judiciário.

2.2 Previsão legal

Em termos legislativos a mediação encontra previsão no Novo Código de Processo Civil – Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 e na Lei nº 13.140, de 26 de dezembro de 2015.

No Código de Processo Civil a previsão se encontra disciplinada nos artigos 3º, §3º; 319, VII; 334 e §§, 359 (BRASIL, 2015).

Contudo, se conceitualmente a matéria é a mesma, as legislações não se confundem. A previsão no Código de Processo Civil prestigia a mediação no transcurso de um processo judicial, cujo momento oportuno para sua ocorrência, será após o recebimento da petição inicial, mas antes da contestação (art. 334, CPC); já a prevista na Lei nº 13.140/15, trata da ocorrida na fase extrajudicial, cujo procedimento é específico para esse fim.

2.3 Da evolução do direito

O direito, aqui analisado como indispensável mecanismo regulador do convívio social, tem no aspecto conservador uma de suas características, justificada pelo apego a situações já estabelecidas e no fato de que as alterações legislativas decorrem de alguma significativa modificação no comportamento social.

Ou seja, com a transformação de algum ponto das relações sociais, torna-se necessário a criação, modificação ou alteração da legislação.

Historicamente, exemplificamos com a lei de talião, a legislação escrita mais antiga da humanidade e cujo sistema de distribuição do direito permitia uma retaliação do cidadão – “olho por olho dentre por dente”, sendo a sanção traduzida em uma pena na mesma proporção do dano causado. Sua forma, em tempo remoto, vez que a lei tem origem por volta do ano de 1700 a. C., acabou sendo transformada por Jesus, que diz em Matheus 5,38-42: “ouviste o que foi dito: olho por olho e dente por dente. Eu, porém, vos digo: não resistais ao homem mau; antes, àquele que te fere na face direita oferece-lhe também a esquerda; e aquele que quer pleitear contigo, para tomar-te a túnica, deixa-lhe também o manto; e se alguém te obriga a andar uma milha, caminha com ele duas. Dá ao que te pede e não voltes as costas ao que te pede emprestado”.

Ainda que de forma breve, essas palavras reproduzem a retórica de que o direito está em constante evolução e demonstram, já no limiar da civilização, as mutações decorrentes de novas práticas sociais.

Todavia, em tempos modernos, a jurisdicionalização fez com que o Estado passasse a ser o centro das atenções no tocante à distribuição da justiça, abnegando às promiscuas formas de distribuição do direito e avocando o poder que lhe é inerente, tendo a sociedade descoberto o Poder Judiciário como verdadeiro conduto de cidadania e a figura do Juiz como guardião das promessas constitucionais (SALOMÃO; SANTOS, 2012).

No direito brasileiro, crescem formas que procuram ser mais práticas, afastando a justiça convencional, na qual todas as questões devem ser levadas ao conhecimento de um juiz, que exporá sua análise e definirá o direito através de um ato chamado sentença.

Essas novas propostas, sem desconsiderar a autoridade judicial, trazem outros mecanismos onde a distribuição da justiça não está vinculada à existência de um litígio a ser resolvido pelo Poder Judiciário, em que pese a previsão do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que subsidia o princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional.

Nesse sentido, pode-se dizer, como o faz o Ministro Luís Felipe Salomão (2015), que as “soluções extrajudiciais representam o avanço do processo civilizatório da humanidade, que, de maneira consciente, busca mecanismos de pacificação social eficientes”.

Coerente com essa nova proposta, se é que assim podemos chamá-la, ou evolução, novas formas de solução dos conflitos surgem como possibilidade de aplicação do direito, como ocorre com a mediação.

2.4 Da mediação como fase pré-processual

Trata a mediação, segundo KOVACH; LOVE (2004, citado por TARTUCE, 2015, p. 146), de um dos métodos de solução consensual dos conflitos, sendo que sua fundamentação tem origem na Universidade de Havard, quando o Prof. Frank E. A. Sander, em 1976, apresentou estudo com a intenção de ampliar o acesso à justiça denominado “*multi-door courthouse*” – Tribunal de muitas portas, no qual o tribunal poderia receber demandas por mecanismos distintos, pois além do processo judicial tradicional haveria os meios alternativos, tais como arbitragem, conciliação e mediação. Apenas em último caso, o problema seria resolvido pelo sistema judicial.

Seguindo esse exemplo, pode-se dizer até de forma exitosa, a Argentina possui um sistema de resolução alternativa através da mediação, no qual a tentativa de conciliação tornou-se obrigatória, sendo uma condição para o ajuizamento de um processo judicial, ou

seja: antes de ajuizar uma ação o cidadão deverá demonstrar ter passado pela fase conciliatória extrajudicial.

O Brasil, de uma maneira tímida e limitada, utiliza mecanismo semelhante não no tocante a prévia exigência de passar pela fase de mediação, mas no tocante a prévia exigibilidade de ingresso administrativo para que eventualmente se possa ter por reconhecida a controvérsia, justificando a utilização da via judicial, como nos casos em que exige-se prévio ingresso administrativo para o ajuizamento de ações no tocante a concessão de benefícios de natureza previdenciária.

Por outro lado, também temos no país experiências de aproximação que não prosperaram, como a que em determinado momento condicionou o acesso à Justiça do Trabalho, a prévia passagem pelas Comissões de Conciliação, caso na localidade da prestação dos serviços esta tenha sido instituída no âmbito da empresa ou sindicato da categoria, conforme art. 625-D, §2º, da CLT (BRASIL, 2000).

No território brasileiro, a mediação possui regramento próprio, previsto na Lei 13.140, de 26.12.2015 (BRASIL, 2015), sendo um “meio consensual de abordagem de controvérsias em que um terceiro imparcial atua para facilitar a comunicação entre os envolvidos para propiciar que eles possam, a partir da percepção ampliada dos meandros da situação controvertida, protagonizar saídas produtivas para os impasses que os envolvem” (TARTUCE, 2015).

Logo, a mediação, que no Brasil não se traduz em condição para o ingresso judicial, não implica na imposição de uma decisão, mas um meio consensual de solução dos conflitos, onde uma pessoa neutra e preparada apontará alternativas para a solução da divergência.

2.5 Mediação e conciliação

Esta técnica de solução dos conflitos, até pela proximidade, acaba nos remetendo ao instituto da conciliação, uma vez que ambas possuem como pontos comuns a participação de um terceiro imparcial; promoção da comunicação em bases produtivas; não imposição de resultados; busca de saídas satisfatórias e o exercício da autonomia privada na elaboração da busca de solução para os impasses (TARTUCE, 2015).

Mas, entre ambas, existe sensível diferença:

“Na conciliação, o objetivo é o acordo, ou seja, as partes, mesmo adversárias, devem chegar a um acordo para evitar um processo judicial. Na mediação as partes não devem ser entendidas como adversárias e o acordo é a consequência da real comunicação... Na

conciliação o conciliador sugere, interfere, aconselha. Na mediação, o mediador facilita a comunicação, sem induzir as partes ao acordo” (SALES, 2004).

Dessa forma, desde logo se destaca a importância da comunicação no processo de mediação, aqui entendida como mecanismo de retomada do diálogo entre as partes divergentes, requisito indispensável para que o procedimento possa se desenvolver de forma eficaz.

2.6 Mediação e arbitragem

Conforme Carmona (1993), a arbitragem, de inspiração romana, é uma técnica para solução de controvérsias, na qual a solução do conflito será atribuída pelas partes envolvidas a um árbitro, desprovido de poder estatal, mas cuja decisão possui força vinculativa e com eficácia de sentença judicial.

Em nosso direito, assim como a mediação, a arbitragem também conta com legislação própria, estando disciplinada na Lei 9.307/96.

2.7 Vantagens da mediação

Feitas essas breves distinções em relação aos institutos, importa ponderar que a adoção de meios alternativos para a solução dos conflitos vem sendo uma tendência (DINAMARCO, 2013), estimulada, dentre outros, pelos problemas enfrentados pelos Poder Judiciário e pelo elevado custo para o acesso à justiça.

Dentre as vantagens, no tocante a mediação extrajudicial, menciona a doutrina a obtenção de resultados rápidos, confiáveis, econômicos e ajustados às mudanças tecnológicas em curso, ampliação de opções ao cidadão, possibilidade de aperfeiçoamento do sistema de justiça estatal, redução do número de processos em curso e interação produtiva entre os indivíduos na busca de uma saída para a solução do conflito (TARTUCE, 2015), além, é claro, de constituir-se em título executivo extrajudicial ou judicial, conforme seja ou não homologado pelo juiz, a teor do artigo 20, da Lei nº 13.140/15 (BRASIL, 2015).

É que, em não havendo o cumprimento do pactuado por ocasião da audiência de mediação, poderá o credor, em se tratando de obrigação, promover uma ação autônoma de execução de título extrajudicial ou nos casos dos títulos judiciais requerer o imediato cumprimento da sentença.

Corroborando o quanto exposto, escreve Marcio Vianna (2009), que frequentemente a mediação é mais econômica, mais ágil e mais eficaz que o processo judicial. Seu uso é contraindicado quando não há possibilidade de reaproximação entre os interessados.

Por outro lado, Paulo Afonso Brum Vaz (2015) em artigo publicado eletronicamente, elenca como desvantagens, o pequeno número de câmaras de mediação, a falta de conscientização, não divulgação dos resultados positivos e satisfatórios obtidos e a falta de divulgação. Tartuce (2015) menciona a deletéria privatização da justiça, falta de controle e confiabilidade de procedimentos, exclusão de certos cidadãos e relegação ao contexto de uma justiça de segunda classe, como desvantagens dessa forma de mecanismo alternativo.

2.8 Características da mediação:

SOUZA (2004) aponta como característica da mediação as seguintes:

- a) Voluntariedade: mediador é indicado ou aceito pelas partes;
- b) Confidencialidade: diz respeito ao dever de sigilo, uma vez que as partes não têm conhecimento das informações descobertas pelo mediador;
- c) Flexibilidade: mediador tem liberdade para ditar regras do processo (pode definir local, cronograma, tipo de reunião etc.)
- d) Participação ativa: as partes realizam acordo sem delegar ao mediador a tomada de decisões. Além de conseguir uma composição as partes devem reatar as relações.

2.9 Conflito social e jurídico

Com efeitos marcantes na sociedade brasileira, a grande oferta de direitos proporcionada pela Constituição Federal de 1988, nos levou a uma abertura do Poder Judiciário.

Ou seja, a previsão de que nenhuma lesão ou sua ameaça deixará de ser apreciada por aquele Poder popularizou-se, levando-o a tornar-se não apenas o aplicador da lei, mas também o conciliador, o mediador, o protetor, valendo todos os métodos para a busca da solução dos conflitos.

Inegavelmente, no transcurso dos anos, desde a promulgação do texto constitucional, percebeu-se sem medir sua eficácia, que o Estado protetor passou a ser mais presente, colocando-se como principal meio para dirimir todas as controvérsias surgidas no meio social.

No entanto, se sob o aspecto jurídico a questão passou a contar com uma regulamentação promissora, sob o aspecto prático isso nem sempre ocorre, colhendo-se como resultado uma justiça que tem se voltado contra o elevado número de demandas, buscando, nessa concepção, novas formas de solucioná-las, onde as alternativas encontradas nem sempre são compatíveis com o escopo anunciado pelo texto constitucional.

Dessa forma, encontramos um judiciário pouco aparelhado para a solução do elevado número de conflitos sociais que lhe são propostos, uma vez que essa aproximação tem um inegável conteúdo político inclusivo, em detrimento, inclusive, de uma sociedade construída em bases sólidas de reconhecimento prático e social de seus direitos e deveres.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo procurou analisar os avanços da legislação processual, notadamente no que diz respeito a utilização da mediação como forma de debate e solução para as questões controvertidas.

Com fundamento legal através do Código de Processo Civil e da Lei nº 13.140/15, a mediação tem se apresentado como um importante método de solução dos conflitos, de baixo custo e elevada possibilidade de resultado, uma vez que seus atores são as partes envolvidas no litígio.

Todavia, a cultura jurídica brasileira ainda é a de buscar a solução das controvérsias através do Poder Judiciário, já esgotado pelo elevado número de demandas apresentadas para resolver, o que resulta em morosidade, gastos e a participação de inúmeros envolvidos.

A experiência, inclusive verificada pelo direito alienígena, tem demonstrado que a mediação como método alternativo de solução de conflitos tem conseguido em cada experiência reduzir as demandas levadas ao judiciário, permitindo decisões de melhor qualidade e soluções em um menor tempo.

Contudo, somada à mudança legislativa, a comportamental também deve passar a ocupar um maior espaço, reconhecendo-se nos métodos alternativos a possibilidade de se alcançar resultados positivos do ponto de vista jurídico, econômico e social.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição (1988), **Capítulo I, DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS**, Art. 5º, LXXVIII. Disponível em:

<<http://www.planalto.gov.br/ccivi03/constituicao/constituicao.htm>> Acesso em 24 de jul. 2019.

_____. Constituição (1988), **Emenda Constitucional n° 45, de 30 de dezembro de 2004**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivi03/constituicao/constituicao.htm>> Acesso em 24 de jul 2019.

_____. Lei n° 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, Brasília, DF, jun 2015. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccil03/ato2015-2018/2015/lei/113140.htm>> Acesso em 24 de jul 2019

_____. Constituição (1988), Capítulo I, **DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS**, Art. 5°, XXXV. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivi03/constituicao/constituicao.htm>> Acesso em 24 de jul. 2019.

_____. Lei n° 9958, de 12 de janeiro de 2000. **Altera e acrescenta artigos à Consolidação das Leis do Trabalho**, Brasília, DF, jan 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9958.htm> Acesso em 24 de jul. 2019.

_____. Lei n° 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil, Brasília, DF**, mar 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em 24 de jul. 2019.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução e Revisão: Ellen Gracie Northfleet. Sergio Antonio Gabris Editor. Porto Alegre, 1988, reimpresso em 2002. 59p.

CARMONA, Carlos Alberto. **A arbitragem no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993. 166p.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013. 304p.

MACHADO, Costa. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha (org.). **Constituição Federal Interpretada**. Manole. Barueri-SP, 5ª ed., 2014, 1400p.

SALES, Lilia Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, 334p.

SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação Judicial, extrajudicial e falência**: Teoria e Prática. Rio de Janeiro: Forense, 2012, 287p.

SALOMÃO, Luís Felipe. **O marco regulatório para a mediação no Brasil**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI221467,101048O+marco+regulatorio+para+a+mediacao+no+Brasil>>. Acesso em: 01 jul. 2015.

SOUZA, Zoraide Amaral de. **Arbitragem, conciliação e Mediação nos conflitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2004, 76p

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. Método. São Paulo. 2015. 372p.

VAZ, Paulo Afonso Brum. **Lei de mediação e conciliação tem pontos positivos e algumas falhas**. Disponível em: www.conjur.com.br/2015-jul-03/paul-vaz-lei-mediacao-pontos-positivos-algumas-falhas?imprimir=1. Acesso em: 23.07.2019.

VIANNA, Marcio dos Santos. **Mediação de conflitos: Um novo paradigma na Administração da Justiça**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 71, dez 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6991>. Acesso em jul 2018.

YAGHSISIAN, Adriana Machado; FREITAS, Gilberto Passos; CARDOSO, Simone Alves. **Mediação**: instrumento de cidadania e participação. Santos: Leopoldianum, 2018, 116p.