

A CONCREÇÃO DO ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA POR MEIO DA IMPLEMENTAÇÃO DA MEDIAÇÃO – APLICABILIDADE NA SEARA EMPRESARIAL

THE CONCRETION ACCESS TO FAIR LEGAL SYSTEM BY IMPLEMENTING THE MEDIATION – APPLICABILITY TO HARVEST BUSINESS

*Mayna Marchiori de Moraes e Renata Mayumi Sanomya**

Sumário: Introdução. 1 O Direito ao Acesso à ordem jurídica justa; 2 O paradoxo entre a ordem jurídica justa e a morosidade do Judiciário; 3 Mediação e a justa composição entre as partes; 3.1 A relevância do instituto da mediação; 3.2 Princípios informadores e finalidades da mediação; 4 A aplicabilidade da mediação na seara empresarial; 5 O estudo comparado da mediação; 5.1 A experiência estrangeira da mediação; 5.2 O panorama da mediação inglesa; considerações finais. Referências.

Resumo: O mero acesso formal à justiça, vislumbrado em tempos não muito remotos, foi substituído pela concepção hodierna de acesso a ordem jurídica justa, que se preocupa com a questão da presteza na concessão da tutela jurisdicional pelo Estado. Um dos meios eficazes que corroboram as garantias constitucionais arraigadas na Carta Magna é a política pública da resolução dos conflitos, que elege a participação das partes, por meio da manifestação de vontade, como ponto decisivo no resultado de seus interesses. Nessa ótica dialógica, o presente trabalho possui o escopo de contribuir para o debate doutrinário, por meio de um estudo acerca da efetividade advinda da adequada implementação da mediação como meio alternativo de solução de conflitos no sistema jurídico pátrio. Demonstrar-se-á, ainda, a possibilidade de utilização deste método nas relações empresariais e as questões éticas que as envolvem, importando conceitos e utilidades do direito estrangeiro.

Palavras-chave: mediação. Acesso à ordem jurídica justa. Ética. Relações empresariais. Direito estrangeiro.

Abstract: The mere access to formal justice, being not an old concept, was substituted by the modern concept of access to fair legal system, which worries about the quality in granting judicial tutelage by the State. One of the effective ways that corroborate the constitutional guarantees entrenched in the Constitution is the public policy of conflict resolution, which elects the litigants participation, through the expression of will, as a decisive thing in the effects of their interests. In this dialogical perspective, this work aims to contribute with the doctrinal debate, by means of a study about effectiveness arising from the proper implementation of mediation as an alternative resource of conflict resolution in the Brazilian legal system. It will be also demonstrated the possibility of using this resource in business relationships and the ethical issues that surround, bringing concepts and utilities from the foreign law.

Keywords: mediation. Access to fair legal system. Ethics. Business relationships. Foreign law.

INTRODUÇÃO

A evolução e globalização da sociedade, traço permanente da contemporaneidade, operam relevantes transformações no mundo jurídico e na forma de vislumbrar o Direito. Uma destas transformações, desfavoráveis ao Estado Democrático de Direito ocorre na fragilidade criada aos integrantes dos Poderes Estatais, como o Poder Judiciário, por sua inequívoca influência e concludente aumento de insatisfações e conflitos multidisciplinares.

O Estado Democrático de Direito assegura aos indivíduos a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva, pautada nos princípios arraigados na Constituição Federal. Entretanto, hodiernamente, a demora na entrega do bem da vida perquirido pelos interessados continua a ser um dos males contemporâneos do processo civil, o que acaba por descredibilizar o sistema jurídico pátrio.

O princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário garante a todos o acesso à justiça, entretanto, essa prerrogativa, não se traduz, por si só, acesso a uma ordem jurídica justa. Ora, a simples possibilidade de postular uma pretensão junto ao órgão

* Mayna Marchiori de Moraes mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina – UEL e Renata Mayumi Sanomya especialista em direito internacional e econômico e mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina UEL.

judiciário não é sinônimo de concreção substancial da justiça. Dessa forma, a doutrina processual contemporânea tem se preocupado com a questão da temporalidade do processo.

Para que a efetividade saia do campo doutrinário e vigore de forma concreta no sistema jurídico pátrio, torna-se imprescindível uma mudança na postura dos cientistas e operadores do direito, ampliando a visão das formas de solucionar os conflitos por meio da implementação mais assídua de meios extrajudiciais de resolução de conflitos, a fim de permitir que estes instrumentos eficazes sejam colocados, de forma efetiva, à disposição dos cidadãos para a solução das desavenças.

Essa nova realidade tem aumentado significativamente as discussões acerca dos mecanismos auxiliares da justiça, seus princípios informadores, finalidades e as questões éticas envolvidas, especialmente pelo fato de não haver regulamentação específica para disciplinar, de forma específica, o instituto da mediação. A promoção desta forma de resolução de conflitos merece especial enfoque dentro do contexto empresarial, devido a relevância destas operações em razão do fenômeno globalizacional e do conseqüente aumento de litígios nesse ramo do ordenamento.

Destarte, para que a utilização da mediação empresarial possa ser analisada de forma mais detalhada, realizar-se-á um estudo comparado, reforçando as vantagens advindas de seu uso em outros países, importando as proficuidades que possam se adaptar ao ordenamento brasileiro, recorrendo especificamente às experiências da mediação inglesa.

Por tratar-se de tão interessante e extenso tema, é necessária uma estreita delimitação do objeto de pesquisa. Como exposto acima, a pesquisa limitar-se-á a realizar um estudo não exauriente acerca do direito fundamental de acesso à justiça e a questão da morosidade do Poder Judiciário. Após transitar por esses conceitos, a pesquisa direcionar-se-á à análise do instituto da mediação, suas implicações na seara empresarial e as questões éticas envolvidas. Após isto, o foco é sugerir as possíveis contribuições que possam ser importadas de legislações estrangeiras. Tudo isto será feito com base no método hipotético-dedutivo.

Neste sentido, justifica-se a pesquisa ora apresentada por tratar-se de tema relativamente novo no seio da doutrina brasileira, sendo de grande importância por realizar proposta de melhoria no que concerne à realização da justiça e da pacificação social.

Surge assim, a necessidade de estudo teórico e prático da utilização a mediação empresarial e suas repercussões, consolidando a importância de sua implementação e da disseminação da cultura de pacificação social no Judiciário, para o fim de atender as normas e princípios constitucionais balizadores do ordenamento jurídico pátrio com a conseqüente concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

1 O DIREITO AO ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA

O direito ao acesso à Justiça, que surgiu em meados da década de 1960, foi tradicionalmente reconhecido como sendo o direito de ação para defesa de direitos individuais, sendo ampliado pela Constituição Federal de 1988, à via preventiva, para englobar a ameaça e fazer constar em texto expresso que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão.

Trata-se da garantia de que o sistema jurídico, além de dever/ser igualmente acessível a todos, também possui a incumbência de produzir resultados justos, assim entendidos como substancialmente eficazes. O acesso à justiça pode ser encarado “como 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”. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 68).

Ocorre que, “a problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata de apenas possibilitar o

acesso à Justiça enquanto instituição estatal e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa”. (WATANABE, 1988, p.128). O Estado detém o dever de prestar uma tutela jurisdicional adequada ao cidadão, proporcionando efetividade as pretensões dos demandantes, demonstrando aos jurisdicionados que possui condições de oferecer uma resposta adequada, em um espaço de tempo razoável, motivando-os a buscar a solução do conflito por meio do Poder Judiciário. (KLIPPEL, 2008, p. 58).

Acesso à justiça significa acesso a um processo justo, que possibilite, além de outras nuances, a efetividade da tutela dos direitos, consideradas as diferentes posições sociais e as específicas situações de direito substancial.

Sobre a ordem jurídica justa, Kazuo Watanabe (2011, p. 385) assevera que:

O princípio de acesso à justiça, inscrito no n. XXXV do art. 5º, da Constituição Federal, não assegura apenas acesso formal aos órgãos judiciários, e sim um acesso qualificado que propicie aos indivíduos o acesso à ordem jurídica justa, no sentido de que cabe a todos que tenham qualquer problema jurídico, não necessariamente um conflito de interesses, uma atenção por parte do Poder Público, em especial do Poder Judiciário.

A expressão acesso à ordem jurídica justa deve ser interpretada extensivamente, compreendendo: a) o ingresso em juízo; b) a observância das garantias compreendidas na cláusula do devido processo legal; c) a participação dialética na formação do convencimento do juiz, que irá julgar a causa (efetividade do contraditório); d) a adequada e tempestiva análise, pelo juiz, natural e imparcial, das questões discutidas no processo (decisão justa e motivada); e) a construção de técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos materiais (instrumentalidade do processo e efetividade dos direitos). (CAMBI, 2007, p. 24-25.)

O acesso à justiça está disponível a toda sociedade e, em decorrência disso, cediço que na contemporaneidade a principal preocupação dos legisladores e estudiosos do direito é o alcance entre o equilíbrio da duração do processo e da eficiência na prestação da tutela jurisdicional. Importante destacar que a expressão “acesso à justiça significa ainda, acesso à informação e à orientação jurídicas e a todos os meios alternativos de composição de conflitos.” (MARINONI, 1999, p. 28).

2 O PARADOXO ENTRE A ORDEM JURÍDICA JUSTA E A MOROSIDADE DO JUDICIÁRIO

A Constituição Federal de 1988, moderna e progressista no que concerne aos direitos fundamentais é também inovadora em muitos aspectos. Exemplo disto é o artigo 5º, §§1º e 2º da Carta Magna que veio ampliar o leque de direitos fundamentais reconhecidos aos cidadãos. Nesse contexto, a Emenda Constitucional nº 45/2004 acrescentou ao artigo 5º da Carta Maior, o inciso LXXVIII, que traduz a garantia de duração razoável do processo, como corolário da garantia ao acesso à justiça.

As declarações fundamentais de direitos humanos garantem que todo homem faz jus a um processo justo em que a decisão ocorra em um prazo razoável, sob pena de a justiça ser considerada inacessível ao cidadão. O grande obstáculo é fazer com que se realize a promessa constitucional de que os processos terão uma duração razoável. (FUX, 2010).

Para legitimar o exercício da jurisdição, realizar corretamente o Direito e efetivar a democracia sem impor sacrifícios injustificados para as partes é preciso assegurar que o processo tenha duração suficiente apenas para a prática dos atos necessários. O direito à duração razoável, a celeridade e a eficiência na prestação da tutela jurisdicional são, pois, direitos fundamentais, implícitos em todo Estado Democrático de Direito e que, atualmente, não são alcançados pela realidade da justiça brasileira.

Em razão disso, seguiram-se várias reformas no Código de Processo Civil de 1973, com a implantação tópica de modificações e a criação de institutos jurídicos novos, cuja finalidade era não só a de simplificar o processo, mas também, acelerar a prestação da tutela jurisdicional, tornando-a mais econômica e efetiva no alcance de resultados práticos para os jurisdicionados. Tais alterações decorreram do processo de socialização do direito constitucional, oportunidade em que se tornou necessária à obtenção de novos paradigmas voltados à concretização do direito fundamental da razoável duração do processo, celeridade e eficiência. (FUX, 2010).

Ocorre que, mesmo após inúmeras mudanças trazidas pela legislação, o sistema jurídico brasileiro não está apto a promover a entrega do bem da vida buscado pela parte interessada, não ao menos na forma e modo com que o Estado Democrático de Direito a assegura. Para o Ministro Luiz Fux (2010) essa inaptidão decorre da solenidade dos processos, dos ritos seguidos e em razão do volume de ações e recursos atualmente previstos no Código de Processo Civil de 1973. Tais fatos contribuem para que seja absolutamente impossível cumprir uma duração razoável dos processos.

Entretanto, a lei é responsável por melhorias nos resultados na exata medida em que a origem do problema foi por ela causada. Não há que se falar em reforma da justiça sem mencionar a necessidade de aprimoramento estrutural do Poder Judiciário tendo em vista que a simples alteração das leis processuais, mesmo com a intenção deliberada de desfazer os pontos de estrangulamento, não produz, por si só, os vislumbrados efeitos, obstando o acesso à ordem jurídica justa. (WAMBIER, 2010).

Dessa forma, torna-se imprescindível a criação de instrumentos e o aperfeiçoamento daqueles já existentes, para que a tutela jurisdicional seja efetiva e o processo cumpra sua missão de pacificação dos conflitos, tornando a prestação judicial mais célere, justa e adequada. (MARINONI; MITIDIERO, 2010, p. 22). Ressurge então, a ideia de um sistema judicial ampliado através da introdução de múltiplos programas para resolver as disputas por meios de métodos alternativos de pacificação social, meios auxiliares à cultura tradicional da litigiosidade, pregando o que gostaríamos de chamar de cultura conciliatória.

A busca por meios alternativos de solução de conflitos atende, sobretudo, a um ditame democrático, caracterizado pela necessidade de dar efetividade aos direitos fundamentais e de prover a sociedade de um aparato administrativo mais célere e menos burocrático, mais dirigido a satisfazer o interesse público que a desvirtuá-lo em nome da lei e, especialmente, de torná-lo mais aberto à participação popular.

3 MEDIAÇÃO E A JUSTA COMPOSIÇÃO ENTRE AS PARTES

Conflitos são decorrências naturais da condição humana que enfatizam a tendência à posição unilateral e estimulam a polarização das posições. São, portanto, fruto de percepções e posições divergentes quanto a fatos e condutas que envolvem expectativas, valores ou interesses comuns (VASCONCELOS, 2008, p. 19).

A mediação torna possível a análise do problema por meio da ótica valorativa do outro, ou seja, através da valorização dos anseios individuais dos supostos combatentes, de modo que as próprias partes envolvidas encontrem soluções viáveis para seus problemas, tornando o conflito uma situação construtiva a ser gerenciada.

Desde que conduzido da maneira adequada, o conflito pode proporcionar o crescimento pessoal, profissional e organizacional dos litigantes, tornando-se um verdadeiro meio de conhecimento, amadurecimento e aproximação entre indivíduos de forma a impulsionar relevantes alterações quanto à ética e à responsabilidade profissional (AZEVEDO, 2009, p. 28).

Nesse sentido, o instituto da mediação se apresenta como um importante instrumento de solução de disputas, capaz de promover o diálogo entre as partes e a consequente resolução consensual, sendo seu principal objetivo a pacificação social.

De acordo com os ensinamentos de Rozane da Rosa Cachapuz (2005, p. 28), a mediação é um meio extrajudicial de resolução de conflitos, onde um terceiro é chamado para encaminhar as partes a chegarem a um consenso. Tal técnica possui o fito de facilitar a comunicação entre as partes, propiciando que estas possam, visualizando melhor os meandros da situação controvertida, protagonizar uma solução consensual. (TARTUCE, 2008, p. 208).

Assim, compete ao mediador conduzir as partes em conflito, por meio de um viés dialógico, à busca da melhor solução, sem que nenhum dos envolvidos se considere perdedor. A qualidade direcional do processo depende da aptidão técnica do mediador para diminuir as resistências entre os mediandos, promovendo uma comunicação cooperativa e, via de consequência, aumentando as possibilidades de cumprimento dos compromissos assumidos ao longo do processo da mediação.

Desta forma, a mediação representa um meio alternativo de solução de controvérsias na medida em que se insere em um modelo consensual onde não existe a característica de conflituosidade do modelo tradicional de jurisdição¹, permitindo a preservação e o aperfeiçoamento das relações sociais.

Entre as inúmeras vantagens decorrentes do uso da mediação, merecem destaque: a resolução de disputas de forma construtiva, o fortalecimento das relações sociais, a promoção de relacionamentos cooperativos, a exploração de estratégias que possam prevenir ou resolver futuras controvérsias (AZEVEDO, 2009, p. 20), a humanização das disputas, entre outras.

Contudo, cabe lembrar que esse mecanismo não pode ser encarado como uma solução milagrosa para enfrentar os problemas do Poder Judiciário, mas sim, como um reforço capaz de complementar os mecanismos judiciais já existentes, tendo como finalidade a busca pelo bem comum² e a concretização do acesso à justiça³.

3.1 A RELEVÂNCIA DO INSTITUTO DA MEDIAÇÃO

A atualidade encontra-se atrelada a transformações profundas e instantâneas. Neste contexto transformativo social, tem-se a percepção de que o Direito, de igual sorte, alterou-se, mas ainda clama por mudanças (PARAÍSO, 2006, p. 14). Os novos desafios de uma economia globalizada e de uma sociedade cada vez mais consciente de seus direitos (SOUZA, 2009, p. 69) enfatizam a necessidade e os benefícios advindos da utilização dos meios alternativos de solução de conflitos.

Conforme já salientado, os conflitos fazem parte da vida em sociedade e permeiam todos os tipos de relações humanas. Igualmente, é inevitável admitir que os mecanismos tradicionais disponíveis se revelam insuficientes na resolução desses conflitos, seja no aspecto quantitativo e qualitativo, seja no sentido de acessibilidade do sistema à todos os titulares de direitos.

A existência de uma bagagem jurídica excessivamente formalista e desvinculada dos aspectos éticos e sociais (SOUZA, 2009, p. 60) aliada à falta de visão interdisciplinar e despreparo dos operadores do Direito, levam à compreensão dos motivos que acarretaram o aumento da utilização das formas alternativas de solução de conflitos, dando especial enfoque à mediação.

Outra questão de enfoque se refere ao abarrotamento dos tribunais e o consequente acúmulo de litígios que ficam sem julgamento em tempo razoável, o que demonstra as consequências da falta da cultura mediacional na sociedade pátria (BACELLAR, 2009, p. 86), evidenciada pela busca primária da cultura da litigiosidade, antes mesmo da tentativa de solução dos conflitos pelos próprios interessados.

A existência dessa característica cultural aliada ao elevado custo financeiro constituem verdadeiros óbices no que diz respeito à acessibilidade do sistema a todos os titulares de direitos, sendo indiscutível a necessidade de superação desses obstáculos de ordem econômica e social que impedem a realização do efetivo acesso à ordem jurídica justa.⁴

Salutar ressaltar que a falta de um modelo capaz de garantir o devido acesso à justiça desrespeita outro importante princípio constitucional elencado no artigo 1º, inciso III, o qual estabelece a proteção à dignidade da pessoa humana. Assim, a valorização da pessoa e a promoção da sua dignidade constituem valores fundamentais norteadores do Direito e das relações jurídicas.

Nesse sentido, os ensinamentos de Fernanda Tartuce (2008, p. 211):

A mediação enquanto método que concebe o mediando como protagonista de suas próprias decisões e responsável por seu próprio destino, está fundamentada na dignidade humana em seu sentido mais amplo. Afinal, permite que o indivíduo decida os rumos da controvérsia, resgate sua responsabilidade e protagonize uma saída consensual para o conflito, o que o inclui como importante ator na configuração da solução da lide, valorizando sua percepção e considerando seu senso de justiça.

Enfim, para que a sociedade possa utilizar e se beneficiar dos meios extrajudiciais de resolução de conflitos é imprescindível o desenvolvimento de uma nova cultura social que possibilite a compreensão e avaliação desses métodos, de forma a obter soluções mais rápidas, menos onerosas e efetivas. (CACHAPUZ, 2005, p. 16).

Vê-se, portanto, a necessidade de superação desses obstáculos que impedem a pacificação social e o efetivo acesso à ordem jurídica justa por meio da utilização adequada do instituto complementar da mediação, inspirado por um Direito mais humanizado e que se aproxime das necessidades cotidianas.

3.2 PRINCÍPIOS INFORMADORES E FINALIDADES DA MEDIAÇÃO

A mediação, como instituto baseado em um acordo de vontades e no reconhecimento dos direitos humanos, encontra respaldo em determinados princípios formadores de suas diretrizes básicas, entre os quais merecem enfoque, o da imparcialidade, credibilidade, competência, confidencialidade e diligência, todos voltados ao ofício do mediador.

Dessa forma, como a prática da mediação de conflitos requer capacitação e sensibilidade para lidar com as dinâmicas do confronto na busca da melhor solução, entre as noções básicas que integram o preparo dos mediadores estão os preceitos de uma comunicação construtiva baseada na colaboração entre os mediandos.

Como decorrência do poder de decisão das partes, a imparcialidade é característica fundamental da figura do mediador, considerando seu papel de restaurador do diálogo entre os envolvidos e condutor do processo de mediação, podendo o mesmo se declarar impedido caso verifique que há riscos de parcialidade.

A credibilidade deve ser conquistada e mantida durante todo o processo da mediação, o que garantirá o êxito do procedimento e o cumprimento do compromisso firmado. Já a competência e diligência dizem respeito à efetiva capacidade para mediar a controvérsia existente e cuidado e prudência da regularidade, bem como a garantia do estrito cumprimento dos princípios fundamentais (PARAISO, 2006, p. 64)

O princípio da confidencialidade assegura aos participantes a segurança de que as informações e experiências compartilhadas não serão divulgadas, o que significa proteção da exposição do problema e sigilo dos fatos. A boa-fé e a transparência entre os mediandos devem ser construídas num ambiente de confiança, que supõe o compromisso irrevogável de

sigilo. O princípio da confidencialidade cinge-se na ideia de que as revelações ocorridas durante uma mediação não podem ser utilizadas em outro ambiente, judicial ou não, sem a prévia anuência das partes interessadas. (VASCONCELOS, 2008, p. 106).

No que concerne às finalidades, entre os principais objetivos da mediação estão o restabelecimento da comunicação entre as partes, a preservação dos relacionamentos, a prevenção de conflitos, a busca por alternativas de solução e finalmente, a pacificação social.

Conforme as lições de Roberto Portugal Bacellar (1999, p. 130):

A verdadeira Justiça só se alcança quando os casos se solucionam mediante consenso que resolva não só a parte do problema em discussão, mas também todas as questões que envolvam o relacionamento entre os interessados. Com a implementação de um “modelo mediacional” de resolução dos conflitos, o Estado estará mais próximo da conquista da pacificação social e da harmonia entre as pessoas.

Assim sendo, a mediação tem em vista o acordo pela liberdade da escolha e consensualidade, possibilitando, dessa maneira, a pacificação social e a continuidade de relacionamentos futuros por meio da prevenção de possíveis controvérsias.

3.3 A ÉTICA NA MEDIAÇÃO

Apesar de um universo de aplicação bastante vasto e dos comprovados benefícios que o uso da mediação pode acarretar, esse instituto ainda vem sendo timidamente aplicado no Brasil, sob a proteção de dispositivos legais não específicos.

Embora inexista impedimento constitucional para o uso da mediação e o próprio Preâmbulo da Constituição Federal de 1988⁵ declare o compromisso do Estado em relação a solução pacífica das controvérsias, é indiscutível a necessidade da criação de normas que estabeleçam diretrizes dos comportamentos e procedimentos a serem adotados.

De igual forma, o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil (2000), em seu artigo 2º, inciso IV, parágrafo único, determina aos operadores do Direito o incentivo dos métodos extrajudiciais através do estímulo à conciliação entre as partes, evitando, sempre que possível, a instauração de litígios.

No Brasil, a aplicação da mediação não se encontra formalmente prevista, mas existe um anteprojeto de lei composto de 22 artigos e elaborado pela Escola Nacional da Magistratura juntamente com o Instituto Brasileiro de Direito Processual, que disciplina a mediação extrajudicial aplicada ao processo civil, devendo esta ser conduzida por um profissional de Direito.

Por isso, Tânia Lobo Muniz (2009b, p. 103) aborda a importância de se delimitar parâmetros, *standards* de comportamento e de procedimento para o instituto da mediação, além da formação e atuação dos mediadores, que proporcionarão uma maior credibilidade, aceitação e o conseqüente crescimento de sua utilização.

Nesse diapasão, a relevância dos princípios já elencados, do perfil e preparo do terceiro facilitador do diálogo, e, principalmente, a necessidade de estabelecer limites e padrões de conduta alinhados com a ética e o bem comum são assuntos que merecem maior atenção para que seja admissível uma adequada aplicação da mediação.

Discute-se, assim, a necessidade de criação de um Código de Ética⁶ e de outras formas de atuação para mediação com poder coercitivo suficiente para tutelar as relações que dela se utilizem, sem engessar a flexibilidade e informalidade, características que fazem parte do referido procedimento.

Tais documentos teriam a precípua função de proporcionar a homogeneidade e segurança necessárias ao bom andamento do processo, além de favorecer a qualidade da

comunicação, gerando elevado rendimento de acordos concretizados e uma maior satisfação dos envolvidos, favorecendo a pacificação social.

Cabe, nesse momento, destacar as palavras de Tânia Lobo Muniz (2009b, p. 107):

A necessidade de criação de um regulamento ou modelo é inquestionável. Este é um ato político que define a natureza do campo da mediação, diferenciando-a de outros modelos. Deve-se tomar cuidado para não ser pretensioso e subjetivo a ponto de encorajar o estabelecimento de uma linha de batalha entre os vários métodos, técnicas, estilos e práticas da mediação, ao invés de um modelo utilizável de comportamento.

A experiência, aliada a pesquisas metodologicamente adequadas, tem demonstrado que o que torna um procedimento efetivo depende das necessidades das partes em conflito, dos valores sociais ligados às questões em debate e, principalmente da qualidade dos programas ou das instituições (AZEVEDO, 2009, p. 21).

Tem-se, portanto, que o estabelecimento dessas normas que irão traçar os padrões de comportamento a ser adotado e a criação de um regulamento que defina a forma e o campo de atuação da mediação implicarão na proteção da sociedade contra os maus profissionais e permitirão alcançar os principais escopos da mediação, quais sejam, o acesso à justiça e a pacificação social.

4 A APLICABILIDADE DA MEDIAÇÃO NA SEARA EMPRESARIAL

Entre as transformações ocorridas no Estado contemporâneo, uma das mais relevantes se refere ao Direito Negocial⁷, pois o aumento das relações de trabalho aliado ao crescimento e desenvolvimento econômico ampliou significativamente o número de conflitos, enfatizando a necessidade de meios capazes de assegurar o efetivo acesso à justiça e a manutenção da função social da empresa.

A crescente utilização da prática da negociação na resolução dos conflitos modifica um quadro histórico do Estado paternalista, que retirava do indivíduo seu poder de “auto resolução”, demonstrando a tendência mundial de participação dos cidadãos na administração da justiça através dos meios alternativos de solução dos conflitos.

Pelo fato dessas relações empresariais terem como característica relacionamentos prolongados e complexos, mecanismos de interferência apaziguadora como a mediação constituem os métodos mais apropriados na medida em que permitem a cooperação entre os empresários e o consequente cumprimento espontâneo das obrigações assumidas.

Certas peculiaridades das operações empresariais como a influência da dinamicidade da economia e a necessidade de elaborações de novos contratos sociais acarretam questionamentos no sentido de estabelecer limites na adoção da mediação para não se incorrer no erro de, no intuito de alcançar rapidamente a solução dos conflitos, acabar desprestigiando os padrões éticos essenciais.

Por outro lado, corre-se o risco de se ater com muito afinco aos limites éticos, num esforço de garantir a confiabilidade do instituto e perder-se o senso do que é necessário para uma prática competente, e arrisca-se, ainda, alcançar um resultado que na prática pode ser visto como bem intencionado, mas irregular, diferente e antiético. (MUNIZ, 2009b, p. 107).

Ademais, as reflexões acerca do uso da mediação para a defesa de direitos individuais e transindividuais no mundo empresarial merecem especial enfoque devido ao considerável aumento da importância e da quantidade de litígios nessa seara e tratamento diferenciado devido às suas características específicas. (BRAGA NETO, 2009, p. 131).

A mediação empresarial parte do pressuposto de que é fundamental, ao aportar o questionamento da inter-relação existente entre os empresários, oferecer elementos de

reflexão baseados em fatos daquela relação no passado e no presente, com vistas a construir um futuro, seja com a continuidade daquela relação, seja com o fim, que resulte em um modo mais pacífico em sua relação. (BRAGA NETO, 2009, p. 133).

Nesse sentido, a problemática fundamental consiste na possibilidade de aplicação da mediação no segmento empresarial e suas principais implicações quando se trata da solução de pendências entre empresas ou grupos de empresas, sempre destacando a proteção aos direitos individuais e transindividuais.

Um exemplo interessante são as franquias, em que os dois polos da relação possuem papéis de extrema relevância. Nesse tipo de operação empresarial, exige-se um relacionamento de parceria pautado na ética, no respeito mútuo e confiança. Essa interação ativa e constante é imprescindível para garantir o sucesso do negócio, mas pode ocasionar o surgimento de controvérsias.

Os contratos que, em determinado momento, atendiam a expectativas e interesses específicos, já não se mostram adequados à conjuntura atual. A dinamicidade da economia e a influência que ela exerce ocasionam controvérsias que podem gerar, muitas vezes, o descumprimento das cláusulas contratuais.

Com relação ao assunto, leciona Adolfo Braga Neto (2009, p. 134):

Além disso, há que se destacar ainda que franquia é uma atividade empresarial que envolve relacionamento de parceria complexa entre franqueador e franqueado, em um contrato que estabelece regras de conduta de ambas as partes [...]. Em outras palavras, é um contrato de complementariedade ímpar, talvez até de maneira audaciosa poder-se-ia afirmar que constitui um contrato de cumplicidade no sentido positivo do termo, no qual os dois lados possuem papéis específicos, que interagem de forma muito dinâmica e constante ao longo de toda a vigência daquele contrato, o que é essencial para a continuidade e sucesso de todas as operações inerentes ao negócio.

Nestes casos, portanto, o uso da mediação se mostra um instrumento eficaz na resolução de controvérsias, evitando intermináveis processos judiciais que demandam tempo, despesas, preocupação, além do desgaste do relacionamento franqueador/franqueado e até da impossibilidade de continuação do negócio.

Enfim, a mediação realizada através da intervenção de um terceiro que facilite a negociação e estabeleça a cooperação, pode determinar a continuidade da relação ou o surgimento de um novo contrato que atenda às perspectivas das partes de acordo com os fatores mutáveis da economia.

5 O ESTUDO COMPARADO DA MEDIAÇÃO

Tendo em vista que a insatisfação constitui um fator antissocial, não só no Brasil, mas em muitos outros países⁸, busca-se a eliminação desses conflitos da vida em sociedade por meio das formas alternativas de resolução de conflitos.

Através da realização de um estudo comparado será possível analisar o grau de aplicação da mediação em países como Estados Unidos, França, Canadá, Argentina e, mais detidamente, da Inglaterra e quais as políticas de incentivo para sua utilização.

Diante desse quadro, importa reforçar as vantagens advindas do uso do instituto em questão em ordenamentos estrangeiros, os motivos que ensejaram essas modificações e as possíveis contribuições que se aplicam ao nosso país.

5.1 A EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA DA MEDIAÇÃO

Primeiramente, os Estados Unidos merecem posição de destaque por ser o país que dispõe da maior quantidade de mecanismos de composição de controvérsias que se diferenciam em quatro modalidades: estatutária, contratual, voluntária e por determinação judicial. Com relação a esses mecanismos, explica Taritha Meda Caetano Paraiso (2006, p. 85):

A primeira delas refere-se à aplicação em razão de lei: são pouco comuns e atingem algumas situações de direito de família e trabalho. A mediação contratual ocorre quando os litigantes, geralmente na esfera empresarial, reúnem-se e chegam a um acordo sobre um contrato para resolver seu conflito. A voluntária trata da procura pelas partes de um mediador ao invés do sistema jurídico. A forma de mediação mais relevante e eficiente nos Estados Unidos decorre da determinação judicial. Pode se dar no início do processo – primeiros 90 dias – denominado avaliação inicial neutra, com mediadores nomeados ou privados. Há ainda as chamadas conferências de conciliação, que se dá quando o juiz conduz a mediação.

A existência de tão diversos e peculiares instrumentos revela a sofisticação e riqueza de opções decorrentes da vasta experiência americana no que se refere à manipulação desses mecanismos, ensejando profunda reflexão sobre em que medida o ordenamento jurídico brasileiro pode se beneficiar dessas experiências (TARTUCE, 2008, p. 185). Embora na França também não haja previsão legal que discipline o instituto da mediação, ele se desenvolveu na década de 80 e sempre foi utilizado em conjunto com o Judiciário. O desenvolvimento desse mecanismo e sua institucionalização, ainda que de forma primária, deu origem aos conciliadores e fez surgir um pensamento norteador da mediação no país. Assim, segundo Déborah Lídia Lobo Muniz (2009a, p. 317):

Na França, já há longo tempo, a mediação é utilizada como forma de resolução de situações conflituosas, contando, inclusive, com incentivo dos tribunais. [...] Os dados colhidos através de sua utilização, os acertos e os erros proporcionaram elementos para dar à mediação um caráter instrumental, quando utilizada como meio de reinserção social, de reparação de danos, como forma de acesso mais rápido à justiça e de desobstrução da via jurisdicionada.

Já no Canadá, a mediação teve como marco inicial o ano de 1981, quando passou a integrar o Tribunal de Justiça como um serviço público gratuito. Alguns anos depois, foi criado o primeiro serviço de mediação familiar em Montreal e em 1985, a Mediação Familiar é tratada em uma lei federal.

Finalmente, no caso da Argentina, o incentivo à institucionalização da mediação partiu do próprio Poder Judiciário por meio da implementação de um Programa Nacional de Mediação. Além disso, diversas outras instituições como a Comissão de Mediação e Conciliação do Colégio de Advogados da cidade de Buenos Aires, a Fundação Libra e a Comissão de Mediação do Conselho Profissional de Ciências Econômicas foram criadas com o objetivo de difundir o tema e acompanhar o seu desenvolvimento.

5.2 O PANORAMA DA MEDIAÇÃO INGLESA

Os estudos acerca da mediação na Inglaterra e às políticas de incentivo à sua utilização merecem especial atenção devido às inovações trazidas pelas Regras de Processo Civil de 1998 (CPR). Nesse particular, a propósito, vê-se que, na atualidade, o ordenamento jurídico inglês dá prioridade absoluta para as *alternative dispute resolution* (ADR), o que faz com que haja drástica diminuição do número de processos tramitando no Poder Judiciário⁹.

O novo Código alterou de forma significativa a cultura litigiosa dos tribunais ingleses, reconhecendo-se o potencial da mediação para concretização de acordos. Nesse sentido, logo

no início das CPR, prevê-se, como dever do juiz, “encorajar as partes a utilizar mecanismos alternativos de solução de conflitos, se o juiz considerar isso apropriado, e facilitar o uso do respectivo meio.” (Regra nº 1.4, 2, e)¹⁰.

Além disso, fatores econômicos vêm influenciando o aumento considerável pela escolha das vias alternativas, transformando o processo judicial na última opção para os litígios ingleses. Essa aversão aos altos custos é sentida tanto no caso das empresas privadas como no caso do governo, que precisa conter os gastos públicos¹¹.

Percebe-se, assim, a importância do estudo das novas regras processuais inglesas e, de maneira geral, da evolução ocorrida no direito alienígena após a adoção e incentivo dos meios alternativos de solução de controvérsias, para importar conceitos e utilidades práticas que possam aperfeiçoar o ordenamento jurídico pátrio, com o intuito de alcançar os escopos da pacificação social e a realização dos direitos materiais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à duração razoável, a celeridade e a eficiência na prestação da tutela jurisdicional são, pois, direitos fundamentais, implícitos em todo Estado Democrático de Direito e que, atualmente, não são alcançados pela realidade da justiça brasileira. Conforme explanado, para legitimar o exercício da jurisdição, realizar corretamente o direito e efetivar a democracia sem impor sacrifícios injustificados para as partes é preciso que o processo tenha duração suficiente apenas para a prática dos atos necessários.

Entretanto, a demora na entrega da prestação da tutela jurisdicional pelo Poder Judiciário acarreta a insatisfação dos indivíduos, fator antissocial que prejudica significativamente o desenvolvimento da sociedade. É necessário, pois, a criação de documentos legais que disciplinem o comportamento e as condutas daqueles que gerenciam a mediação e também dos que optam por esse instrumento. Como consequência, exige-se, paralelamente, uma mudança de paradigmas em relação à cultura tradicional da litigiosidade pelo aprimoramento dos diálogos e consequente inserção da cultura mediacional como fonte primária de solução dos conflitos, coadunando o princípio constitucional do acesso à ordem jurídica justa.

A premência na implementação desse instituto se encaixa perfeitamente no contexto social atual, estando em perfeita harmonia com as exigências de uma sociedade moderna e globalizada de tal maneira que, as empresas estão adotando cada vez mais a mediação como meio alternativo de solução de controvérsia, objetivando minimizar o lapso temporal despendido, mitigar os dispêndios financeiros e ainda, evitar desgastes desnecessários e prolongados por meio de intermináveis discussões judiciais entre as partes envolvidas.

A opção dos indivíduos de valerem-se dessas formas extrajudiciais de solução de conflitos é o caminho para a construção de uma convivência mais pacífica em prol do bem comum, eis que o entendimento é sempre melhor do que a litigiosidade. A finalidade dessas técnicas é tornar a sociedade capacitada a enfrentar suas controvérsias de modo menos conflituoso, por meio do uso da liberdade e da democracia, cooperando com o sistema, contribuindo assim, para o alcance da paz social.

Para aprimorar a questão, torna-se necessário importar das legislações internacionais mecanismos que auxiliem na aplicabilidade da mediação, educar o cidadão quanto à sua responsabilidade em difundir e exercer a cultura voltada à paz social e ainda, disseminar nas instituições sociais, jurídicas e políticas a ideia de que a missão de tornar a sociedade menos conflituosa é de todos. Assim, o dogma da utilização desenfreada da atividade substitutiva do Poder Judiciário será amenizado, dando margem a uma cultura conciliatória, através de meios autocompositivos, que são instrumentos efetivos na pacificação dos conflitos.

Portanto, a implementação efetiva dos meios alternativos de solução de conflitos atende, sobretudo, a um ditame democrático, caracterizado pela necessidade de dar efetividade aos direitos fundamentais e de prover a sociedade de um aparato administrativo mais célere e menos burocrático, mais dirigido a satisfazer o interesse público que a desvirtuá-lo e, especialmente, de torná-lo mais aberto à participação popular.

REFERÊNCIAS

ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil – formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

AZEVEDO, André Gomma de. Fatores de efetividade de processos de resolução de disputas: uma análise sob a perspectiva construtivista. In: CASELLA, P.; SOUZA, L. (Coord.). *Mediação de conflitos – novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BACELLAR, Roberto Portugal. *A mediação no contexto dos modelos consensuais de resolução de conflitos*. Revista de Processo, n. 95, p. 122-134, jul/set 1999.

_____. Sustentabilidade do Poder Judiciário e a mediação na sociedade brasileira. In: CASELLA, P.; SOUZA, L. (Coord.). *Mediação de conflitos – novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BRAGA NETO, Adolfo. A mediação de conflitos no contexto empresarial. In: CASELLA, P.; SOUZA, L. (Coord.). *Mediação de conflitos – novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos conflitos & direito de família*. Curitiba: Juruá, 2005.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>> Acesso em: 25 de maio de 2012.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FUX, Luiz. Entrevistado por Felipe Recondo. 2010. *"Mudança no processo civil pode reduzir em 50% o tempo de ações"*. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias>>. Acesso em: 17 de jun. 2012.

KLIPPEL, Bruno Ávila Guedes. *Os meios de impugnação às decisões judiciais e o processo justo*. Revista de Processo, ano 33, n. 155, p. 58. Jan. 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MUNIZ, Déborah Lúcia Lobo. Mediação: estudo comparativo. In: CASELLA, P.; SOUZA, L. (Coord.). *Mediação de conflitos – novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009a.

MUNIZ, Tânia Lobo. A ética na mediação. In: CASELLA, P.; SOUZA, L. (Coord.). *Mediação de conflitos – novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009b.

_____. Prefácio. In: KEMPFER, M.; BELLINETTI, L. (Org.). *Estudos em direito negocial*. Curitiba: CRV, 2011.

PARAISO, Taritha Meda Caetano. *Panorama do direito civil na atualidade e a mediação de conflitos como instrumento pacificador no cenário jurídico brasileiro*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Centro de Estudos Sociais Aplicados, Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2006.

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em Direito Negocial, 2006.

SOUZA, Luciane Moessa de. Mediação, acesso à justiça e desenvolvimento institucional. In: CASELLA, P.; SOUZA, L. (Coord.). *Mediação de conflitos – novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008.

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

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Um novo Código de Processo Civil*. 2010. Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/>>. Acesso em: 18 de jun. 2012.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover (Coord.). et al. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p.128-135.

_____. *Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses*. Revista de Processo, São Paulo, ano 136, v. 195, p. 381-390, maio 2011.

¹ É costume arraigado da sociedade brasileira tratar das controvérsias como uma disputa entre partes em busca de uma decisão (modelo conflitual - ganha/perde), mesmo que gere prejuízo aos laços fundamentais e eventualmente afetivos existentes entre elas (BACELLAR, 1999, p. 128)

² Afirma-se que o objetivo-síntese do Estado contemporâneo é o *bem comum* e, quando se passa ao estudo da jurisdição, é lícito dizer que a projeção particularizada do bem-comum nessa área é a *pacificação com justiça* (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2010, p. 31).

³ E, se é verdade que a igualdade de todos perante a lei, igualdade efetiva – não apenas formal – é o ideal básico de nossa época, o enfoque de acesso à justiça só poderá conduzir a um produto jurídico de muito maior “beleza” – ou melhor qualidade – do que aquele de que dispomos atualmente (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p. 165).

⁴ 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 (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p. 12).

⁵ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus a seguinte Constituição Federativa do Brasil.”

⁶ Para que um Código de Ética seja um instrumento de realização da filosofia da atividade, de sua visão, missão e valores, deve ser concebido pela própria classe e expressar a sua cultura e finalidade, orientar as ações de seus participantes e colaboradores e explicitar a postura do mediador em face dos diferentes litígios com os quais interage. É essencial que haja consistência e coerência entre o que nele está disposto e o que se vive na atividade de mediação (MUNIZ, 2009b, p. 115).

⁷ Tânia Lobo Muniz conceitua Direito Negocial como “o conjunto de proposições que descrevem (interpretam) o Direito Positivo em que estão as proposições que prescrevem as condutas permitidas, proibidas e obrigatórias dirigidas aos negócios jurídicos [...], considerados espécies do gênero Fato Jurídico, ao qual se tem vinculado relações jurídicas em que os sujeitos integrantes têm autonomia para autorregular seus direitos e deveres em face de condutas de ação ou omissão” (MUNIZ, 2011, p.11).

⁸ A Law Society da Inglaterra e do País de Gales, em 2005, emitiu uma “sugestão de práticas” recomendadas no sentido de que os advogados devem considerar rotineiramente se as ações de seus clientes podem ser substituídas por ADR. A Comissão Européia também adotou a mediação e propôs uma diretiva sobre o assunto. (ANDREWS, 2009, p. 270).

⁹ Andrews (2009) aponta que, especialmente no que tange a conflitos de cunho empresarial, a técnica de gerenciamento do processo pelo juiz é feita na Inglaterra de forma a encorajar o uso de meios alternativos de solução de conflitos e evitar, com isso, que o processo tramite lentamente.

¹⁰ O juiz inglês, nesta senda, pode proceder à suspensão do processo e direcionamento do litígio para outras formas de solução, especialmente mediação. Trata-se de mecanismo de fomento às partes à utilização (ou ao menos reflexão sobre) de um método extrajudicial para a resolução do conflito.

¹¹ Na Inglaterra, estudo publicado na revista Lord Chancellor em 2001, demonstra que um conflito trabalhado pela mediação é valorado em \$550.00 *pounds*, ao invés de \$1.656.00 *pounds* nos processos judiciais (média calculada pelo *Legal Aid Fund*). (PARAISO, 2006, p. 70).