

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

LAYANE DIAS SANTOS

A MEDIAÇÃO FAMILIAR ENQUANTO INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA

São Luís

2015

LAYANE DIAS SANTOS

**A MEDIAÇÃO FAMILIAR ENQUANTO INSTRUMENTO DE ACESSO À
JUSTIÇA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a. Valéria Maria Pinheiro Montenegro

São Luís

2015

LAYANE DIAS SANTOS

**A MEDIAÇÃO FAMILIAR ENQUANTO INSTRUMENTO DE ACESSO À
JUSTIÇA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: / /

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Valéria Maria Pinheiro Montenegro (Orientadora)
Universidade Federal do Maranhão

(Examinador)
Universidade Federal do Maranhão

(Examinador)
Universidade Federal do Maranhão

Santos, Layane Dias.

A mediação familiar enquanto instrumento de acesso à justiça /
Layane Dias Santos. — São Luís, 2015.

56 fls.

Orientador: Valéria Maria Pinheiro Montenegro.

Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Maranhão, Curso
de Direito, 2015.

1. Mediação familiar. 2. Acesso à justiça. 3. Solução de conflitos. 4.
Direito de família. I. Título.

CDU 347.61:347.965.42

A Fernando Sousa, meu amigo, que acreditou na minha vida desde que me conheceu. Acreditou tanto, que hoje vivo por nós dois.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelos sonhos que cativou no meu coração, e pela força invisível e intensa que eu sempre senti.

À minha mãe, Conceição, pelo amor incondicional e abdicação total de si, por mim.

Ao meu namorado, André Targon, por ser o amor da minha vida.

À Virgínia e Maurício, pela amizade verdadeira.

Aos companheiros de caminhada do curso de Direito da UFMA, e do PROJETO MEDIANDO.

A toda minha família, avó, tias, tios, primas e primos, em especial à Tia Sadica, cujas lembranças se confundem com toda a minha vida, e que hoje, nos aplaude dos céus.

A todas as pessoas que praticam o bem, o meu muito obrigada.

“O Cristo não pediu muita coisa, não exigiu que as pessoas escalassem o Everest ou fizessem grandes sacrifícios. Ele só pediu que nos amássemos uns aos outros.”

Chico Xavier

RESUMO

Atualmente, o Poder Judiciário enfrenta problemas significativos no que tange, dentre outros aspectos, à proximidade entre os tribunais e a sociedade em geral, principalmente no que cabe aos conflitos que envolvem relações familiares e que, por essência, carecem de maior dedicação daquele a quem é confiado o poder de decidir. A morosidade judiciária estimulou valiosos estudos a respeito do acesso à justiça, passando este a ser vislumbrado por uma ótica que ultrapassa os sentidos fechados e tradicionais, sob uma visão, portanto, para além das paredes de um gabinete de juiz. Nesse tendão, uma dentre as diversas medidas sugeridas para a resolução do problema da morosidade, foi a análise e aprimoramento dos métodos alternativos de solução de conflitos, com destaque para a mediação familiar. Dito isso, o presente trabalho monográfico, a partir da abordagem histórica de construção do conceito de acesso à justiça, analisando os métodos alternativos de resolução de conflitos em geral e suas principais características, e mais especificamente a mediação familiar no atual cenário brasileiro. O objetivo central é, pois, analisar em que medida a mediação familiar atua enquanto instrumento eficaz de acesso à justiça. Trata-se de uma tentativa de contribuição para o embasamento teórico a respeito dos MASC's, principalmente com relação à capacitação de mediadores, profissionais do direito e de outras áreas das ciências sociais e humanas, haja vista que se trata de ambiente interdisciplinar, estudantes, Câmaras de Mediação, e a própria comunidade em geral. Busca-se transformar o Direito de Família tradicional, inovando-o, fazendo-o acompanhar as inovações perante as mudanças advindas no cenário atual da sociedade brasileira. O número de processos que tramitam atualmente no judiciário brasileiro é amedrontador, e o descrédito na justiça pelo povo brasileiro cresce na mesma escala.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Meios alternativos de resolução de conflitos. Mediação familiar.

ABSTRACT

Currently, the judiciary faces significant problems regarding, among other things, the proximity between the courts and society at large, especially when applicable to the conflicts involving family relationships and that, in essence, require greater dedication from whom it is entrusted with the power to decide. Judicial delays stimulated valuable studies on access to justice, with this being glimpsed by an optical surpassing closed and traditional way, in a vision, therefore beyond the walls of a judge's office. This tendon a tooth the various measures suggested to solve the problem of delays was the analysis and improvement of alternative methods of conflict resolution, especially family mediation. That said, this monograph from the historical approach of building the concept of access to justice, analyzing alternative methods of conflict resolution in general and its main features, and more specifically family mediation in the current Brazilian scenario. The main objective is therefore to analyze the extent to which family mediation acts as an effective means of access to justice. It is an attempt to contribute to the theoretical basis about the MASCS's, particularly regarding the training of mediators, rights workers and other areas of social and human sciences, given that it is interdisciplinary environment, students, Chambers Mediation, and the community in general. The aim is to transform the traditional family law, innovating it, causing it to follow the innovations before the resulting changes in the current scenario of Brazilian society. The number of processes currently proceed through the Brazilian judiciary is daunting, and the discrediting justice by the population grows at the same scale.

Keywords: Access to justice. Alternative means of conflict resolution. Family mediation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE ACESSO À JUSTIÇA	14
2.1 As “ondas” do Acesso à Justiça.....	17
2.1.1 A primeira “onda” do acesso à justiça: a assistência judiciária para os pobres.....	18
2.1.2 A segunda “onda” do acesso à justiça: representação dos interesses difusos.....	21
2.1.3 A terceira onda: uma nova concepção de acesso à justiça.....	24
3 OS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS COM ENFOQUE PARA A MEDIAÇÃO	27
3.1 Os meios alternativos de resolução de conflitos	27
3.1.1 Negociação.....	29
3.1.2 Conciliação.....	30
3.1.3 Arbitragem.....	32
3.2 Conceito de Mediação	35
3.3 A Mediação no Brasil e no mundo	37
4 DA MEDIAÇÃO FAMILIAR	42
4.1 O conceito de Mediação Familiar.....	43
4.2 A insuficiência do Poder Judiciário na resolução de conflitos familiares.....	47
4.3 Mediação Familiar como instrumento de acesso à Justiça.....	49
5. CONCLUSÃO	51
REFERÊNCIAS	54

1 INTRODUÇÃO

Sob o contexto do mundo globalizado hodierno, vivencia-se significativos avanços em várias áreas, principalmente as relacionadas à comunicação, velocidade, vencimento de fronteiras físicas do espaço e do tempo, isto é, melhorias que possibilitam a interação entre as pessoas.

Ocorre que, trata-se de um fenômeno que também produz outros resultados, diferentes e até mesmo advindos das melhorias supra, advindos do fortalecimento do capitalismo e fortalecimento do neoliberalismo.

Sob o império da competitividade e individualismo entre os sujeitos, as pessoas começaram a dedicar-se cada vez mais aos seus trabalhos, e aos seus individualismos.

Não se presencia mais na sociedade moderna as relações de amizade entre vizinhos, familiares, amigos, etc.

O Brasil, país subdesenvolvido que é, com a sua maioria populacional sob sérias dificuldades financeiras, completamente absorvidos pelas horas de trabalho em prol de sua sobrevivência e de sua família, o problema a falta de convivência e relações interpessoais se agrava.

Ocorre que, essa ausência de diálogo, combinada com o foço social brasileiro, fomenta o individualismo entre as pessoas, que partem a preocupar-se tão somente com o seu próprio bem-estar pessoal, que pagam o preço alto por isso.

Esse tipo de comportamento transforma qualquer tipo de desentendimento em um verdadeiro vulcão, resultando em graves brigas, e até crimes.

A falta de participação política das pessoas mais pobres também é uma grave consequência do cenário atual brasileiro de egocentrismo, uma vez que disponibilizam todo o tempo que têm à sua sobrevivência e de sua família. Oprimidas pelo sistema, essas pessoas facilmente

enfraquecem, e deixam de participar da vida política de seu bairro, sua cidade, seus Estado, e país.

Destarte ainda que o Poder Judiciário é visto pela maioria como o único instrumento capaz de solucionar as controvérsias advindas das demandas sociais.

Ocorre que, hodiernamente, o Poder Judiciário padece de uma crise, em razão de sua morosidade, descumprindo, portanto, sua finalidade constitucional de prestar a tutela jurisdicional em tempo hábil aos jurisdicionados.

É sob esse prisma que a Mediação surge como meio de resolução de conflitos. Instrumento que resgata o diálogo, possibilitando a resolução eficaz do problema apresentado pelas partes, através de um terceiro confiado pelos mediados, além de preservar a continuidade de uma relação amistosa entre as pessoas envolvidas no conflito.

Dessa forma, a mediação familiar assume um importante papel nesse contexto de atraso e despreparo do judiciário, haja vista sua contribuição no tratamento adequado de problemas familiares que estão para além de questões pecuniárias, que podem ser dirimidos sob uma simples análise mais aprimorada de contratos ou da legislação vigente e pertinente ao assunto, bem como estudos jurisprudenciais, etc.

Os conflitos familiares, a seu turno, carecem de mais atenção e dedicação daquele a quem é atribuída a função de solucionar ou de assistir as partes a solucioná-los. São questões íntimas, que envolvem os mais variados tipos de sentimentos e sensações que um ser humano pode sentir.

Atualmente, no Maranhão, existe a iniciativa Mediando (Conselho e Resolução – Mediação de Conflitos), que, atualmente, com sede na Universidade Federal do Maranhão – UFMA, no Prédio Casa da Justiça, do campus do Bacanga, onde alunos do curso de direito, sob supervisão técnica, já desenvolvem laboratórios de sessões de mediação, e a demanda é, em sua maioria, de casos de família. Neste ponto, cabe esclarecer que o interesse desta autora sobre o presente tema advém de

sua participação ativa no MEDIANDO, inclusive por presidi-lo a 3 (três) anos, desde o ano de 2012.

Como se pode perceber, apesar do potencial da mediação, que é incontestável, o desenvolvimento da Mediação Familiar no Brasil, e, especialmente no Maranhão, trata-se de uma novidade, inclusive na própria legislação, uma vez que a lei da mediação foi sancionada recentemente, dia 29 de junho de 2015, até o presente momento sob *vacatio legis* e só entrará em vigor 6 (seis) meses após sua publicação. A própria pesquisa científica sobre o tema ainda é inicial.

Diante do quadro preliminarmente explanado, pretende-se a análise do instituto da mediação enquanto instrumento eficaz de Acesso à Justiça. Direcionando-se os estudos às perspectivas teóricas sobre a mediação familiar que vêm sendo elaboradas e publicadas sob os limites estruturais e culturais do Brasil e do Maranhão.

2 DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE ACESSO À JUSTIÇA

O Poder Judiciário é palco de uma séria crise de efetividade. Atualmente, o Estado Moderno possui a função de dirimir conflitos interindividuais, isto é, abrange a capacidade de solucionar os conflitos que envolvem pessoas, cuja decisão se dá sobre as demandas apresentadas, e ao final, impõe sua decisão. Trata-se, pois, do instituto da jurisdição, cuja finalidade é a pacificação do Estado.

Hoje, portanto, prevalece o conceito de *Estado Social*, isto é, a função essencial dada ao Estado é a promoção da realização dos valores humanos, trata-se do *bem-comum* da *pacificação com justiça*.

Com o advento da integração global econômica, social, cultural e política, as demandas judiciais foram apresentando um grau de complexidade cada vez mais significativo, e a cultura jurídica padeceu sobre uma crise de superlotação. Frise-se que os países subdesenvolvidos são os mais afetados.

O Poder Judiciário é um dos três clássicos poderes do Estado, com o intuito primeiro de proporcionar a efetivação do Estado Democrático de Direito. Trata-se daquele cuja função é a proteção da Constituição da República Federativa do Brasil, que alberga em sua redação valores e princípios fundamentais.

Trata-se de uma crise de eficiência do Poder Judiciário, observado seu viés positivista e inflexível, que por vezes pode refletir na própria descrença do cidadão comum que o procura diante de um litígio.

A conflitualidade é, ainda, a essência dos instrumentos tradicionais de resolução de conflitos, de modo que os conflitos por eles tratados geram para as partes um sentimento de inconformismo perpétuo, onde, mesmo que o resultado seja alcançado através de um meio dito conciliatório, este não se parece a essência, vez que os próprios operadores de tais instrumentos não possuem, por vezes, intimidade e preparo para a aplicação de métodos alternativos. A homologação de decisões assim pode significar tristeza para as partes e sensação de perda.

Sob o problema acima esclarecido a respeito do cenário atual de crise pelo qual passa o sistema judiciário, surgiram muitas propostas de

soluções foram apresentadas, resultando no que se convencionou em chamar de “acesso à justiça”.

Sobre o conceito de acesso à justiça, cabe a acertada lição de Cappelletti e Garth (1998, p.8):

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

O conceito de acesso à justiça transmuda-se de acordo com os aspectos históricos e culturais de cada tempo. Na antiguidade clássica, já havia medidas de ampliação do acesso dos cidadãos à justiça, observadas suas limitações. Em Atenas, na Grécia, nomeavam-se, anualmente, dez advogados para realizarem a defesa em juízo dos pobres.

A Idade Média também foi palco de iniciativas com o fim de assegurar a assistência jurídica aos mais necessitados, mas essa com um contão mais cristão e caridoso. Na França medieval, a exemplo, possuía um sistema no qual determinava-se o patrocínio gratuito das pessoas pobres em juízo.

Nos estados liberais dos séculos XVIII e XIX, por exemplo, tratavam do acesso à justiça por um condão individualista dos direitos, isto é, o significado restrito e formal de propor e contestar uma ação.

Sob essa óptica, o Estado permanecia inerte, no sentido de que, por se tratar de direitos naturais, ou seja, direitos preexistentes ao próprio Estado, cuja preservação não exigia do Estado qualquer ação ativa, e este, por suas vez, não se inteirava sobre a desigualdade fática entre as pessoas quando no momento de defender seus direitos.

A então chamada justiça só podia ser exercida por aquele que possuíam capacidade financeira para arcar com seus custos, e eram os únicos responsáveis pelos seus resultados. Tratava-se, portanto, de uma mercadoria.

No entanto, já no século XX, essa sociedade burguesa desenvolveu-se, cresceu e tornou-se complexa. As relações sociais começaram a revestir-se de um perfil mais coletivo, o significado dos direitos humanos começou a ser

alvo de mudanças, configurou-se, mais especificadamente, o chamado *Welfare State* (Estado de Bem-Estar Social). Elencados exemplificadamente no preâmbulo da Constituição Francesa de 1946, os direitos e deveres sociais do governo foram reconhecidos como necessários ao efetivo e igual acesso à justiça para todos.

Trata-se aqui de direitos relativos à saúde, ao trabalho, segurança e educação. Isto é, para que o acesso à justiça deixasse de ser desigual em razão da disponibilidade econômica das partes, tornou-se pacífica a necessidade de atuação positiva do Estado. Cabe esclarecer a importância de tal evolução nas palavras de Cappelletti e Garth (1998, p.12):

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

De fato, as teorias socialistas insurgentes do pós I Guerra Mundial, a crise de 1929 nos Estados Unidos da América, além das lutas setoriais de categorias tradicionalmente oprimidas, fizeram com que o Estado passasse a intervir com o fito de assegurar a qualidade de vida da população e a efetivação de seus direitos.

A partir de então, a Europa e a América do Norte debruçaram-se sobre uma série de medidas a fim de propiciarem meios eficazes que fossem capazes de possibilitar aos pobres a assistência jurídica de forma gratuita.

Neste momento cabe uma ressalva no sentido de que, apesar dos esforços supra mencionados, vale esclarecer que se tratou aqui de uma garantia de acesso à justiça apenas formal, uma vez que os serviços de assistência eram prestados por advogados partícipes de tal sistema. e sob uma roupagem caritativa, resultando na ineficiência do sistema.

Sobre isso, em 1919, na Alemanha, o governo elaborou um programa mediante o qual o Estado pagava os advogados que prestassem assistência jurídica aos pobres. A Inglaterra, a seu turno, criou em 1949 o *Legal Aid Advice Scheme*, onde os advogados prestavam assistência e aconselhamento jurídico gratuitos.

Essa busca pelo acesso à justiça eficaz e igualitário tomou maior envergadura somente na década de sessenta, que passou a abranger todo o mundo Ocidental, tendo como um dos principais movimentos de ampliação o Projeto Florença, que analisou os principais obstáculos ao acesso igualitário à justiça, além das práticas que já vinham sendo adotadas até então.

Além desse e a partir dele, Mauro Cappelletti e Bryant Garth elaboraram a conhecida classificação das soluções para os obstáculos do acesso à justiça em “ondas”, bem como propuseram uma maior abrangência para seu conceito, menos formalista, levando em consideração questões para além da preocupação com a representação em juízo.

Essa obra, vanguardista por excelência, tornou-se um marco teórico para o estudo das questões que versem sobre o acesso à justiça, com influência sobre legisladores no mundo inteiro. Pelo exposto, adotar-se-á no presente trabalho as categorias de Cappelletti e Garth (1998) para o tratamento das soluções práticas aos problemas de acesso à justiça.

Ao final deste tópico é necessário esclarecer que o contexto sócio-político brasileiro no períodos dos movimentos de acesso à justiça no mundo impediram o país de produzir estudos ou medidas a esse respeito, com tímidas exceções, como é o caso da Lei nº 1.060/50.

Melhor dizendo, enquanto os países vanguardistas europeus e norte-americanos debruçavam-se na busca de métodos eficazes de acesso igualitário à justiça, o Brasil estava acometido pela sobra ditatorial, palco de exclusões político-sociais dos cidadãos, que tiveram, por consequência, seus direitos ignorados. Prova disso é que, a obra de Cappelletti e Garth, já conhecida no mundo pela sua importância no tema, só teve sua versão resumida e traduzida publicada no Brasil em 1988.

Por isso, as medidas adotadas pelo Direito Brasileiro de acesso à justiça só serão abordadas neste trabalho (de modo exemplificativo) a partir do tópico posterior, que tratará sobre as “ondas”.

2.1 As “ondas” do Acesso à Justiça

Trata-se dos métodos de solução propostos pelos países ocidentais, a partir de 1965 com o propósito de resolver os problemas de efetividade do

acesso verificados a partir do Projeto de Florença, citado anteriormente. Pode-se afirmar que a adoção de tais soluções se deu basicamente de forma cronológica.

A primeira onda diz respeito à assistência jurídica direcionada aos pobres, tais como os métodos de contratação de advogados para prestarem assistência judiciária gratuita, explanados acima. A segunda onda, por sua vez, diz respeito às reformas tendentes à representação jurídica para os direitos difusos. A última onda, a seu turno, é uma junção das duas primeiras, e sugere uma nova perspectiva.

Passaremos agora a uma análise mais detalhada de cada uma das ondas, analisando os obstáculos identificados por Cappelletti e Garth, e, posteriormente, sobre as principais métodos no Ocidente e no Brasil.

2.1.1 A primeira “onda” do acesso à justiça: a assistência judiciária para os pobres

As primeiras providências tomadas pela maioria dos países ocidentais giraram em torno da proporção do acesso à justiça aos desafortunados. Para tanto, é esclarecedora uma breve análise da necessidade do advogado para o êxito de tal finalidade. O advogado é dono de um papel muito importante para com a sociedade, haja vista a prestação de verdadeira função social, assegurar os direitos das pessoas que a ele creditam suas pretensões, agindo em consonância com os demais órgãos encarregados dessa prestação.

Nas sociedades modernas, devido à complexidade das questões que se apresentam em juízo, o papel do advogado configura-se como essencial diante de tão complexas interpretações de lei e burocracias para a própria propositura de uma ação. Desse modo, métodos elaborados para a facilitação responsável do acesso à justiça aos mais necessitados é matéria pertinente.

Reconhecida a necessidade de métodos de acesso à justiça em prol da igualdade de possibilidades, os instrumentos propostos nesse começo, e não apenas nele, apresentaram falhas.

Isto porque, em sua maioria, a assistência judiciária gratuita era prestada por advogados particulares sem previsão de qualquer contraprestação pecuniária, em verdade, na sociedade baseada pela economia, os profissionais mais competentes dedicavam-se àquelas causas cuja contraprestação lhes fosse garantida.

A ineficiência desses métodos, portanto, foi inevitável, isto é, o Estado reconheceu que precisava intervir para garantir o direito dos mais pobres, mas não tomou as medidas acertadas para isso.

Além do caráter de atividade de caridade, a promoção de acesso à justiça na primeira onda enfrentou também o problema do estabelecimento de muitas regras e limites para a efetiva habilitação das pessoas a serem assistidas.

Essas lacunas nos modelos de assistência judiciária gratuita nos países ocidentais foram paulatinamente percebidas, e sofreram reforma até imediatas, pelo menos como é o caso da Alemanha e na Inglaterra.

A primeira elaborou um sistema remuneratório para os advogados em troca da prestação de assistência judiciária, assistência essa abrangente a todo aquele que a procurasse.

Na Inglaterra, a reforma começou em 1949, com um estatuto que criou a *Legal Aid and Advice Scheme*. Esse esquema de assistência compensava tanto o aconselhamento jurídico quanto assistência judiciária. Nesse caso, havia algumas limitações, mas já era o início dos movimentos para superar os programas caridosos.

Nos últimos 12 (doze) anos a questão da assistência judiciária ocupou prioridade na agenda de reformas judiciárias. Nas palavras de Cappelletti e Garth (1998, p.35):

Os sistemas de assistência judiciária da maior parte do mundo moderno foram, destarte, grandemente melhorados. Um movimento foi desencadeado e continuou a crescer e, como veremos, excedeu até mesmo as categorias da reforma da assistência judiciária. Antes de explorar outras dimensões do movimento – e sem dúvida para ajudar a esclarecer a lógica dessas dimensões ulteriores – precisamos acompanhar as principais realizações, assim como os limites dessa primeira grande onda da reforma.

A essência desse tópico diz respeito aos obstáculos encontrados pelas pessoas pobres ao procurarem a guarida judiciária para resolverem suas lides, e essa foi a razão dos esforços empreendidos pelo movimento de acesso à justiça. No início, adotaram-se dois sistemas básicos de atuação: o sistema *Judicare* e o sistema de advogados remunerados pelos cofres públicos (*salaried staff lawyers*).

O primeiro sistema consistia na remuneração de advogados particulares a cargo do Estado, afim da proporção igualitária do acesso à justiça. Desse modos, os litigantes de poucas condições financeiras pudessem valer-se da mesma representação judicial que as pessoas com mais vantagens financeiras teriam ao acionarem a Justiça.

O sistema acima sublinhado foi adotado por países como a Alemanha, Áustria, França, Inglaterra e Holanda. Foi um avanço significativo, entretanto, padeceu de limitações quando da sua aplicação.

O *Judicare* não abrangeu aspectos preventivos, logo, as entravas culturais não foram ultrapassadas, isto é, nada mudou com relação à falta de conhecimento dos indivíduos, que continuaram a desconhecer quando deviam acionar a Justiça em prol da efetivação ou segurança de seus direitos.

Além disso, esse sistema também não fora projetado para lidar com conflitos coletivos, tratando apenas de causas relativas a direitos individuais.

O segundo sistema, advogados remunerados pelos cofres públicos, surgiu nos Estados Unidos. Foi um avanço, se comparado com o sistema anterior, mas era completamente dependente do governo, institucional e financeiramente. Logo, os conflitos cujo polo passivo era o próprio Estado, o acesso à justiça aos pobres demonstrava-se incompatível.

Em razão dos objetivos e das falhas apresentadas nos dois sistemas acima explanados, alguns países passaram a adotar um sistema misto, com ambas as características, tendo o cidadão a opção de escolher. A Suécia, Canadá, Austrália, Holanda e Grã-Bretanha adoram essa postura.

No Brasil o efetivo acesso à justiça por parte das pessoas pobres também foi alvo de importantes providências, uma das mais significativas foi a edição da Lei da Assistência Judiciária Gratuita (Lei nº 1.060/50), recepcionada, inclusive, pela Constituição Federal do Brasil de 1988. Esta Lei

representou um avanço significativo da seara aqui abordada para Brasil. A redação dada ao seu art. 4º dada por outra lei (7.510/86) é vanguardista:

Art. 4º. A parte gozará d's benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.

Além da Lei de Assistência Judiciária Gratuita, no Brasil, no que tange ao contexto da primeira “onda” do acesso à justiça, foi a criação dos Juizados de Pequenas Causas, advindo da Lei nº 7.244/84, que atualmente são regulados pela Lei nº 9.099/95, e são denominados Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Estes foram elaborados com a finalidade de atender, de forma rápida e pouco onerosa, conflitos cujas soluções podem ser alcançadas por qualquer cidadão, independentemente de sua condição financeira. Tudo isso sob a ótica de uma justiça para todos.

No Brasil, apesar e após os dois instrumentos citados anteriormente – Lei de Assistência Judiciária Gratuita e Juizado de Pequenas Causas – foi a promulgação da Constituição Federal da República Federativa do Brasil em 1988, que trouxe em seu bojo um espaço significativo em prol do acesso à justiça, adotando inclusive o conceito de “assistência jurídica integral e gratuita”, com abrangência maior que as denominações trazidas pelas Constituições anteriores.

Além dessa, a CRFB/88 previu a criação das Defensorias Públicas (art. 134), que também denota um importante avanço sobre o tema, na medida em que possibilitou, de fato, ao cidadão hipossuficiente a possibilidade de contar com consultas jurídicas, bem como representação judicial junto ao Poder Judiciário, sem o comprometimento de seu sustento ou de sua família.

2.1.2 A segunda “onda” do acesso à justiça: representação dos interesses difusos

O segundo foco, não completamente ultrapassado o primeiro, foi direcionado à atenção dos interesses difusos. Estes são transindividuais, isto é,

estão para além da esfera dos problemas individuais de cada um. Aqui, a satisfação tem que abranger toda uma coletividade indeterminada, mas ligada de alguma forma por um fato ou uma circunstância.

Esta onda trouxe o enfoque sobre óticas tradicionais básicas relativas ao processo civil, e sobre a própria função dos Tribunais. Sob este segundo contexto percebeu-se um movimento mundial a respeito do que ficou conhecido como “direito público”, decorrente do surgimento de políticas públicas direcionadas a um grande número de pessoas.

Essa situação trouxe novas reflexões à institutos do direito civil, tais como a citação e o próprio direito de defesa. Isso porque, por tratar de um número significativos de agentes e de direito indivisíveis pela própria natureza. Isto porque, não há, por exemplo, sensatez na exigência do comparecimento em juízo de todas as pessoas interessadas na qualidade do ar que respiram.

De modo que a decisão seja capaz de satisfazer os interesses efetivos de todos os membros de um grupo, independentemente de serem ou não ouvidos em sua totalidade.

O próprio conceito de coisa julgada careceu de reinterpretação, uma vez que seus efeitos, em sede de direitos difusos, não poderiam restringir-se apenas àqueles que compareceram em juízo.

Trata-se aqui do chamado efeito *erga omnes*, isto é, abrangendo a todos, inclusive aos que não participaram diretamente do processo.

No que coube ao Ministério Público a respeito das medidas de ampliação da legitimidade ativa em prol da tutela dos direitos difusos, percebeu-se o obstáculo da complexidade do assunto, o que inviabilizou seu êxito, na medida em que o pleito de novos direitos carece, para seu êxito, de conhecimentos que extrapolam o horizonte jurídico.

Vale dizer que o Ministério Público, atualmente, vem se especializando com zelo para o eficaz tratamento das inovações sociais. Outros métodos, entretanto, diante da ausência de conhecimento técnico por parte do Ministério Público sublinhada anteriormente, surgiram com o fito de atender representar a reivindicação desses direito caracterizadores da segunda “onda”.

Nos Estados Unidos, por exemplo, foram criadas verdadeiras agências públicas especializadas no assunto aqui abordado, mas que também

padeceram em razão de serem advindas e mantidas pelo próprio Estado, com o resultado previsível de abalo à efetiva defesa dos direitos difusos e coletivos.

A legislação de diversos países também passou por série de adaptações no que tange à possibilidade de entidades não estatais possuírem a legitimidade de compor em juízo, e em nome de uma categoria, o polo ativo das ações que versassem sobre direito coletivo.

No Brasil, podemos apontar a denominada Ação Popular, apresentada pela Constituição Federal de 1934, e regulada pela Lei nº 4.717/65, com alcances ampliados pela Constituição Social Federal de 1988.

A Ação Popular, em breves palavras, e sem nenhuma pretensão de exaurir o tema, não vislumbra apenas a garantia de direitos fundamentais, ela vai além, trata-se de um valioso instrumento de efetiva participação política por parte dos cidadãos em defesa do patrimônio público, da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico-cultural.

Depois dela, em 1985, outro instrumento valioso surgiu na legislação brasileira, foi a Ação Civil Pública, através da Lei nº 347/85, também recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

Esta ação, chamada pelos doutrinadores de “remédios constitucionais” possui caráter público, e visa amparar o meio ambiente, o consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, bem como qualquer outro interesse indivisível, seja ele difuso ou coletivo.

Aproveita-se o momento para explicar que, ao referirmo-nos a direitos difusos, estamos lidando com interesses cujos titulares são indetermináveis. Os interesses coletivos, por outro lado, referem-se a um determinado grupo ou categoria, determinável. Ambos, destarte, indivisíveis.

Apesar de todos esses avanços, foi a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, que incluiu o Brasil no cenário de países comprometidos com a tutela dos interesses difusos e coletivos dos cidadãos.

Prova disso é o Mandado de Segurança Coletivo, que possui as mesmas finalidades dos individuais, mas permitem a tutela coletiva do direito líquido e certo que por ventura esteja padecendo. O instituto da substituição

processual também é um grande exemplo, editada no art. 8º, inciso III da Carta Magna Brasileira.

Dessa forma, até aqui, analisou-se que, nos séculos XVIII e XIX vislumbrou-se um Estado Liberal de Direito, isto é, um Estado desprovido de atitudes positivas, passivo, baseado em direitos exclusivamente individuais.

Essas condições provocaram, já no século XX, o que se convencionou em chamar de Estado Social de Direito, firmado na intervenção estatal sobre os direitos econômicos, sociais e culturais, ainda com resquícios individualistas, entretanto.

Sob esse quadro, esses direitos precisavam de expansão, carecia de uma abrangência cada vez maior, para mais categorias, até culminarem no reconhecimento dos direitos coletivos e difusos.

2.1.3 A terceira onda: uma nova concepção de acesso à justiça

As duas ondas anteriores versaram sobre a proporção da assistência judiciária aos pobres e à tutela de direitos coletivos e difusos, ambas com o objetivo do tão almejado acesso à justiça.

Os avanços advindos dos movimentos debelados naquelas fases são de importância inegável, haja vista os valiosos instrumentos de albergue de interesses para além da esfera individual, bem como das alternativas institucionalizadas de possibilitar ao desafortunado o patrocínio de seus litígios em juízo, sem comprometer seu sustento ou de sua família.

Ocorre que a terceira onda vai mais além, é um novo olhar sobre o acesso à justiça. Nas palavras de Cappelletti e Garth (1998, p.67):

Essa “terceira onda” de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, *mas vai além*. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos “o enfoque do acesso à Justiça” por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em trata-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso.

Desse modo, deu-se o fortalecimento dos chamados meios alternativos de solução de conflitos, e desses, a mediação é uma espécie muito especial, uma vez que se por um lado reduz a quantidade de demandas que

chegam aos tribunais, bem como os instrumentos peculiares que são utilizados diante de questões que possuem características e dinâmicas próprias.

No Brasil, pode-se tratar, quando se fala de métodos alternativos de solução de conflitos, da Lei nº 9.099/95, que instituiu no país os Juizados Especiais, sob uma essência principiológica direcionada à resolução de litígios de maneira mais célere e informal. O art. 2º desta Lei é claro:

O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

O acesso à justiça denota a provocação do Estado em busca de seu exercício jurisdicional, diante da necessidade de solucionar uma lide, em tempo hábil, sem prejuízo aos litigantes. Entretanto, a real situação do Poder Judiciário e suas demandas é incompatível com tal ideologia.

Dito isto, conclui-se pela existência de um verdadeiro contraste no interior do Ordenamento Jurídico. Isto porque, de um lado, a Constituição Federal aprecia que nenhuma lesão ou ameaça de lesão deixará de ser apreciada pelo Poder Judiciário.

Nesse diapasão, a concepção dos Juizados Especiais possui a finalidade genuína de assegurar direitos envolvidos em questões de menos complexidade, dando-lhes solução jurisdicional rápida, e garantindo o acesso à justiça.

Os problemas procedimentais, técnico, materiais e subjetivos tratados até aqui são muito preocupantes no sentido de desenvolverem um solo fértil para demandas intermináveis. Essa situação gera reflexos nocivos desde o postulante, passando pelo requerido, no que tange ao desgaste material e psicológico, mas também, e principalmente, tem potencial de gerar descrença dos cidadãos nessa tão buscada tutela jurisdicionais de direitos a eles garantidos.

Fala-se aqui, portanto, não apenas da mera possibilidade de levar uma determinada demanda em juízo, mas sim de, além de conseguir levá-la, acreditar e ter a garantia de um resultado eficaz, célere, e pacífico.

Outro instrumento forte em prol da efetivação do acesso à justiça foi a Emenda Constitucional nº 45 de 2004.

Essa Emenda é razão de mudanças significativas em sede do Poder Judiciário, especificamente no ramo do Direito do Trabalho, ampliando, por exemplo, sua competência. Tal presunção se extrai do art. 114 da CFRF/88, conforme redação abaixo.

Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Mais especificamente sobre o tema aqui tratado, a Emenda supra, que ficou conhecida como a “Reforma do Judiciário”, trouxe o chamado “princípio da celeridade processual”, com a implementação do inciso LXXVIII no art. 5º da Constituição Federal, que determina:

5º [...]:
LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Além da previsão o dispositivo supra mencionado, o legislador elaborou métodos importantes em prol do cumprimento dos preceitos fundamentais através da via infraconstitucional, a exemplo do conteúdo do art. 7º da Emenda ora sob comento, que tratou da criação de uma comissão especial mista, instalada pelo Congresso Nacional.

Por todo o exposto, conclui-se que, apesar de subdesenvolvido, o Brasil, ao longo de sua história legislativa recente, já demonstra providências concretas e significativas a respeito da efetivação do acesso à justiça igualmente disponível a todos os cidadãos.

3 OS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS COM ENFOQUE PARA A MEDIAÇÃO

Feitas as devidas considerações sobre a evolução histórica do conceito de justiça, baseadas centralmente na abordagem de Cappelletti e Garth, analisadas as principais características da primeira, segunda e terceira “onda”, o presente trabalho passa para a abordagem dos meios alternativos de resolução de conflitos, peculiares à última “onda”, que foi de enfoque ao conceito de Justiça.

Passaremos ao tratamento dos meios alternativos em geral, abordando cada um deles, com enfoque no conceito da mediação, e seus reflexos no Brasil e no mundo.

3.1 Os meios alternativos de resolução de conflitos

No início desse tópico é necessário esclarecer um conceito e distinção, propriamente dita, sobre os dois tipos de meios de resolução de conflitos. Quais sejam: os heterônomos e os autônomos.

Os primeiros dizem respeito a presença da imposição de um terceiro quando da solução de conflitos, cuja decisão vincula as partes. Aqui se trata do sistema jurisdicional, onde o Estado possui o monopólio do poder, de dizer a razão.

Outro meio acentuado e heterônimo de resolução de conflitos é a Lei n.º 9.307 de 23 de setembro de 1996, Lei de Arbitragem. Nesta, as partes sob litígio elegem um terceiro imparcial, que possui conhecimento técnico específico relacionada ao assunto de que trata o conflito. O árbitro também tem o poder de decisão, assim como o juiz, gerando uma obrigação de fazer às partes.

Cabe lembrar que, conforme explanado em capítulo anterior, o sistema jurisdicional encontra-se atualmente fadado à morosidade, esgotado pela significativa gama de demandas levadas até ele.

Nele não há qualquer tipo de crivo do que realmente cabe exclusivamente à tutela jurídica, bem como daquilo que não precisa chegar até ela, mas sim, ao contrário, e mais coerente, ser tratado em outro ambiente, em

outro momento, com outras estruturas, ou melhor, sem tantas estruturas. De forma simples, desentranhada, desmistificada.

A arbitragem, a seu turno, é um meio de solução heterônomo e alternativo de solução de conflitos.

Sobre os métodos autônomos podemos citar a autotutela, a autocomposição, e os próprios meios alternativos de resolução de conflitos. Na autotutela, os conflitos eram dissolvidos com base na força, é a lei dos mais fortes. Era por meio de que as civilizações primitivas lidavam diante de suas lides, isto porque não existia, à época, um Estado maior capaz de exercer a jurisdição.

A autocomposição, a seu turno, refere-se à desistência de uma das partes daquilo que pretende, existe também a possibilidades de ambas as partes abdicarem reciprocamente.

Os meios alternativos de solução de conflitos também compõem o quadro de meios autônomos, exceto a arbitragem, onde as partes possuem autonomia e não há a imposição de um terceiro cuja decisão vincule os litigantes.

Feitas as devidas iniciações sobre os tipos de meios de resolução de conflitos, tratar-se-á agora dos meios alternativos. Pois bem, o Estado é o pacificador da sociedade, e tem a função exclusiva para o estabelecimento de normas. Trata-se da denominada Jurisdição, que se dá quando o Estado intervém diante de uma pretensão resistida.

Cabe esclarecer que a Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º garante o direito de ação ao indivíduo, isto é, a parte provoca o Estado, que é inerte e só age quando estimulado, para que este passe a compor o conflito e decida ao final, produzido coisa julgada, de forma imparcial.

Destarte que, como dito anteriormente, o Estado tem a função de albergar e agir nas demandas que a ele forem apresentadas, de forma a assegurar a efetivação da prestação jurisdicional, da qual os indivíduos têm direito. Entretanto, atualmente, essa competência não é realizada com sucesso.

O cenário atual de esgotamento do poderio estatal, no que tange à resposta jurisdicional a ele creditada, é considerado uma verdadeira crise do Poder Judiciário.

Com o aumento demasiado das demandas levadas à sua intervenção, bem como a ausência de um crivo de matérias, isto é, falta de conscientização social e institucional de que determinadas lides podem e devem ser resolvidas fora da seara jurídica, a capacidade resolutive do Estado caiu no assombroso terreno do descrédito popular.

A tão conceituada Justiça e seu acesso sofrem de descrédito e desesperança.

Como explanado em oportunidade anterior, diante do formalismo e burocracia, além da desigualdade do acesso à justiça, no Brasil e no mundo os estudiosos debruçaram-se sobre essa questão, donde advieram algumas providências significativas como o patrocínio de advogados para os menos favorecidos, a possibilidade de assistência judiciária gratuita para as pessoas pobres sem prejuízo de seu sustento e de sua família, a criação do Juizados Especiais, dentre outras.

O próprio Código de Processo Civil, por sua vez, deixa transparecer o seu objetivo de promover a conciliação entre as partes litigantes, conforme se vislumbra na redação de seu art. 125, inciso IV que prevê:

Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:
I - assegurar às partes igualdade de tratamento;
II - velar pela rápida solução do litígio;
III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça;
IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

3.1.1 Negociação

A negociação é um dos meios mais íntimos do dia-a-dia da sociedade em geral em busca da resolução de conflitos. Ela depende exclusivamente das partes a fim de produzir um resultado que satisfaça a ambas. É preciso que, para a realização de uma negociação, haja a prática da cooperação, da confiança, da intenção de resolver o problema, portanto.

Esses instrumentos utilizados na negociação devem visar um acordo criterioso, eficiente e que seja capaz de recuperar, se já perdida, a relação entre os litigantes, ou mesmo de fazê-la permanecer, apesar do conflito eventual. Nas palavras de Vasconcelos (2008, p. 36):

É lidar diretamente, sem a interferência de terceiros, com pessoas, problemas e processos, na transformação ou restauração de relações, na solução de disputas ou troca de interesses. A negociação, em seu sentido técnico, deve estar baseada em princípios. Deve ser cooperativa, pois não tem por objeto eliminar, excluir ou derrotar a outra parte. Nesse sentido a negociação (cooperativa), dependendo da natureza da relação interpessoal. Pode adotar o modelo integrativo (para relações continuadas) ou o distributivo (para relações episódicas). Em qualquer circunstância busca-se um acordo de ganhos mútuos.

Esse instrumento, conforme será melhor percebido no decorrer das considerações sobre os demais métodos, diferentes nestes, não possui a presença de um terceiro imparcial, capaz de intervir ou facilitar o entendimento entre as partes.

Essa característica, por vezes, podem inclusive produzir a falha da negociação, uma vez que os litigantes, envolvidos de diferentes sentimentos, e em diferentes intensidades, podem não serem capazes de agir com cautela, restando por fim em um acordo, onde uma das partes opta por perder mais, em razão de um sentimento maior, seja a pressa, o medo, ou o próprio desconhecimento. Por isso a importância de um terceiro, imparcial e conhecedor dos fatos, apto a conduzir de forma justa a negociação.

A negociação é palco de muitas técnicas, entretanto, por não configurar objeto central do presente estudo, tais técnicas não serão exploradas em suas minúcias.

Não atingindo um resultado satisfatório através da negociação, há possibilidade de utilização dos equivalentes jurisdicionais a seguir apontados, quais sejam, a conciliação, a mediação ou a arbitragem.

3.1.2 Conciliação

Trata-se de um meio autocompositivo, isto é, conforme explicado anteriormente, as partes abdicam reciprocamente de sua pretensão, em todo ou em parte.

A Conciliação é um meio alternativo de solução de conflitos que possui características capazes de fazê-la confundir com a própria mediação, que será tratada em momento posterior.

Desse modo, cabe esclarecer que na conciliação o conciliador pode fazer intervenções evidentes, sugerir possíveis acordos, o que não ocorre no âmbito da conciliação, onde o mediador é, em verdade, o facilitador da comunicação fértil entre as partes.

Sobre a conciliação Vasconcelos (2008, p. 39) esclarece:

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

A conciliação pode ser judicial ou extrajudicial, isto é, ela pode ser instaurada a partir de um processo, ou representar uma alternativa para impedir a instauração de um processo judicial.

Vale dizer ainda que o próprio Código de Processo Civil e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) impõem a realização da conciliação, dando-lhe verdadeiro caráter de fase processual, onde o Juiz assume o papel de conciliador, sob pena de nulidade do processo se não realizada.

Trata-se da assistência de um terceiro, que não possui o poder de produzir uma decisão vinculante sobre os vinculantes. O conciliador participa ativamente do processo de conciliação, sugerindo, mostrando possíveis possibilidades, visando um acordo entre as partes, bem como a satisfação das mesmas.

A conciliação é autocompositiva, o conciliador é um profissional habilitado, munido de técnicas negociais, assistindo as partes conflitantes em prol de um bom acordo.

Ocorre que, a conciliação, quando judicial, é passível de ineficácia. Isto porque, se é judicial, significa que já existe um processo judicial, já existe um sentimento de animosidade entre os litigantes, e por vezes, a relação não é estabelecida.

A própria falta de capacitação do conciliador, ou mesmo o seu objetivo quantitativo pode resultar num acordo que não é satisfatório a ambas as partes.

3.1.3 Arbitragem

Trata-se aqui de um instrumento de solução de controvérsias alternativo. Onde as partes buscam tal solução, através de um terceiro, denominado árbitro, mediante uma sentença imposta por este, isto é, diferentemente da conciliação e da mediação, na arbitragem as próprias partes não agem autonomamente.

Essa sentença é vinculante às partes, e não há possibilidade de apresentação de recursos como nos procedimentos jurídicos, com exceção das situações em que se pede esclarecimentos ou retificações de erros materiais.

É importante esclarecer que só são passíveis de resolução através da arbitragem conflitos que versem necessariamente sobre direito patrimonial disponível. Tal disposição é estabelecida, no Brasil, pela Lei de Arbitragem, Lei nº 9.307/96 em seu artigo 1º.

Na arbitragem, existe a possibilidade de um único terceiro ocupar o papel do árbitro, bem como a possibilidade de formar-se um tribunal composto por mais de um árbitro, que geralmente são formados por um grupo de três pessoas, mas pode ser em número maior desde que seja em número ímpar.

Por Vasconcelos (2008, p. 40):

A arbitragem é um instituto do Direito. É prevista em leis e convenções internacionais, com destaque para a Convenção de Nova York, de 1958. Aqui no Brasil a norma básica sobre arbitragem é a Lei 9.307/2006 ("Lei Marco Maciel"). As pessoas podem optar pela solução das suas disputas por intermédio da arbitragem. Neste caso, o papel do terceiro, diferente no que ocorre na mediação, não será mais o de facilitar o entendimento – embora na dinâmica do processo arbitral isso sempre seja possível e recomendável -, mas o de colher as provas, argumentos e decidir mediante laudo ou sentença arbitral irrecorrível.

Além disso, é importante explicar que, segunda a lei supracitada, qualquer pessoa capaz pode ser árbitro, desde que possua a confiança das partes sob litígio. Isto é, não há condições específicas legais a respeito da qualificação de um árbitro.

Destarte ainda que, ao optarem pela submissão ao juízo arbitral, as partes automaticamente renunciam à possibilidade de valerem-se da seara judiciária com relação àquela situação específica.

Sobre a sua constitucionalidade Nilton César Antune da Costa esclarece:

“A constitucionalidade da arbitragem decorre da ideia básica da desmistificação do monopólio da justiça em mãos do Estado-Juiz, haja vista que a atividade jurisdicional não é de sua exclusividade, *v.g.*, quando o Senado Federal julga o Presidente da República por crime de responsabilidade [...]” (COSTA, 2006, p. 42)

A Arbitragem possui a vantagem de que às partes é possibilitada a capacidade de escolherem seu julgador ou julgadores. Julgadores estes que denotam confiabilidade, e também, apesar de não haver qualquer exigência legal a respeito da capacitação dos árbitros, por vezes, estes são escolhidos pelas partes a partir do seu nível de conhecimento da matéria, experiência e outros critérios que são levados em consideração.

Por outro lado, e tão importante quando a possibilidade de escolha do julgador ou julgadores pelas partes, é a celeridade com que se realiza os procedimentos arbitrais, o que se torna evidente diante da sua comparação com os procedimentos judiciais.

A esse respeito a própria lei de Arbitragem, no teor de sua redação, determina que o processo arbitral não deve ultrapassar seis meses contados da sua instauração, com a possibilidade das próprias partes, os árbitros e os próprios regulamentos internos das Câmaras Arbitrais disporem de modo contrário. Independentemente disso, sempre haverá necessidade de se fixar o termo final do processo arbitral, afastando o risco de se eternizar o processo.

Isso se dá devido ao fato de, dentre outros, o julgamento do processo arbitral se dá em uma única instância, em regra, sem apresentação de recursos por nenhuma das partes conforme explanado anteriormente.

Uma instância recursal no processo arbitral não se demonstra necessária vez que, como explanado em oportunidade anterior, as partes escolhem pessoas que, além de deterem suas confianças, são capacitadas

sobre o assunto específico de que verse o litígio, pessoas (árbitros) estas que se dedicam ao estudo minucioso das questões relacionadas ao conflito.

Trata-se, portanto, de um processo enxuto, pragmático, e é, ao mesmo tempo abrangente. Isto porque se amplia a questões que perpassam pelo Código de Processo Civil, procedimentos cartoriais, que, fatalmente careceriam de diversos requisitos burocráticos.

Ocorre que, na arbitragem, foca-se exclusivamente na resolução do conflito, prezando pela informalidade em prol da solução da controvérsia.

Cabe esclarecer, que, apesar da informalidade, não há risco de transigência dos direitos materiais das partes, sempre sob a observância dos parâmetros constitucionais.

Além das vantagens citadas anteriormente, o cumprimento espontâneo das decisões pelas partes é notória vantagem.

Essa vantagem também advém do fato de que o árbitro foi escolhido pelos litigantes e que estes confiam no conhecimento técnico do escolhido sobre o assunto, submetendo-se voluntariamente às suas decisões.

A confidencialidade também consiste numa vantagem importante da arbitragem. Embora não se tenha na Lei de Arbitragem a exigência de um procedimento arbitral confidencial ou sigiloso, existe uma reserva de publicidade, inclusive determinados por convenções de arbitragem, bem como pelas mais respeitadas instituições de arbitragem.

Além da confidencialidade, existe ainda a economicidade no procedimento arbitral, vez que não há pagamento de custas por muito tempo, sendo, portanto, menos dispendioso às partes, além das variações que existem de um caso para o outro diante da possibilidade de cada instituição pode adotar uma tabela de custas e honorários, sendo que a verba honorária devida aos árbitros pode sofrer mudanças também em razão do número de árbitros escolhidos pelas partes.

Depois de analisadas todas essas questões, as vantagens advindas da escolha da arbitragem para dirimir os conflitos relativos a direitos disponíveis são inquestionáveis.

Por fim, mas não taxativamente, outra valiosa vantagem da arbitragem é a manutenção de um bom relacionamento, apesar de a razão ter que ser conferida a apenas uma delas. Trata-se de um método cordial, que conduz a relações serenas entre as partes durante todo o processo arbitral e até após este.

Desse modo, quando as partes entendem do que se trata a arbitragem, e optam pelo seu uso com o fito de dirimirem um litígio, adotam o espírito pacífico peculiar dos métodos alternativos de resolução de conflitos.

Entretanto, se optam pelos instrumentos judiciais estão declarando, automaticamente, o rompimento de qualquer possibilidade de retomada de relações entre as partes litigantes. Diferentemente da arbitragem, onde as partes desarmam-se em prol de uma solução rápida, eficaz, e amigável para a solução do problema em discussão.

A arbitragem, portanto, diante de todas as considerações feitas acima se apresenta como um método mais simples e eficaz capaz de pôr fim ao conflito que surge, sem produzir reflexos sobre a relação entre ambas, contribuindo para a harmonia e boa convivência em sociedade, propiciando a possibilidade de futuras relações comerciais que interessem às mesmas partes em conflito.

3.2 Conceito de Mediação

Este tópico iniciará a abordagem principal do presente trabalho, tratando do seu conceito, principais características, bem como suas vantagens. Trata-se, pois de um dos métodos de pacificação social de natureza autocompositiva e voluntária, conforme sublinhado anteriormente.

Na mediação, um terceiro isento e imparcial, atua como um facilitador em prol da retomada de diálogo entre as partes, seja se forma preventiva ou já após a instauração do conflito.

Trata-se de casos em que existe um vínculo jurídico ou pessoal continuado entre as partes no conflito, sendo necessário, portanto, a real necessidade de se investigar os elementos subjetivos que levaram e foram responsáveis pelas divergências.

Desse modo, entende-se que o instrumento sob análise denota uma forma de prevenção ou até mesmo a própria correção de possíveis posições divergentes advindas das relações humanas e sociais.

Por isso, o mediador escolhido deve dedicar-se com apreço aos mediados, propiciando-lhes um ambiente fértil à comunicação, fazendo com que os aborrecimentos advindos daquele problema específico seja superado, restabelecendo assim o respeito entre as partes.

O mediador deve ser sensível a ponto de captar a origem do conflito que lhe é levado, ajudando as próprias partes a buscá-la e encontrá-la. A mediação apresenta, dentre outras vantagens, a celeridade, confidencialidade, flexibilidade do procedimento e a perspectiva real de se evitar novos conflitos entre as mesmas partes.

Trata-se de uma técnica consensual de solução de conflitos, que se vale de instrumentos psicológicos a fim de que o Mediador intervenha na comunicação das partes, entre elas, ajudando-as a refletirem sobre qual o real motivo da briga e se realmente trata-se de uma briga, ou de apenas um problema que pode ser resolvido com uma conversa, intermediada.

É importante esclarecer que ao mediador não cabe propostas e sugestões às partes, cabe-lhe sim a facilitação da comunicação das partes, esta que por sua vez encontra-se interrompida e fragilizada pelo surgimento de uma desavença contratual.

O mediador auxilia as partes em busca de possíveis opções capazes de solucionar seus problemas, opções estas que estejam para além daquelas que as partes já possuem impostas no seu próprio julgamento. Há, portanto, uma nova e real oportunidade de as partes alcançarem uma solução, decidindo elas mesmas sobre seu próprio problema, jugando a elas mesmas, ponderando, abdicando, cedendo, resolvendo, portanto.

A mediação é, pois, a protagonista na luta contra os tabus impostos pelas sociedades e pelo tempo no que tange à resistência da utilização dos Métodos Extrajudiciais de Solução de Controvérsias no Brasil.

Assim, trata-se do enfrentamento do conflito sob uma ótica positiva, que trata o problema em sua essência. Destarte ainda que a utilização da mediação é a mais apontada em se tratando de questões que deixam clara a

inadequação das estruturas tradicionais de solução de conflitos, buscando o consenso e não a sanção.

Já é possível perceber até aqui, e o será muito mais ao fim deste trabalho, que se trata aqui de nada mais ou menos que o próprio exercício pleno da cidadania e da democratização da justiça.

Em assim sendo, o fomento concreto de tais formas alternativas de resolução de conflitos é essencial ao combate a essa cultura do litígio. No tópico logo à frente a mediação em específico será estudada sob o contexto do Brasil, bem como se farão pinceladas expressivas sobre a mesma no mundo.

3.3 A Mediação no Brasil e no mundo

Conforme já explanado, a mediação representa um instrumento de linguagem que cria ou recria as relações humanas que por alguma divergência encontram-se perdidas.

O mediador facilita assim a comunicação entre os indivíduos. É, portanto o que se entende por via alternativa à jurisdição estatal vigente, onde a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal dá lugar ao intuito maior de satisfação da pretensão que está sendo resistida.

Nela não há qualquer tipo de imposição de opiniões, nem tampouco decisão soberana de um terceiro que vincule as partes, ao contrário, as partes constroem a solução, a partir das suas próprias percepções, vez que ninguém conhece mais seus problemas do que elas mesmas, auxiliadas pelo mediador que facilita tal processo de reflexão e ponderação.

Destarte que os métodos extrajudiciais de solução de conflitos não podem ser declarados como um fenômeno novo na história do Brasil, nem tampouco no mundo. Por se trata de um instrumento de comunicação entre os seres humanos que simplesmente existe quando terceiros intervêm nos conflitos de outrem, isto é, essa intervenção se confunde com a própria existência do homem na Terra.

Na China, a mediação vem sendo utilizada desde a década de 50, sendo, inclusive, aplicada sobre conflitos familiares e representa hoje o principal instrumento de solução de conflitos utilizado no País, que possui Comitês Populares de Conciliação e dos Tribunais de Conciliação.

Os Estados Unidos, a seu turno, por terem sido destino de muitos chineses, que também migraram para a Europa, a mediação tomou espaço e a partir da década de 70 foi se consolidando nos EUA, tornando-se exemplo para o Canadá e marchando também para alguns países da Europa.

Só a partir de 1970 os americanos passaram a considerar os meios alternativos de solução de conflitos uma solução para a crise do Poder Judiciário. Este acumulado de processos advindos do movimento de acesso à justiça tratado em oportunidade anterior pelo presente estudo.

É importante lembrar da Conferência de Roscoe Pound, ocorrida em 1976, com o objetivo de analisar e discutir possíveis melhorias ao sistema jurídico americano. Dessa conferência considerou-se a mediação sob duas perspectivas, quais sejam: na primeira, a mediação representaria uma extensão do sistema jurídico tradicional, baseada na concepção de que se trata apenas de uma saída para ajudar os tribunais em sua produção.

A segunda concepção já desassociou a mediação do judiciário, tratando-a como um meio capaz de produzir resultados mais satisfatórios se comparada com os alcançados no sistema contraditório tradicional, uma vez que dispensa a burocracia legal. Esta última concepção tomou maior espaço no mundo.

Dessa conferência adveio também uma mudança significativa no Regimento Federal de Processo Civil norte-americano em prol do reconhecimento da mediação como uma prática legal e valiosa de resolução de conflitos.

A mediação na França começou a ser praticada no início da década de 80, quando os franceses obtiveram contato com a denominada interdisciplinaridade, apresentou-se como um método de resolução de conflitos onde os próprios mediados optavam voluntariamente pelo procedimento alternativo e escolhiam seu mediador ou mediadores.

Na Holanda, a mediação surgiu, inclusive com a criação do Instituto de Mediação Holandês em 1992, estabelecendo código disciplinar para os mediadores, bem como dispendo sobre a confidencialidade do instrumento e também disciplinou os pressupostos de voluntariedade dos envolvidos e neutralidade do mediador.

Na Europa os meios alternativos de resolução de conflitos são amplamente utilizados. Na América Latina a Argentina é pioneira na aplicação da mediação, já que esta é ministrada há anos nas Universidades e a profissão de mediador possui, inclusive, legislação especial.

No Brasil, fala-se em mediação desde o século XII, mas há pouca produção legislativa a respeito por se tratar de um meio alternativo ao Poder Judiciário. As experiências de que se tem notícia no Brasil produzem resultados promissores.

Em 1998 houve o Projeto de Lei nº 4.827/98, proposto pela então Deputada Zulaê Cobra, cuja redação apresentava uma regulamentação concisa, definindo a mediação. Esse projeto foi aprovado em 2002 pela Comissão de Constituição e Justiça e encaminhado para o Senado Federal, que foi enumerado como PLC 94 de 2002.

Houve, entretanto, muitos entraves burocráticos, envolvendo, inclusive, o Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) que elaborou outro projeto através de uma equipe de renomados juristas, por acreditarem também se tratar de um tema presente no meio jurídico-acadêmico.

Diante das duas propostas supra, realizou-se uma audiência pública, promovida pelo Ministério da Justiça em setembro de 2003, que produziu uma versão única dessas propostas. Contudo, este projeto não conseguiu avançar.

Seguindo a análise legislativa durante o tempo da mediação no Brasil, em 2010 o Conselho Nacional de Justiça – CNJ editou a Resolução nº 125 que indica em sua redação a mediação como um método de resolução de conflitos pertencente à Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos.

Em 2013 o Senado Federal instalou uma comissão de juristas com o propósito de elaborar um anteprojeto de lei de arbitragem e mediação, que foram apresentados no mesmo ano. Ao mesmo tempo, o Ministério da Justiça também instituiu uma comissão de juristas para elaborar uma proposta capaz de subsidiar a adoção de formas adequadas à solução célere de conflitos.

Analisando os projetos citados até aqui, a Comissão de Constituição e Justiça do Senado apresentou um projeto que foi encaminhado à Câmara dos Deputados, enumerado PL 7.169/14, onde o Deputado Sergio Zveiter

elaborou um substitutivo, remetido ao Senado, o projeto foi finalmente aprovado no dia 02 de junho de 2015.

O projeto visa conciliar sua redação com a proposta do Novo Código de Processo Civil, destaque-se, dentre outros, seus principais aspectos:

1. *a mediação, extrajudicial ou judicial, pode ser utilizada para dirimir qualquer conflito que admita transação;*

2. *a mediação extrajudicial independe de registro em cadastro de mediadores;*

3. *os mediadores judiciais precisarão ser graduados há pelo menos dois anos, e cursar escola de formação de mediadores;*

4. *a mediação considera-se instituída a partir da data em que é firmado o termo inicial de mediação – marco da suspensão do prazo prescricional –, encerrando-se com a lavratura de seu termo final;*

5. *é possível a utilização da mediação em conflitos envolvendo órgãos da Administração Pública direta e indireta de todos os entes federados;*

6. *é viável a realização de mediação via internet ou qualquer outro meio que permita a transação a distância.*

Trata-se, portanto, de um significativo avanço do processo civilizatório da sociedade.

Em 29 (vinte e nove) de junho de 2015, A presidente Dilma Rousseff sancionou a chamada “Lei da Mediação”, disciplinando a mediação judicial e extrajudicial. Trata-se de um estímulo significativo para soluções amigáveis de conflitos. Trata-se do resultado de um árduo trabalho do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que desde 2006 organiza o Movimento pela Conciliação, a fim de modificar o perfil litigioso.

A Lei da Mediação determina, dentre outros aspectos, a criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos, por parte dos Tribunais, organizados sob a ótica da Resolução do CNJ n. 125/2010, que estabelece uma metodologia para resolução de conflitos de forma não litigiosa.

A Lei sob comento, cujo número é 13.140/2015, entrará em vigor 6 (seis) meses após sua publicação e estimulará a mediação privada como meio de desjudicializar parte dos conflitos apresentados perante o Poder Judiciário.

Essas providências reduzirão os processos que atualmente tramitam no Poder Judiciário.

A lei determina a realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais, bem como a elaboração e desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular autocomposição.

Dessa forma, os conflitos que versam sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação, podem ser dirimidos através da mediação. Não haverá custas judiciais finais para as demandas já judicializadas, se a mediação for concluída antes da citação do réu.

4 DA MEDIAÇÃO FAMILIAR

A questão principal dos conflitos familiares diz respeito à necessária relação posterior entre as partes litigantes, dessa forma, mais do que qualquer um, esse tipo de conflito deve ser tratado da maneira mais rápida, clara, sempre a preservar a continuidade de uma relação saudável entre os envolvidos.

Ou seja, processos que se arrastam por anos, resultam em feridas e cicatrizes dolorosas para a família. O uso da Mediação nesses litígios possibilita o papel de uma terceira pessoa que ajudará as partes rumo à melhor solução. Trata-se de um terceiro preparado para lidar com as intensas emoções advindas de questões familiares.

Na visão de Adriane Medianeira Toaldo e Fernanda Rech De Oliveira

A importância de solucionar a conflitiva familiar é pública e notória, pois a família sempre teve uma função importante na vida de cada indivíduo. Quando existe o rompimento do relacionamento afetivo, os membros da família vão buscar no Judiciário a solução de seus conflitos, para o Estado resolver e solucionar para eles a conflitiva deles, acarretando processos que demoram anos, por isso a preocupação em buscar alternativas eficazes, que possam resolver os conflitos familiares de maneira rápida e satisfatória, pois o nosso Sistema Judicial é sobrecarregado de demandas que podem demorar muito tempo para achar a solução. Por esse motivo é que surgem profissionais do Direito, que vão buscar alternativas para facilitar e resolver de forma mais rápidas e menos dolorosas para as partes, e mesmo assim, mantêm no Judiciário suas características como, sua seriedade, credibilidade e a imparcialidade, garantir a segurança jurídica e social.

Quando levados à justiça comum, as causas familiares são passíveis de mora, e aquilo que deveria ser a solução, transforma-se em um verdadeiro problema, de modo que o consenso resta extremamente abalado, e até, inviabilizado.

Os litígios familiares possuem essência afetiva, psicológica e relacional, repleto de sofrimentos, de ambas as partes.

Os seres humanos normalmente contrapõem-se entre si, por interesses e opiniões diferentes, esses conflitos decorrem quando as que costumam relacionar-se em grupo, ou em família entram em desacordo.

Conflitos familiares, portanto, haja vista a intensidade da convivência é terreno fértil para conflitos.

O conflito nas palavras de Fabiana Marion Spengler e José Luis Bonzan:[10]

“O conflito transforma o indivíduo, seja em sua relação um com o outro, ou na relação consigo mesmo, demonstrando que traz consequências desfiguradas e purificadoras, enfraquecedoras ou fortalecedoras. Ainda, existem as condições do conflito para que aconteça, e as mudanças e adaptações interiores geram consequências para os envolvidos indiretamente, e muitas vezes, para o próprio grupo.”

Dessa forma, os conflitos podem ser resolvidos através da comunicação, comunicação positiva, onde as desavenças podem ser resolvidas amigavelmente. No caso, portanto, de sentimentos muito aflorados, sempre será conveniente e necessário buscar o apoio de um terceiro, um mediador, para que ele recupere o diálogo e o entendimento no conflito.

O conflito deve ser observado, portanto, como um todo, não apenas como algo objetivo, mas também subjetivo, pois o Direito evolui na pesquisa objetiva, e pouco no que reporta para o entendimento subjetivo. A mediação deverá ser estimulada, porque irá ajudar em uma sociedade subjetivamente mais saudável.

4.1 O conceito de Mediação Familiar

A mediação familiar é um eficaz meio consensual de resolução de conflitos familiares, onde o mediador – terceiro imparcial escolhido ou aceito pelas partes para estruturação do diálogo – ajuda os mediados na construção de um acordo que seja reciprocamente satisfatório.

Na visão de Águida Arruda Barbosa, a mediação familiar pode ser definida como [30]:

“ (...) um acompanhamento das partes na gestão de seus conflitos, para que tomem uma decisão rápida, ponderada, eficaz, com soluções satisfatórias no interesse da criança, mas, antes, no interesse do homem e da mulher que se responsabilizam pelos variados papéis que lhe são atribuídos, inclusive de pai e mãe.”

A mediação visa o desentranhamento do conflito no seu gênesis, seu fator gerador, para então construir um caminho rumo à paz. O conflito é natural nas relações humanas.

A mediação familiar propicia aos mediados um espaço fértil para o momento de ouvir e o momento de elaborar possíveis indagações e sugestões, resultando no diálogo fundado na compreensão e na paciência de um para com o outro, no sentido de promoverem um ganho mútuo a partir de concessões feitas por ambos.

As próprias partes passam a ser incentivadas a discutirem sobre seus problemas de maneira pacífica, com o auxílio do mediador, a fim de produzir um espaço apropriado à paz e ao diálogo.

Além disso, trata-se de um importante instrumento rumo à oportunidade que têm os mediados de reverem suas posições dentro do litígio, que lhes permite, inclusive, que esclareçam mal-entendidos, evitando, assim, rupturas desnecessárias.

Nas palavras de Adriane Medianeira Toaldo e Fernanda Rech De Oliveira:

A mediação familiar utilizada nas varas da família será uma alternativa para retomar a comunicação das partes, e tornando um bom relacionamento posterior ao conflito entre elas. Com o objetivo de solucionar os conflitos jurídicos de família, impedindo a morosidade, diminuindo os elevados custos dos litígios (para as partes) e do processo (para o Estado e para as partes), ajudando na relação familiar, ou melhor, na cooperação familiar, esclarecendo os membros que devem enfrentar de forma menos traumática possível os resultados como sofrimentos emocionais que serão decorrentes destes conflitos.

O Mediador auxiliará os mediados com o fim de dissolver o clima de stress que paira sobre os litigantes. O Mediador esclarece que os procedimentos da mediação são destinados à possibilidade de reorganização das vidas das partes em suas relações futuras, essa preocupação, certamente refletirá sobre as situações familiares.

Cabe lembrar que o mediador não possui nenhum poder de decisão, uma vez que as próprias partes que aceitam e optam por se submeterem a tal procedimento, através do diálogo, são quem, de fato, realizam o acordo.

Isso significa que o Mediador possibilita, por exemplo, a um casal, uma conversa amigável em prol da busca de alternativas capazes de satisfazer ambas as partes, que deverão agir sob um prisma de mútua cooperação.

A pessoa escolhida pelos mediados ajudam as partes a delimitarem o problema, a partir daí captarem um conteúdo comum e, finalmente,

perceberem que o problema detectado tão grande quanto pensavam, e nem tão particular quanto imaginavam, e que se trata de uma situação que pode acontecer com qualquer pessoa.

Cabe esclarecer que, apesar de até aqui se falar muito na proporção da continuidade da relação entre os litigantes, é importante frisar que a mediação não visa apenas isso, isto é, mesmo que elas optem pelo rompimento da relação, permanecerá o respeito, onde a mediação também cumpre seu papel de alcançar a paz social.

A mediação familiar é, pois, uma alternativa às resoluções de conflitos peculiares às questões familiares, com base na superação consensual destes conflitos pelas próprias partes envolvidas.

Nos casos familiares, a Mediação possui especialidade mais complexa, exigindo maior rigor do que na Conciliação. Trata-se de um procedimento voluntário e confidencial, onde o terceiro, imparcial, ajuda no desenvolvimento da discussão e negociação das questões que envolvem o rompimento da relação familiar.

A Mediação Familiar proporciona aos mediados um ambiente neutro, onde os problemas são resolvidos de forma imparcial e confidencial, que se dá através de um processo imparcial e confidencial, onde as partes descobrem que existem outras opções, para além das suas pretensões e entendendo a possibilidade de acordos futuros.

No caso dos conflitos familiares, a Mediação possui o potencial de resolver conflitos parentais, de divórcio ou separação, regulamentação de guarda, partilhas, dentre outros.

Nesses casos, o mediador observa além dos problemas vistos a olhos imediatos, e se fixar nas questões importantes e com conteúdo específico, facilitando meios para que os indivíduos envolvidos possam elaborar suas decisões e produzirem melhores soluções.

Segundo Adriane Medianeira Toaldo e Fernanda Rech De Oliveira:

A Mediação Familiar, é importante para o desenvolvimento da sociedade, busca um comportamento apropriado na pacificação social, através da comunicabilidade das pessoas nas relações já terminadas, sendo, portanto, um novo desafio do Direito de Família contemporâneo, no qual a essência do Direito de Família é permeada pela afetividade humana, nas relações de parentesco, entre pais,

filhos, marido e mulher, na socioafetividade familiar. Assim, justifica que a escuta entre as partes conflitantes e o diálogo serão sempre muito apropriados e admirados pelos advogados, juizes, promotores e demais profissionais do Direito que estão envolvidos nos casos familiares.

O mediador não toma partido nas decisões pela família, ele ajuda as partes a estabelecerem uma comunicação saudável, de modo que eles, juntos, possam encontrar alternativas que sejam do seu interesse e de seus filhos, chegando a uma possível conciliação.

Águida Arruda Barbosa nos ensina:

O estado da arte da mediação familiar interdisciplinar, diante deste cenário do Direito Privado, deve ser objeto de reflexão sobre a necessidade, ou não, de lei para descrever o instituto, e implantá-lo como aprimoramento da cidadania. O tempo decorrido, em busca da lei, terá valido para o amadurecimento da ideia, orientando em direção ao verdadeiro lugar da mediação no ordenamento jurídico.

O mediador demonstra as vantagens e desvantagens das sugestões de cada um dos mediados, visando um acordo que apresente o consenso das duas vontades conscientes.

Nas palavras de Maria Manuel Figueiredo:

Mediar é, assim, optar por recorrer à ajuda de um profissional especializado, o Mediador Familiar, que irá conduzir sessões face a face entre as partes em conflito, promovendo entre estas, uma comunicação, até então inexistente ou perturbada.

*O **Mediador Familiar** procurará que cada parte tenha a oportunidade de, sobre o objecto do conflito, exprimir os seus desejos e interesses, contribuindo desta forma para o esclarecimento daquele. O **Mediador Familiar**, promoverá a posterior negociação sobre os pontos em relação aos quais as partes não se encontram de acordo, por forma a que possa ser construído entre elas, um **Acordo que regule o conflito ou lhe ponha termo** e que ambas considerem por isso, adequado às suas necessidades e interesses.*

No desempenho de suas atividades, o mediador deve ser imparcial, independente, competente, discreto, neutro e diligente. Sua imparcialidade significa que inexistente qualquer conflito de interesses ou relacionamento capaz de afetar o processo de mediação por parte do terceiro envolvido.

Sua independência deve ser compreendida no sentido de salvaguardar as partes de qualquer informação que possa levá-los a desconfiar de sua conduta face ao processo, devendo manter esta atitude ao longo dele.

É competente no sentido de possuir a capacidade para efetivamente mediar o conflito, além de ser confidante, isto é, todos os fatos, situações,

documentos, informações e propostas, expostas durante a mediação, são devidamente guardadas daqueles que participaram do processo.

Com a utilização da prática da mediação familiar, as Varas de Família do Judiciário não ficam tão sobrecarregadas, como são, podendo atender melhor as demandas familiares.

4.2 A insuficiência do Poder Judiciário na resolução de conflitos familiares

O conceito de família atual é a base da sociedade, de modo que o Estado deve ser sujeito protetor e nortear as regras para a preservação da família, através de leis que possa assegurar a ordem social.

No Direito de Família tradicional, vislumbra-se que a preocupação principal gira em torno, apenas, da esfera patrimonial, deixando para outro plano a preocupação com a afetividade das pessoas.

Ocorre que os dias de hoje presenciaram mudanças significativas no que tange a essas questões familiares. O que antes era apenas preocupação do Direito tradicional, na divisão dos bens das pessoas no caso do término do casamento, passou a valorizar a unidade familiar, e seus interesses comuns, pessoais da própria família.

Para Adriane Medianeira Toaldo e Fernanda Rech De Oliveira:

Na atual fase do Direito de família tradicional encontra-se a preocupação somente na esfera patrimonial, deixando para outro plano a preocupação com a afetividade das pessoas. Mas o que se observa atualmente são umas mudanças relacionadas a estas questões. O que antes era apenas preocupação do Direito tradicional, na divisão dos bens das pessoas no caso do término do casamento, passou a valorizar a unidade familiar, e seus interesses comuns, pessoais da própria família.

Essas mudanças no conceito de família alteraram, por exemplo, o papel da mulher na família, que passou a ter participação fundamental no seio da família, assim como o homem.

Deu-se, portanto, início a uma resistência às transformações e às necessidades da família brasileira que começaram a se adequar na medida dos fatos que ocorrem na sociedade. Diante disso, o papel exercido pelo Poder

Judiciário deve ser revisto, com alternativas mais rápidas, acessíveis às pessoas.

Diante de rompimentos nas relações familiares (separação, divórcio, término da união estável, etc), a preocupação do Direito de Família tradicional ainda é a consequência patrimonial, entregue aos braços do judiciário, onde este não se responsabiliza pelas demais áreas, e os efeitos emocionais e afetivos dos envolvidos ficam a cargo de outros profissionais, e, conseqüentemente, outros gastos.

Assim, o Poder Judiciário deixa de lado a preocupação com o afeto ou a falta de afeto dos envolvidos.

Na visão de Adriane Medianeira Toaldo e Fernanda Rech De Oliveira:

Sempre que ocorrem rompimentos nas relações familiares, tais como separação, divórcio, término da união estável, a exclusiva preocupação, do Direito de Família tradicional é na consequência patrimonial, delegado a cargo do judiciário os efeitos patrimoniais, incumbindo as demais áreas, os efeitos emocionais e afetivos dos envolvidos. Assim, o Poder Judiciário deixa de lado a preocupação com o afeto ou a falta de afeto dos envolvidos.

Diante disso, os processos se acumulam e se protelam nas Varas de Família, haja vista que o verdadeiro conflito não se dá em relação a questões patrimoniais dos interessados, mas sim de cunho afetivo dos mesmos. Carecendo, pois, de uma solução, uma alternativa para solucionar essa conflitiva familiar, uma mudança para esse modelo que já está mais do que ultrapassado.

Por isso a importância da distinção entre os interesses patrimoniais e materiais das questões familiares, evitando que as partes se valham da utilização do patrimônio, dos bens e até mesmo dos filhos como meio de atingir um ao outro, nos processos judiciais do Direito de Família tradicional.

Nos litígios familiares, o que se percebe é que os casais, após se separarem, e depois da prolação da sentença, os casais não conseguem se separar emocionalmente, resistindo em marcas que se ampliam cada vez mais.

Os problemas existentes entre os litigantes aumentam, de modo a impedi-los de solucionarem seus conflitos, restando, portanto, na insatisfação de seus interesses. Dessa forma, a psicanálise, a psicologia e a sociologia, são

conhecimentos importantíssimos no tratamento dos conflitos familiares, sendo essencial que haja a utilização de meios para solucionar esses conflitos.

Nas palavras de Adriane Medianeira Toaldo e Fernanda Rech De Oliveira:

A mediação familiar é sim uma alternativa viável para a superação de conflitos familiares na sociedade atual, pois através de mediadores capacitados e com conhecimentos específicos, fazendo com que as partes cheguem uma melhor solução, que possa satisfazer a ambos, sem a imposição de uma decisão, como ocorre no atual sistema jurídico brasileiro.

A mediação familiar é, pois, uma nova realidade para a proteção da família, como a utilização da mediação familiar, para facilitar a comunicação entre homens e mulheres nos conflitos existentes das relações conjugais, já estabelecida por lei, conforme explanado em capítulo anterior.

4.3 Mediação Familiar como instrumento de acesso à Justiça

A mediação familiar é uma alternativa eficaz na solução de conflitos familiares, além de ajudar significativamente no desafogamento do judiciário, como a ideia central da sua utilização, ainda compreende o conflito na sua origem e sob as perspectivas dos mediados. A preservação da família está, pois, e constitucionalmente protegida, pois irá avivar o diálogo e amenizar as angústias.

Nas palavras de Adriane Medianeira Toaldo e Fernanda Rech De Oliveira:

Na hipótese de utilizar a mediação como solução de litígios, ela irá fornecer a possibilidade da figura de um terceiro, no qual não faz parte do litígio, mas vai intervir nos mesmos, pois os conflitos poderão ser determinados e solucionados. Haja vista que, as pessoas envolvidas estão com seus objetivos em conflito, e o terceiro pode reduzir atritos, amenizando seus efeitos, mas que alguns casos, poderá ele optar a resolver determinado conflito por via judicial, sendo remetido a solução através de um processo legal.

Trata-se de um método de Justiça Consensual que estabelece que o conflito deva ser resolvido pela restauração de uma identidade harmoniosa, caminhando por um ambiente que exige uma reflexão jurídica e emocional, e não mais fazendo parte do modelo sigiloso de maneira determinante.

A mediação transforma o conflito, uma vez que amplia a consciência das partes envolvidas, e ajuda a dissolver as reais adversidades vividas, sendo o próprio caminho para a reorganização pessoal do indivíduo.

O resultado é instantâneo na resolução do conflito mediado, deixando para trás problemas como o da morosidade e o desgaste, o que pode levar anos tramitando nas Varas de Família de todo o país.

A mediação, diferentemente do que acontece nos processos judiciais, que desde o início as partes são expostas à acusações, falsidades, ameaças e as emoções humanas mais intensas são demonstradas a fim de envolver os profissionais.

O mediador conscientizará as partes, utilizando técnicas para evitar que tais emoções se exteriorizem, fazendo com um projeto no qual os filhos do casal serão os centralizadores, os principais do processo.

A mediação familiar pode ser procurada quando se inicia uma crise na família e atuar de forma preventiva, e agora, também pode se estabelecer durante o processo já judicializado.

A mediação pode ser procurada depois da sentença do juiz no tribunal e fazer a mediação para resolução dos problemas familiares. Poderá ser procurada por indicação do juiz, antes de exarar a sentença para cursos, orientação ou mediação.

Não se trata de mágica nos problemas ocasionadores dos conflitos, até por se tratar de emoções humanas, complexas por natureza, ocorre que na mediação existem alguns facilitadores, que ajudam as partes a, voluntariamente, procurarem e encontrarem um acordo, que satisfaça a ambas, através da mediação. Mas sem dúvida deve ser utilizada como solução eficaz na solução de conflitos familiares.

5. CONCLUSÃO

Sob a análise da evolução histórica do conceito de acesso à justiça, e das peculiaridades do instituto da Mediação e, mais especificamente, sobre a mediação familiar, conclui-se que se trata de um mecanismo cuja eficácia é incontestável.

É uma ferramenta que efetiva o acesso à justiça, combatendo concomitantemente os problemas citados no primeiro capítulo do presente trabalho, correspondentes às 3 (três) ondas abordadas por Cappelletti e Garth (1988).

No que tange à primeira “onda”, a mediação familiar mostra-se extremamente democrática, desonerada, podendo ser realizada em qualquer lugar, por qualquer pessoa a quem as partes confiarem sua assistência. Isto é, o obstáculo da exclusão dos mais pobres da jurisdição presente nesta onda vê-se, portanto, superado.

Vislumbra-se aqui um significativo instrumento em prol da educação do direito nas comunidades, eliminando a ignorância sobre as possibilidades, as saídas, deveres e direitos de cada indivíduo, na medida em que, tanto os mediadores, como também os mediados, são efetivamente orientados a respeito das questões que demandam ou não a judicialização, bem como os casos que podem ser resolvidos pela mediação ou por outros métodos alternativos, bem como qual o procedimento adequado.

No que tange à segunda “onda”, seu obstáculo principal relativo à proteção dos interesses coletivos, a mediação denota método coerente com essa questão, na medida em que estimula o diálogo e a participação ativa das pessoas.

Estas se vêm capazes de, ela mesmas, dirimirem seus próprios conflitos, e, a partir de então, naturalmente, tendem a partirem rumo a demandas de interesse coletivo, tornam-se sujeitos politicamente ativos.

Se as contribuições acima citadas já se substanciam como valiosas contribuições para a efetivação do acesso à justiça, é sobre a terceira “onda” que esse método transborda, qual seja, o real enfoque ao acesso à justiça.

A mediação dispõe-se a resolver conflitos que, normalmente, sob a égide do judiciário, demorariam anos a fio, e resultado final, por vezes, não reflete na satisfação de ambas as partes, ao contrário.

Conforme visto no decorrer deste trabalho, os processos judicializados ainda transladam sob a cultura do litígio, onde, ao fim, um sente-se vitorioso ao extremo, e outro, derrotado, também ao extremo.

Por desenvolver-se em pouco tempo, a mediação contribui ainda com o acesso à justiça na medida em que produz resultados céleres, eficazes, e satisfatórios.

Para além dos benefícios citados a pouco, há também o fato de que, como são as próprias partes que constroem as soluções dos seus problemas, com a ajuda do mediador, ou corpo de mediadores, escolhidos pelos mediados, conforme esclarecido no decorrer deste trabalho.

Cabe aqui uma ressalva valiosa: a Mediação, dentre todos os outros meios de resolução de conflitos, sejam eles autônomos ou heterônomos, é a única que consegue desenvolver a prevenção de novos conflitos, desonerando de dinheiro e aborrecimento o futuro dos mediados.

Por fim, a mediação familiar, especificamente, além de proporcionar a interdisciplinaridade das ações, demandando profissionais de diversas áreas, de acordo com o problema de qual se tem conhecimento, como, por exemplo, assistentes sociais, psicólogos, e outros, ela também trata da questão de forma intimista, minuciosa, cuidadosa, através de um diálogo saudável, sob o mínimo de tensão possível.

As pessoas que se encontram com um problema relacionado a questões familiares possuem suas opiniões viciadas dos mais variados tipos e níveis de sentimentos, que protocolos, fases, burocracia, assinaturas, decisões e nada do tipo são capazes de solucionar.

A solução de conflitos tratada e defendida pelo presente trabalho monográfico diz respeito àquela que está para além da decisão, englobando a manutenção, restabelecimento e até continuidade de relações entre os litigantes que, principalmente no tocante às causas familiares, precisarão, necessariamente, conviver com a outra parte. E mais, evitando a reincidência de litígios entre os mesmos conflitantes, e até de um destes diante de outro eventual problema.

Enfim, o operador do Direito não ficará mais restrito à letra fria da lei, passando a interpretá-la e colocá-la em prática sob uma ótica mais humana, mais íntima, que lhe permita um resultado real.

REFERÊNCIAS

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

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BRASIL. **Constituição Federal**. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]. Brasília, 05 out. 1988.

BRASIL. Lei 13.140, de 29 de junho de 2015. Dispõe sobre a Mediação. **Diário Oficial** [da República Federativa do Brasil]. Brasília, 29 jul. 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. Editora Saraiva, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CINTRA, Antônio Carlos Abraújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

Carmona, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9307/96**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. Pág. 31.

CARREIRA ALVIM, J. E. . **Direito arbitral**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p. 46

CARVALHO, Raphael Franco Castelo Branco. **A medição de conflitos na atuação do Ministério Público do Estado do Ceará**. Fortaleza, 2012.

DENADAI, Marcelo Carlos. et al. **Cartilha de mediação e arbitragem**. p. 21, 2010.

JUNGMANN, Mariana. **Projeto de Lei que regulamenta a mediação judicial é aprovada no senado**. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/politica/2015/06/projeto-de-lei-que-regulamenta-mediacao-judicial-e-aprovado-no-senado>>. Acesso em: 04 jul 2015.

MATTAR, Joaquim José Marques. A dignidade da pessoa humana como fundamento do estado democrático de direito. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador, nº23, jul/set, ISSN 1981-187-X, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MORALLES, Luciana Camponez Pereira. **Acesso à justiça e princípio da igualdade**. Porto Alegre: Fabris, 2006.

OLIVEIRA, Dinara de Arruda. **A intervenção do Estado na ordem econômica e a Constituição de 1988**. 2011. Disponível <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-intervencao-do-estado-na-ordem-economica-e-a-constituicao-de-1988,33127.html>. Acesso em: 09 jun 2014.

ROCHA, José de Albuquerque. **Lei da arbitragem: uma avaliação crítica**. São Paulo: Atlas, 2008. Pg. 54.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediação de Conflitos: Família, Escola e Comunidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. **Manual de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Antônio Hélio; LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Mediação, arbitragem e conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SOARES, Paulo Brasil Dill; JAEGER, Amanda Marçal Sève; SILVA, Gisele Loureiro da. A mediação como solução dos conflitos decorrentes do superendividamento nas relações de consumo estudo comparativo dos sistemas americano e europeu. **Revista de Direito em (Dis)curso**. Londrina, v.5, n.2, p.114-129, jul/dez. 2012.

SOUZA, Aiston Henrique de, et al. **Manual de mediação judicial**. Brasil, 2013.