

A MEDIAÇÃO E OS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Gustavo Henrique Baptista Andrade[†]

Resumo: O presente trabalho pretende contribuir com uma melhor compreensão acerca do alcance e das diferenças existentes entre a mediação e os demais meios alternativos de resolução de conflitos. A existência de uma certa confusão conceitual e a ausência total de regulamentação do instituto vem criando obstáculos para que a mediação seja corretamente praticada e difundida e possa trazer os benefícios a que se propõe, em especial no campo da solução pacífica de conflitos e, em maior grau, de acesso à justiça.



1 – INTRODUÇÃO

Há algum tempo novos ventos sopram no cenário mundial. Seja na política, na economia ou no direito, os últimos setenta anos, tempo médio de vida de boa parte da população do planeta, arejaram os pensamentos e trouxeram, por consequência, novas possibilidades.

Nesse ambiente, vêm surgindo diferentes maneiras de solucionar conflitos sem a interferência direta do Estado, entre elas a mediação, cujo desenvolvimento crescente, em especial

[†] Doutorando em Direito Civil pela UFPE; Mestre em Direito Civil pela UFPE; Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Salesiana do Nordeste, onde leciona; Vice-Presidente do IBDFAM/PE; Mediador Jurídico do Núcleo de Pesquisa em Psicanálise e Direito da Escola Brasileira de Psicanálise-Seção PE.

no Brasil do final do século passado, desponta como eficaz alternativa para a resolução de conflitos das mais diversas ordens, mas com peculiar adequação àqueles oriundos das relações familiares.

O desenvolvimento do instituto da mediação, ao tempo em que vem contribuindo para a sua difusão e aperfeiçoamento, tem, por outro lado, trazido à tona diversas incongruências de ordem metodológica, principalmente uma confusão conceitual, por sinal muito comum, com os demais métodos alternativos para a resolução de conflitos.

O presente trabalho abordará o instituto da mediação na ambiência desses chamados métodos alternativos de resolução de conflitos, estabelecendo-se, ao final, um cotejo do instituto em relação à conciliação e à arbitragem, indubitavelmente os mais utilizados.

Não há, entretanto, como falar sobre os meios alternativos de resolução de conflitos, sem discorrer sobre os caminhos percorridos e os fatores que concorreram para o seu surgimento.

No Brasil, a Constituição de 1988 é, inegavelmente, o principal marco das transformações ocorridas no país no final do século XX e no alvorecer do novo milênio.

Ainda que se considere a nova ordem constitucional fruto e reflexo da evolução das práticas sociais, da rica produção doutrinária e, muitas vezes, do esforço dos juízes em atender aos anseios da sociedade, é forçoso reconhecer que foi por intermédio da Assembleia Nacional Constituinte instalada em 1 de fevereiro de 1987 pelo Ministro José Carlos Moreira Alves, então Presidente do Supremo Tribunal Federal, que o Brasil pôde experimentar uma reviravolta legislativa capaz de consolidar no país, de uma vez por todas, o Estado social, contribuindo para uma série de mudanças que, ao longo dos mais de vinte anos que se passaram, vêm tentando minimizar os efeitos do liberalismo econômico reinante no decorrer dos

séculos XVIII, XIX e XX, tão forte ao ponto de ser capaz de fazer conviver o Estado social inaugurado com a Constituição de 1934 com um Código Civil de cunho nitidamente patrimonialista, que entrou em vigor no dia 1 de janeiro de 1917, vigendo até 10 de janeiro de 2003.

Alguns dos críticos da Constituição de 1988 asseveram que o avanço por ela trazido foi maior do que o país tinha capacidade de absorver, razão das inúmeras reformas sofridas pelo texto original.

Outros entendem que os valores nela consagrados, como a dignidade da pessoa humana e a função social da propriedade, entre outros, são valores nitidamente liberais e já figuravam no ordenamento antes de seu advento, razão à qual não se pode atribuir-lhe a responsabilidade pelas mudanças. Estas aconteceriam inevitavelmente.

O fato é que o país acabava de sair de um regime ditatorial e precisava consolidar o Estado democrático de direito, necessitando assim, senão lançar mão, ao menos fortalecer os princípios representativos do Estado social, o que fez com que a maior parte das mudanças ocorridas com a Carta de 1988 se tornasse irreversível.

A dignidade da pessoa humana, ainda que considerada fruto do liberalismo, foi erigida a fundamento da república (art. 1º, III) e passou a ser o norte de todo o ordenamento, princípio e fim de todo o sistema.

A ordem econômica passou a pautar-se sob as regras da justiça social, assegurando, entre outros princípios, a função social da propriedade, a defesa do consumidor e a defesa do meio ambiente. E assim, aliados a circunstâncias outras, como o fenômeno conhecido como globalização, nasceram, no ordenamento jurídico brasileiro, o que a doutrina convencionou chamar de “novos direitos”, neles incluídos o direito do consumidor, o direito ambiental e o biodireito.

A responsabilidade civil evoluiu para o que se chama de

“erosão dos filtros de reparação” (SCHREIBER, 2007), livrando-se principalmente da culpa como elemento fundamental para o ressarcimento dos danos e socializando os riscos das atividades empresariais.

Aliás, foram a responsabilidade civil e o direito de família os ramos do direito que mais sofreram o influxo da evolução social acontecida na segunda metade do século XX.

De fato, a família sofreu vertiginosas transformações, não sendo despiciendo apontar como marcos legislativos, o Estatuto da Mulher Casada (Lei n°4.121/64), a Lei do Divórcio (Lei n° 6.515/77) e, acima de todos, a Constituição da República, em especial o artigo 226 e seus parágrafos, os quais puseram fim, de uma só vez, à hegemonia da família patriarcal e matrimonializada, dando ensejo a novas e inúmeras formas de união familiar, que, como já se interpretou, não encerram *numerus clausus* (LÔBO, 2008).

A Carta de 1988 contribuiu também para a consolidação, no Brasil, de um fenômeno que há muito vinha ganhando espaço, a massificação das demandas e a facilitação do acesso à atividade jurisdicional.

2 – EM BUSCA DE NOVAS POSSIBILIDADES PARA A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Na verdade, foi o fim da segunda guerra mundial e o desenvolvimento que lhe seguiu, principalmente nos Estados Unidos e em alguns países da Europa, que trouxe a explosão das mais variadas formas de consumo e o aumento proporcional das ações judiciais dela decorrentes.

A busca de uma solução para a ameaça de estrangulamento da prestação jurisdicional norte-americana fez nascer na Universidade Havard, localizada no Estado de Massachusetts, a sigla ADR (Alternative Dispute Resolution) para identificar outros meios de solução de conflitos,

distinguindo-os do processo judicial.

Na mesma Universidade, Frank Sander criou o conceito de sistema multiportas (“*multi-door courthouse*”) com o fim de demonstrar a necessidade de serem elaborados programas para a resolução de disputas dentro e fora dos tribunais.¹

O leque de alternativas naquele país é muito grande, utilizando-se os norte-americanos das mais diversas modalidades de métodos para a solução de conflitos, muitas vezes instituindo um novo tipo com a mescla daqueles já existentes.

Petrônio Calmon relaciona diversos modelos utilizados nos Estados Unidos, entre eles a avaliação neutra de terceiro (*early neutral evaluation*), que é uma consulta de ambas as partes a um profissional de sua confiança, visando ter uma previsão do deslinde da causa pelo judiciário, sendo necessário que a lide esteja iniciada e que o réu tenha contestado a demanda; e o ouvinte neutro confidencial (*confidential listener*), terceiro imparcial a quem as partes apresentam proposta com a finalidade de celebrarem um acordo, avaliando este terceiro a viabilidade de sua realização (CALMON, 2007).

No ordenamento jurídico brasileiro pós 1988, como já afirmado, uma das transformações mais significativas foi o potencial acesso do cidadão ao Poder Judiciário, na busca pela efetividade da justiça.

De fato, após duas décadas de autoritarismo, quando parcos foram os investimentos em mecanismos de democratização nas relações entre o cidadão e os organismos de poder, a Constituição de 1988 fez renascer o exercício da cidadania, e surgir, por consequência, forte expectativa na sociedade, de que o Poder Judiciário teria solução para todas as

¹ O tema vem sendo amplamente debatido, a exemplo do que aconteceu em um painel sobre mediação na 9ª Conferência Bienal da *International Association of Women Judges*, que ocorreu de 25 a 28 de março de 2008 no Panamá, com a palestra “*Mediation in the U.S.: Multiple Doors to Justice*”, proferida pela juíza Carolyn Miller Parr (disponível em www.iawj.org/what/panama08/22.pdf).

mazelas sociais, todos os problemas enfrentados pela população.

Essa expectativa traduziu-se em uma incessante e progressiva busca pelo acesso formal ao Poder Judiciário.

No entanto, fatores ligados à ausência do Estado brasileiro em áreas fundamentais como educação, saúde e segurança, a difícil percepção do cidadão acerca de seus direitos e a quase inexistente participação social, além do abismo entre as classes sociais, em conjunto, ainda, com a massificação do consumo, vêm colaborando para uma imensurável concentração de demandas sob a exclusiva tutela estatal.

Iniciativas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão de fundamental importância para a administração da justiça no Brasil, vêm promovendo verdadeira radiografia do funcionamento do Poder Judiciário. Um exemplo é o programa Justiça em Números, consubstanciado em um sistema que funciona por meio da coleta e da sistematização de dados estatísticos e do cálculo de indicadores capazes de retratar o desempenho dos Tribunais do país. Esses dados envolvem, entre outras categorias, o grau de litigiosidade, a carga de trabalho, o acesso à justiça e o perfil das demandas.²

Desde 2005, em cumprimento ao disposto em preceito constitucional (artigo 203-B, § 4º, VII) acrescentado pela Emenda de nº 45, o CNJ elabora relatórios anuais com a descrição de suas atividades, apresentação e análise da situação do Poder Judiciário, além de recomendações objetivando o aprimoramento da atuação e efetividade desse Poder.

O relatório de 2010, último a ser divulgado, aponta que a taxa média de congestionamento da Justiça dos Estados naquele ano foi de 72% (setenta e dois por cento), chegando a 89,8% (oitenta e nove vírgula oito por cento), se forem

² Disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros>. Acesso em 20.04.2012.

considerados apenas as execuções dos processos que tramitam no 1º grau de jurisdição. O indicador de carga de trabalho, por sua vez, mostra que cada magistrado da Justiça dos Estados conta com excessivo número de processos em tramitação durante o ano, número que aumenta demasiadamente em se tratando de Juizados Especiais, paradoxalmente criados com a finalidade de acelerar a prestação jurisdicional.³

Outro fator que contribui enormemente para a dificuldade de se buscar caminhos que respondam, de maneira mais profunda e perene, à pacificação dos conflitos, é a existência de uma cultura adversarial para a compreensão e a solução desses conflitos.

A formação do próprio jurista é comprometida com essa cultura adversarial, estimulando-se nas bancas universitárias a concepção das partes de uma pretensão resistida apenas como ganhador ou perdedor, autor ou réu, etc.

Há igualmente uma visão deturpada do acesso à justiça como o simples protocolar de petições e documentos nos balcões do Judiciário. E, por óbvio, o acesso à justiça é demasiado abrangente, restando constatada a ineficiência do modelo de prestação jurisdicional hoje oferecida, onde o elevado custo e uma estrutura deficiente, entre outras causas relevantes, comprometem a rapidez na resolução das lides.

Em verdade, inúmeras são as possibilidades de composição de litígios além da jurisdição estatal que, junto com a arbitragem, forma o conjunto dos meios heterocompositivos de solução de conflitos, nos quais esta solução é imposta por um terceiro imparcial. A preponderância, na tentativa de resolução de conflitos, é da jurisdição, já que proporciona, uma vez que é exercida pelo Estado, um alto grau de garantia, qualidade e coerção.

Já a autocomposição traz incontáveis maneiras de

³ Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/2010/rel_justica_numeros_2010.pdf. Acesso em 20.04.2012.

solução de controvérsias, uma vez que são os próprios envolvidos que a viabilizam. As mais conhecidas formas de autocomposição são a negociação, a mediação e a conciliação, esta última, diferentemente das demais, extremamente vinculada ao processo judicial.

O sistema multiportas é hoje uma realidade, inclusive no Brasil, onde alguns Tribunais de Justiça, como o do Distrito Federal (TJDFT) e o de Pernambuco, possuem programas de estímulo aos meios alternativos de solução de litígios.⁴

3 – OS DIVERSOS MEIOS PARA A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Com ênfase na mediação, serão abordados a seguir os meios alternativos de resolução de conflitos mais conhecidos e utilizados, entre os quais a negociação, a arbitragem e a conciliação.

A negociação tem por principal característica prescindir da intervenção de terceiros. Nela são as próprias partes que argumentam na busca de uma solução para o conflito, por si ou por seus representantes. É muito comum, inclusive, na prática da advocacia.

O cumprimento do que restou acordado entre as partes, somente é obrigatório se à negociação for atribuída juridicidade, como a celebração de um negócio jurídico.

Tem se justificado que a negociação acontece naturalmente na vida do ser humano, atingindo desde a criança que negocia com outra o uso de um brinquedo, até os empresários que negociam uma parceria visando à melhoria de seus negócios, caracterizando-a como um acontecimento natural, antes de evidenciar-se como fato jurídico (SALES, 2004, p. 36).

Nas relações internacionais, a negociação surge como o

⁴ Disponíveis em www.tjdft.jus.br e www.tjpe.jus.br.

método próprio da diplomacia e representa o principal mecanismo para resolução de conflitos (CALMON, 2007, p. 117).

A arbitragem, por sua vez, é uma forma heterocompositiva de resolução de conflitos, tendo por maior característica a imposição por um terceiro, o árbitro, da solução encontrada para dirimir a controvérsia. Está mais próxima da jurisdição, distinguindo-se desta por não ser atividade estatal.

De todos os meios de resolução de conflitos, a conciliação é o que mais traz elementos semelhantes aos da mediação, o que faz com que ocorra uma grande confusão conceitual.

A seguir, serão aprofundadas as definições da arbitragem e da conciliação, diferenciando-as da mediação, em uma tentativa de esclarecer melhor os pontos comuns e divergentes desses mecanismos que trabalham em prol da diminuição das controvérsias, quer no âmbito da justiça estatal, quer fora dele.

3.1 – MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

Os mecanismos utilizados para a solução de controvérsias, também conhecidos como métodos alternativos de resolução de conflitos têm, como anteriormente afirmado, despertado grande interesse nos mais diversos países, inclusive no Brasil, o que vem ocorrendo com mais intensidade desde o advento da Lei nº 9.307/96 (Lei da Arbitragem).

Isto se deve, principalmente, ao fato de inexistir, na contemporaneidade, qualquer sistema jurídico capaz de atender às pretensões resistidas da sociedade respectiva sem contemplá-los.

O crescimento das economias, a massificação do consumo e o processo de globalização trouxeram a reboque o surgimento de um número sem fim de demandas que a justiça estatal não pode atender, pelo menos não através da prestação

jurisdicional típica, que se dá, em regra, com a prolatação de uma decisão.

Após as duas grandes guerras do século XX, mais precisamente após o fim da segunda, que coincide com a metade final dos anos 1900, não subsiste dúvidas de que a vida no planeta mudou consideravelmente.

A reconstrução de vários países alavancou suas economias e a explosão de novas tecnologias, algumas utilizadas no decorrer da própria segunda guerra, trouxe novos horizontes à população mundial, como a melhoria dos meios de comunicação e o avanço da medicina, o que proporcionou a cura de diversas doenças e um sensível aumento na expectativa de vida.

Mudou o mundo e mudaram os comportamentos. A emancipação feminina, a revolução sexual, o surgimento do movimento *hippie* nos Estados Unidos, inicialmente um protesto contra a guerra do Vietnam, e os mais variados acontecimentos sociais e políticos, são retratos dessas mudanças.

A criação da rede mundial de computadores, a *internet*, já no final do século XX, representou uma revolução nas noções de tempo e espaço. Destruíram-se as barreiras, diminuíram-se ou mesmo acabaram-se as distâncias e o tempo passou a ter uma conotação de instantaneidade. Todos podem fazer tudo ao mesmo tempo e em qualquer lugar:

O tempo virtual, da mesma forma que o espaço, se separou das categorias comunitárias e naturais que configuraram o tempo real. O dia e a noite definiram o tempo para o trabalho e o descanso, mas agora se trabalha em lugares fechados diante de computadores, sem prestar atenção ao dia e à noite. Não interessam a natureza e tampouco a comunidade; se antes havia horários reservados para determinadas atividades, agora

desapareceram: na família, por exemplo, um trabalha, outro se diverte, outro passeia, outro compra, no mesmo horário, porque tudo pode ser feito a qualquer tempo (LORENZETTI, 2009, p 51).

Toda essa movimentação veio acompanhada da nítida impressão de que se vive uma nova era. Esta a fonte de uma das mais acaloradas discussões do século passado, que também vigora na atualidade e parece estar longe de terminar: chegou-se ou não ao fim da modernidade?

Os que comungam da certeza de que hoje já se vive a pós-modernidade ou “segunda modernidade”, para utilizar o termo cuja criação é atribuída a Ulrich Beck para conotar a fase marcada pela modernidade “voltando-se sobre si mesma” ou a era da “modernização da modernidade” (BAUMAN, 2000, p. 12), acreditam que o século passado promoveu rupturas e transformações capazes de, verdadeiramente, marcar o início de um novo período da história, uma nova era para a humanidade.

Outros há que creem, no entanto, – e o presente trabalho apoia-se nesse entendimento – que, apesar das transformações a que se submeteu a modernidade, seu ciclo não chegou ao fim.

Nas palavras de Zygmunt Bauman, “a sociedade que entra no século XXI não é menos ‘moderna’ que a que entrou no século XX; o máximo que se pode dizer é que ela é moderna de um modo diferente”. Para o sociólogo polonês:

O que a faz tão moderna como era mais ou menos há um século é o que distingue a modernidade de todas as outras formas históricas do convívio humano: a compulsiva e obsessiva, contínua, irrefreável e sempre incompleta modernização (...). Ser moderno significa estar sempre à frente de si mesmo, num Estado de constante transgressão (...); também significa ter

uma identidade que só pode existir como projeto não-realizado. A esse respeito, não há muito que distinga nossa condição da de nossos avós (BAUMAN, 2000, p. 36).

Ao defender a existência do movimento pós-modernista, Eduardo Bittar afirma que o mesmo ainda está em franco processo de produção, o que faz com que a linha histórica entre a modernidade e a pós-modernidade não esteja firmemente definida. Para o este autor, “se sabe menos sobre a pós-modernidade do que efetivamente acerca dela se especula” (BITTAR, 2005, p. 102).

Luís Alberto Warat, discorrendo sobre o que chama de “ética transmoderna”, a que se refere como o momento presente, de grande tensão ética, em que a busca pela responsabilidade e pela solidariedade se contrapõe a um lado perverso de uma ética do mercado e da empresa digital, onde os valores fazem parte dos negócios, afirma que a pós-modernidade jurídica surge onde o discurso da teoria pura e dos outros normativismos se dissolve em caminhos que se bifurcam:

Uma nova casta de juristas começa a pensar de outra forma: deixa de lado a produção de uma literatura jurídica que faz dos discursos teóricos, cheios de encontros eruditos e de seriedades simuladas, condição de existência acadêmica. Agora começa-se a escrever a pós-modernidade, confundindo estilos, transitando por vários deles, introduzindo a metáfora e a poesia abertamente como modo de pensar o Direito. Por outro lado, essas mesmas formas pós-modernas de expressão estética e o pós-estilo da literatura jurídica abrem espaço para a emergência de um novo paradigma, baseado na mediação como condutora da produção do Direito transmoderno (WARAT, 2001, p.192).

Em verdade, mudanças estão a ocorrer e não se pode deixar de verificar a diminuição das preocupações com o universal e o aumento das preocupações com o local, com o grupo, com a diversidade de identidades, com a tolerância (BITTAR, 2005, p. 146).

Tudo isto, porém, reflete a busca pela concreção do projeto levado a efeito pela modernidade.

O que importa salientar é que essa era em que o tempo tornou-se instantâneo e o espaço, muitas vezes, uma abstração, quer tenham-na como modernidade, quer aceitem-na como pós-modernidade, é a era dos meios alternativos de resolução de conflitos. De fato, a era da busca pelo equilíbrio, pela terceira via, a era da mediação.

A avalanche de acontecimentos que perpassaram o século XX os quais, além de aproximarem as pessoas, permitiu-lhes o acesso ao consumo, aqui entendido em sua acepção mais ampla, fez aumentar a possibilidade da ocorrência de conflitos, seja na família, seja na comunidade, entre o Estado e o cidadão, entre este e os fornecedores de bens e serviços, entre as empresas e até entre as nações.

O aumento dos conflitos, por sua vez, fez advir o crescimento de demandas e a busca natural por sua solução através do judiciário.

No Brasil, como já afirmado no início do texto, foi a Constituição de 1988 que promoveu o aumento na expectativa da população por um acesso mais fácil à justiça estatal.

A consequência, por óbvio, não poderia ter sido outra: o quase colapso dos serviços judiciários, preocupação de todas as pautas, assunto de todas as agendas, não somente do Estado, mas também da sociedade civil.

O ordenamento jurídico como um todo e a legislação processual civil, em particular, há muito preveem a conciliação como forma de pôr fim a um litígio judicial, o que vem sendo estimulado ainda mais desde as reformas legislativas

produzidas na década de 90 do século passado. Hoje constitui dever do magistrado dispor a conciliação às partes, a teor do que prescrevem os artigos 331, 447, 448 e 449, do Código de Processo Civil.

De fato, com a atual redação levada a efeito pela Lei nº 10.444/2002, o artigo 331 do estatuto processual prevê, desde 1994 (Lei 8.952), a designação, por parte do juiz, de uma audiência preliminar com vistas à conciliação das partes.

Já no Capítulo VII (da audiência) do Título VIII (procedimento ordinário) do Livro I (processo de conhecimento) do Código de Processo, há determinação expressa da lei no sentido de ser tentada a conciliação no início da audiência de instrução e julgamento (artigos 447 a 449).

Diversas leis esparsas, a exemplo da Lei 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais, prescrevem a tentativa de conciliação como uma fase do processo, um momento solene que não impede, no entanto, que as partes possam conciliar a qualquer tempo.

A conciliação está presente também na Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96). Prevê seu artigo 7º, § 2º, que, existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim, quando previamente tentará a conciliação acerca do litígio. Já o § 4º do artigo 21 da aludida lei, dada a proximidade entre os procedimentos da justiça estatal e da justiça arbitral, determina que compete ao árbitro ou ao respectivo tribunal, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, a qual, uma vez exitosa pode ser declarada mediante sentença arbitral.

O que mais diferencia a conciliação da mediação é a forma como a terceira pessoa que irá participar da prática atua junto aos interessados. Na conciliação, a figura do terceiro, que

pode ser um órgão judicial, vai funcionar como um intermediário entre os litigantes. Nela são polarizados os direitos que cada parte acredita ter, eliminando-se os pontos incontroversos, para delimitar o conflito. O conciliador intervém com sugestões e alerta sobre a possibilidade de perdas recíprocas das partes, que por sua vez, admitem perder menos em um eventual acordo do que em um suposto sentenciamento desfavorável. Na conciliação está presente a linguagem binária, a ótica do ganhador-perdedor.

Águida Arruda Barbosa define mediação como “um método fundamentado, teórica e tecnicamente, por meio do qual uma terceira pessoa, neutra e especialmente treinada, ensina os mediandos a despertarem seus recursos pessoais para que consigam transformar o conflito” (BARBOSA, 2007). Este conceito advém da ótica da comunicação e permite que se vislumbre importantes aspectos da mediação: a neutralidade do mediador, a transformação do conflito e a responsabilidade dos mediandos. A transformação do conflito, por sua vez, parte da preocupação com suas causas determinantes e é voltada para o futuro. Assevera Barbosa que “a mediação atua no nascedouro do conflito e sua abrangência ultrapassa os limites de eventual acordo que possa a vir a ser celebrado entre os litigantes, porque seu tempo é o futuro” (BARBOSA, 2007-A).

Lilia Sales conceitua mediação como sendo “um procedimento em que e através do qual uma terceira pessoa age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma disputa, evitando antagonismos, porém sem prescrever a solução” (SALES, 2004, p. 23). Para Sales, quando a mediação oferece às partes a liberdade de solucionar seus conflitos, cumpre também o papel de preveni-los. Aliás, a prevenção, segundo essa autora, é o segundo dos quatro objetivos da mediação, sendo o primeiro a solução dos problemas e os demais a inclusão social – trabalhando-se aqui a perspectiva da conscientização de direitos e o acesso à justiça – e a paz social

(SALES, 2004, p. 27).

Na mediação deve ser buscada uma terceira alternativa, onde todos ganhem e ninguém perca, para tanto se utilizando da linguagem ternária. O terceiro, na mediação, não influenciará na decisão, que é exclusivamente das partes.

A propósito da linguagem ternária, de que fala Jean-François Six, vale ressaltar que ela se contrapõe á linguagem binária, tradução do pensamento daqueles que veem tudo em preto e branco, que pensam o mundo como um grande campo de batalha entre o bem e o mal.

Neste aspecto, a “guerra fria” que se seguiu à Segunda Guerra Mundial, bem caracteriza a cultura adversarial própria do universo binário. De fato, a partir da segunda metade do século XX, o mundo ficou bi-polarizado, sob o domínio de dois grandes blocos militares, a Organização do Tratado do Atlântico Norte – OTAN, liderada pelos Estados Unidos e o Pacto de Varsóvia, capitaneado pela antiga União Soviética. Nos dias atuais, essa realidade tende a se refletir no que o ocidente passou a chamar de “eixo do mal”, referindo-se aos países onde se encontra presente o fundamentalismo islâmico.

Os binários são também adeptos dos vastos consensos, em que se apagam os verdadeiros confrontos e se apaga igualmente o “agir comunicacional” de que fala Habermas, um lugar intermediário, um terceiro termo, um espaço terceiro entre duas partes, que permite aos cidadãos cooperar na criação, dia a dia, da democracia. É nesse espaço que reside o pensamento ternário (SIX, 2001, p. 235).

Para Águida Arruda Barbosa, o pensamento ternário abre a possibilidade de muitas alternativas para uma determinada situação. Ao incluir o terceiro, propicia a discussão do problema, fundamentando-a no reconhecimento do valor do outro, que se encontrava encoberto pela ausência do diálogo (BARBOSA, 2004).

O mediador auxiliará as partes, ajudando-as a identificar

e articular as questões essenciais que devem ser resolvidas durante o procedimento (RODRIGUES JÚNIOR, 2007, p.50).

Já o objetivo primordial da conciliação é a celebração de um acordo. Em se tratando de um processo judicial, dito acordo representará sua extinção. Esta a razão de sua larga utilização e também outro critério que a diferencia da mediação. Nesta, o acordo reproduz uma consequência da prática e pode ocorrer ou não. O que realmente importa na mediação, como já dito, é a transformação do conflito, seja com vistas a perpetuar o relacionamento entre as partes envolvidas, seja para simplesmente diluir esse conflito de forma perene, de maneira a não reacendê-lo no futuro.

Na verdade, a celebração de um acordo pode significar o encerramento de um processo judicial, mas não necessariamente do conflito que a ele subjaz. Não raro, por permanecer intacto o conflito e toda a gama de emoções que o acompanham, uma nova demanda surge mais adiante e novo processo se inicia.

Petrônio Calmon aponta a conciliação como a forma de autocomposição que recebe a dimensão processual, isto é, ou é realizada em juízo ou é por ele homologada. Neste caso, as partes encaminham prévio acordo para o processo, com vistas à confirmação pela autoridade judicial (CALMON, 2007, p. 141).

A mediação, ainda que possa ser realizada no decorrer da tramitação de um processo judicial, não está, sob qualquer hipótese, atrelada à jurisdição.

3.2 – MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM

A distinção entre mediação e arbitragem pode ser compreendida com muito mais nitidez, já que poucos são seus elementos comuns.

Em verdade, é praticamente a atuação de um terceiro no

conflito e sua classificação como meio alternativo de resolução de controvérsias, que as aproxima.

Como foi visto anteriormente, a crise estrutural do Estado, mormente em sua organização administrativa e judiciária, proporcionou o surgimento e a difusão dos chamados métodos alternativos de solução de disputas, sendo os mais conhecidos a mediação, a conciliação e a arbitragem.

Segundo Pietro Perlingieri,

A arbitragem aparece como uma das formas mais evidentes de tal tendência: de uma parte desestataliza a função jurisdicional, atribuindo, de fato, o poder decisional a sujeitos fora da magistratura ordinária; de outra, põe os pressupostos para a criação de uma jurisprudência e de uma prática negocial referíveis a ordenamentos não nacionais como, por exemplo, a *lex mercatoria* como regra de disciplina uniforme das relações comerciais internacionais (PERLINGIERI, 2008, p. 39).

Apesar de fazer parte do ordenamento jurídico brasileiro desde a colonização portuguesa, presente também no Código Comercial e no Regulamento 737, de 1850, além de figurar no Código de Processo Civil até 1996, a arbitragem, tomou novo impulso com a promulgação da Lei nº 9.307/96, a qual revitalizou o instituto, promovendo-lhe correções para adequá-lo aos padrões e interesses vigentes no cotidiano econômico contemporâneo (MORAIS, 2008, p. 169).

A edição da lei da arbitragem trouxe novos horizontes também para os demais métodos alternativos de resolução de disputas, fazendo surgir de norte a sul do país Tribunais Arbitrais, Câmaras de Mediação e Arbitragem e outras entidades públicas e privadas voltadas para dita função.

A arbitragem possui larga utilização na seara empresarial, estando também muito presente nos contratos

internacionais e, por consequência, no comércio exterior. Isto ocorre, em grande parte, porque o instituto faz vencer as incertezas e inseguranças que surgem naturalmente quando uma parte domiciliada em um país acorda um negócio com outra, domiciliada em outro país. A arbitragem é capaz de assegurar, assim, que eventual controvérsia existente em função do aludido contrato, seja decidida sem que haja a necessidade de se recorrer a um tribunal do país da parte adversa.

Inúmeras são as instituições que praticam a arbitragem internacional, sendo as mais conhecidas e procuradas a Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (Cour Internationale d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale), com sede em Paris; a Corte de Arbitragem Internacional de Londres (London Court of International Arbitrations), com sede na capital inglesa; e a Associação Americana de Arbitragem (American Arbitration Association), estabelecida na cidade de Nova Iorque (LOBO, 2003).

O Brasil, a exemplo de diversos outros Estados, elaborou sua lei nacional sobre arbitragem sob os auspícios da Lei Modelo da UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law), órgão da Organização das Nações Unidas (ONU). A Lei Modelo foi aprovada em assembleia realizada em 11 de dezembro de 1985. Mas ainda em 10 de junho de 1958 foi assinada por 29 (vinte e nove) países, a convenção internacional sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras, conhecida como Convenção de Nova Iorque e considerada o documento básico da arbitragem comercial internacional. Dita Convenção está hoje ratificada por quase todos os países importantes do mundo, inclusive o Brasil que, com inescusável atraso, somente o fez recentemente, tendo sido promulgada pelo Decreto n° 4.311, de 23 de julho de 2002 (LOBO, 2003).

A entrada em vigor da lei brasileira de arbitragem representou uma transformação que adveio, em grande parte, da importância do instituto em face das relações comerciais internacionais.

O que difere substancialmente a arbitragem da mediação, é a posição assumida pelo terceiro: na arbitragem ele vai tomar uma decisão sobre o caso trazido; na mediação, o terceiro vai ajudar as partes a direcionarem, elas próprias, os rumos do procedimento, com vistas à transformação do conflito instalado, que pode ou não representar um acordo.

A arbitragem está mais próxima da jurisdição. Nela está presente a linguagem binária (ganhador-perdedor), já que o árbitro, não obstante ter sido escolhido livremente pelas partes e ser obrigatoriamente dotado de imparcialidade, decide o conflito em favor de um ou de outro litigante. Diz-se que a arbitragem é convencional em sua instituição e jurisdicional em seu funcionamento:

Os árbitros são juízes de fato e de direito, exercem a função pública de ministrar a Justiça e garantir a paz social e estão sujeitos aos mesmos requisitos de independência e imparcialidade dos juízes estatais. O processo arbitral, embora estabelecido por consenso das partes, deve observar os requisitos básicos do processo judicial, quais sejam o contraditório, a igualdade das partes, o livre convencimento dos árbitros. A sentença arbitral deve ater-se aos contornos determinados pela lei, sob pena de nulidade. Tudo isso porque a convenção de arbitragem exclui o processo judicial, mas a sentença arbitral regularmente proferida obriga as partes e é passível de execução forçada perante os juízes e tribunais estatais, da mesma forma que a sentença judicial (LOBO, 2003).

O traço de maior dissonância entre a mediação e a

arbitragem é, dessa forma, o fato de que nesta a solução do conflito é externa às partes. Estas elegem livremente um terceiro imparcial – o árbitro – autorizando-o a tomar uma decisão que as obrigará. As partes, assim, por livre e espontânea vontade, se submetem à vontade de um terceiro, que exercerá a função de juiz (BARBOSA, 2004). Na mediação, diferentemente, as partes decidem e se responsabilizam por suas próprias escolhas. Na arbitragem, o árbitro se coloca entre as partes, mas acima delas, igualando-se à posição de juiz, o que não acontece na mediação, onde o mediador se posiciona ao lado das partes auxiliando-as a encontrarem, por si, a melhor alternativa para pôr fim ao impasse.

Por sua aproximação com a jurisdição, a arbitragem é regida por princípios aplicados à justiça estatal, como o contraditório, a ampla defesa, a igualdade de tratamento das partes, a imparcialidade e a independência do árbitro, bem como o livre convencimento do julgador.

Observa-se, ademais, que apesar de ser um meio alternativo à jurisdição para a resolução de conflitos, a arbitragem não tem por objetivo o acordo entre as partes, como ocorre na conciliação. No dizer de Walsir Edson Rodrigues Júnior, “não se trata de promover acordo, pois é o mérito da questão que deverá ser analisado e julgado pelo árbitro, devendo sua decisão constituir-se num título executivo judicial” (RODRIGUES JÚNIOR, 2007, p. 50).

É óbvio, no entanto, como afirmado anteriormente, que as partes não estão impedidas de resolver o conflito mediante a celebração de um acordo, fazendo uso da conciliação. Eventual acordo, inclusive, pode ser homologado pelo árbitro, a teor do que dispõe o já mencionado § 4º do artigo 21, da Lei nº 9.307/96.

Finalmente, é mister salientar que podem ser levados à justiça arbitral os litígios relativos a direitos patrimoniais

disponíveis, assim compreendidos os que podem ser objeto de renúncia, cessão, transferência, ou, de maneira geral, qualquer espécie de transação. É o que estipula o artigo 1º da Lei de Arbitragem, o qual também prescreve que todas as pessoas capazes de contratar podem se valer do instituto para dirimir litígios.

4. CONCLUSÃO

A pesquisa sobre um tema considerado imaturo, ou seja, aquele que não atingiu seu pleno desenvolvimento, acontece de maneira extremamente dinâmica e, por isso, deve ser conduzida com a máxima cautela.

Muito se tem escrito sobre mediação, muito se tem falado sobre mediação e muito se tem praticado de mediação. Na verdade, como anunciou o francês Jean François-Six, ainda em 2001, mediação virou palavra da moda (SIX, 2001, p. 1). E assim tem acontecido também no Brasil. E é extremamente salutar que assim seja, desde que se tome o cuidado devido para não contaminar o instituto com a áurea de solução absoluta para todos os males, de um remédio milagroso, sob pena de desaparecer, como todo modismo.

Defende-se aqui a maior difusão possível da prática da mediação, mas também a criação de comandos gerais que possibilitem um mínimo de uniformidade quanto a sua metodologia e regras próprias, aptas a desenvolvê-la a contento, principalmente em um país de dimensões continentais e diversidade cultural tão peculiares quanto o Brasil.

Os meios alternativos de resolução de conflitos surgem como uma forma de pacificar litígios, sem a energia que provavelmente seria despendida pelo magistrado e pelas partes durante a tramitação de um processo judicial.

A mediação, por sua vez, como demonstrado, vem se

mostrando um instrumento extremamente eficaz para essa pacificação, já que, trabalhando e transformando o conflito, é capaz de eliminar as resistências negativas que podem permanecer entre as partes em função de um sentenciamento ou de uma conciliação.

Dada sua indubitável viabilidade prática, apresenta-se mais do que necessária a institucionalização da mediação como instrumento para a pacificação de conflitos, especialmente aqueles decorrentes das relações familiares. A mediação se apresenta como um fim a ser alcançado. A cultura de paz que advém de sua prática deve ser estimulada, fazendo parte da vida dos cidadãos em todas as situações, em todos os setores, em todas as instâncias.

O debate já se encontra em andamento. Não se há de deixá-lo cair no vazio.



REFERÊNCIAS

BARBOSA, Águida Arruda. Mediação Familiar: instrumento para a reforma do judiciário. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro. Anais do IV congresso brasileiro de direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 29-39.

_____. Estado da arte da mediação familiar interdisciplinar no Brasil. *Revista brasileira de direito de família*. Porto Alegre: Síntese, n. 40, fev./mar. 2007, p. 140-151.

_____. *Construção dos fundamentos teóricos e prático do código de família brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós Graduação da USP. São

- Paulo, USP, 2007-A.
- BAUMAN, Zigmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.
- BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- FOLBERG, Jay; TAYLOR, Ann. *Mediation: a comprehensive guide to resolving conflicts without litigation*. San Francisco: Jossey Bass, 1984.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil. Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Uma introdução à arbitragem comercial internacional. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). *Arbitragem interna e internacional*. Questões de doutrina e da prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 3-51.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial*. Fundamentos de direito. São Paulo: RT, 2009.
- MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem*. Alternativas à jurisdição! Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- OSTERMEYER, Melinda. Realizar la mediación. In: DUFFY, Karen Grover; GROSCH, James W.; OLCZAK, Paul V. *La mediación y sus contextos de aplicación – una introducción para profesionales e investigadores*. Buenos Aires: Paidós, 1996, p. 125-139.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. *A prática da mediação e o acesso à justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

- SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007.
- SIX, Jean-François. *Dinâmica da mediação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Vol. I. Florianópolis: Habitus, 2001.
- WILMOTT, William; HOCKER, Joyce. *Interpersonal conflict*. Dubuque, Iowa: William C. Brown, 1978.